

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

60
Junio 2023

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

60

Junio 2023

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Dépósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis ESTAÚN GARCÍA
Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos

Susana GARCÍA RODRÍGUEZ
Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Andrés LEAL MARCOS
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

José Luis PINEDO GUILLÉN
Secretario General Técnico de Presidencia y Relaciones Institucionales, Gobierno de Aragón

Esperanza PUERTAS POMAR
Directora General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

Esteban DEL RUSTE AGUILAR
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO
Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 60 (junio 2023)

Revista indexada en
Cardus Plus+2018, Dialnet Métricas, InDICE-CSIC, Latindex, MIAR, ROAD

	Páginas
<i>Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	11
ESTUDIOS	
J.M. GIMENO FELIÚ: <i>Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente</i>	13
A.D. LEIVA LÓPEZ: <i>Marco normativo sobre los parques eólicos marinos en España</i>	65
J.A. ESPAÑA PÉREZ: <i>El necesario impulso al vehículo eléctrico y su infraestructura de recarga en aras de la descarbonización</i>	90
DEBATES	
N. GUILLÉN NAVARRO: <i>Las viviendas de uso turístico en el contexto internacional. Visiones regulatorias en las ciudades de San Francisco, Nueva York, Londres, Berlín y Amsterdam</i>	125
J.M. DELGADO BÁIDEZ: <i>La pasarela digital única de la Unión Europea y el sistema técnico para el intercambio automatizado transfronterizo. Herramientas para la aplicación del principio de «solo una vez» a escala europea</i>	160
J.E. TAHIRÍ MORENO: <i>El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables</i>	188
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>La enseñanza del Derecho en el tardofranquismo</i>	215
CRÓNICAS	
<i>La búsqueda del impulso económico y social en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2023</i> (O. CARRERAS)	233
<i>Crónica de la jornada sobre el papel de la Revista de Administración Pública en la refundación del Derecho administrativo</i> (V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE)	251
BIBLIOGRAFÍA	
CAIVO, <i>El sistema administrativo de las Ordenanzas Generales de Montes, 2022</i> (J.M. GARCÍA ASENSIO)	263
CASABONA, <i>Las entidades urbanísticas de conservación, 2022</i> (M.J. VALENZUELA)	271
LÓPEZ PULIDO, <i>Perspectiva cognitiva y Nudge público, 2023</i> (J.M. TRAYTER)	276
PALOMAR & TEROL (dirs.), <i>Comentarios a la Ley de Cambio Climático, 2021</i> (J. ÉSTEVE)	279
SOSA & FUERTES, <i>Clásicos del Derecho público (I), 2023</i> (F. LÓPEZ RAMÓN)	287

EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALASTUEY DOBÓN, María Carmen:
Profesora Titular de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza.

ALCARAZ, Hubert: Profesor Titular de
Derecho Administrativo, Université
de Pau et des Pays de l'Adour
(Francia).

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Cantabria.

ALENZA GARCÍA, José Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pública
de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Sevilla.

BAYOD LÓPEZ Carmen: Catedrática
de Derecho Civil, Universidad de
Zaragoza.

BÉJAR RIVERA, Luis José: Profesor de
Derecho Administrativo, Universidad
Panamericana de México.

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza (+).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BOIX PALOP, Andrés: Profesor Titular
de Derecho de Administrativo,
Universidad de Valencia.

BOUAZZA ARIÑO, Omar: Catedrático
de Derecho de Administrativo,
Universidad Complutense de
Madrid.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.:
Catedrático de Derecho de
Administrativo, Universidad de
Vigo.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Burgos.

CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de
Madrid.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Abogada,
Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universitat Rovira i Virgili de
Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo:
Catedrático de Derecho
Constitucional, Universidad de La
Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Lleida.

CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de
Derecho Administrativo, Universidad
de Oviedo.

DELGADO PIQUERAS, Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de
Albacete.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático
de Derecho Penal, Universidad de
Málaga.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Cádiz.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.

FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Barcelona.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón:
Coordinador de Relaciones Externas
del Centre d'Estudis de Dret
Ambiental, Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos,
Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pablo
Olavide de Sevilla.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos de
Madrid.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de País Vasco, sede de
Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

GIMENO FELLIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

GUERRERO MANSO, Carmen de: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor titular de Derecho Administrativo (acred.), Universidad de Zaragoza.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila de Caracas (Venezuela)

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

HUERGO LORA, Alejandro: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

MORA RUIZ, Manuela: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva

MORENO MOLINA, José Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

NIETO GARRIDO, Eva: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de: Profesor de Derecho Administrativo, Universidade de Lisboa (Portugal).

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo (†).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés: Profesor Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Externado (Colombia).

PIPERATA, Giuseppe: Profesor de Derecho Administrativo, Università IUAV di Venezia (Italia).

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

RIVA, Ignacio M. de la: Profesor Titular de Intervención Administrativa, Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

RUIZ GARCÍA, José Ramón: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de A Coruña.

RUOCCO, Graciela: profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SADDY, André: profesor de Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro (Brasil).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá (Madrid).

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIAS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TORRES LÓPEZ, Asunción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VALERO TORRIJOS, Julián: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura (Perú).

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

COLABORADORES DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CARRERAS MANERO, Olga: Profesora titular de Derecho financiero y tributario, Universidad de Zaragoza.

DELGADO BÁIDEZ, José María: Doctor en Derecho, iDerTec-Grupo de investigación sobre Innovación, Derecho y Tecnología de la Universidad de Murcia, asesor jurídico de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

ESPAÑA PÉREZ, José Alberto: Contratado postdoctoral en la Universidad de Málaga.

ESTEVE, Jordi: Profesor ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

GARCÍA ASENSIO, José Miguel: Abogado, Doctor en Derecho, exprofesor asociado Universidad de Valladolid.

GIMENO FELIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: Profesor titular de Derecho Administrativo (acred.), Universidad de Zaragoza.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: Universidad Monteávila (Venezuela).

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: Profesor ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

TAHIRÍ MORENO, Jesús A.: Doctorando de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Girona.

VALENZUELA RODRÍGUEZ, María José: Doctora en Derecho, TAG Administración local, Cuerpo Superior Administración Autonómica.

ESTUDIOS

MODELOS COLABORATIVOS EN OBRAS PÚBLICAS Y SU VIABILIDAD JURÍDICA EN ESPAÑA CON EL MARCO NORMATIVO VIGENTE^(*)(**)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELLÚ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. CONTEXTO REGULATORIO. INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL CONTEXTO NGEU COMO ACICATE PARA INNOVAR EN LOS MODELOS DE OBRAS PÚBLICAS: 1. El contexto europeo de la regulación de contratación pública: el contrato público como inversión al servicio de políticas públicas. 2. Un modelo de eficiencia en contratación pública que pivota sobre resultados (del precio al valor). 3. Los retos de los fondos europeos Next Generation. Implicaciones prácticas.– III. LOS MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO Y LA DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS Y DE EDIFICACIÓN. BREVE APROXIMACIÓN Y EFECTOS PRÁCTICOS: 1. Modelos colaborativos de coste objetivo. Su significado práctico. 2. La digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única.– IV. EL ANCLAJE DE MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO CON LAS PREVISIONES DE LA LCSP: 1. La viabilidad de modelos colaborativos con la normativa española vigente. 2. Más allá del modelo de precio fijo en las obras públicas. El precio de las obras no debe ser fijo, sino determinable. 3. De la selección de las empresas y la negociación del proyecto: las posibilidades del procedimiento negociado con publicidad. 4. Gobernanza en la ejecución y cumplimiento.– V. A MODO DE CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la posibilidad de utilizar en España modelos colaborativos *target costing* en la construcción de infraestructuras complejas (o modelos concesionales) con la finalidad, desde la premisa de la sostenibilidad financiera, obtener un mejor resultado, preservando calidad en la ejecución, la transparencia y la necesaria seguridad jurídica.

Palabras clave: contratos públicos e infraestructuras; modelos colaborativos *target costing*.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 06/04/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/05/2023.

(**) Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23R (BOA núm. 80 de 28/04/2023) y el proyecto de investigación PID2019-109128RB-C21: La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza.

ABSTRACT: *This paper analyzes the possibility of using collaborative target costing models in Spain in the construction of complex infrastructures (or concession models) with the aim, from the premise of financial sustainability, of obtaining a better result, preserving quality in the execution, transparency and the necessary legal security.*

Key words: public contracts and infrastructures; collaborative target costing models.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este estudio es analizar la posibilidad práctica, con el marco regulatorio vigente en España, de promover modelos colaborativos «modernos» e «innovadores» en la construcción de infraestructuras y de procesos de edificación, donde prevalezca la regla de la mayor calidad de prestación en un entorno de seguridad jurídica y sostenibilidad financiera. Opción desarrollada ya en otros países, algunos miembros de la Unión Europea donde las reglas de contratación pública se encuentran armonizadas. Con estos modelos colaborativos se pretende alinear el fin público de la mejor construcción de las infraestructuras (o de los modelos concesionales) con la necesidad de preservar una adecuada tensión competitiva alejada de prácticas que imponen arriesgar en la bajada de precios, lo que puede implicar cumplimientos defectuosos e, incluso (como se constata con la actual gestión de los fondos NGEU) un desinterés de las empresas en las licitaciones (1). El rol de la gobernanza pública en

(1) *Entendiendo que el proyecto se elabora por la Administración el modelo se articula sobre lo siguiente:*

*Target Price = [Defined Cost (Forecast cost, incluyendo estimación de riesgos)] * [1+ Fee (%)].*

El Defined Cost incluye todos los Costes reembolsables.

En la Fee se incluirá el beneficio («profit») + los costes «overhead».

El importe estimado de riesgos actuaría como una bolsa de contingencias que, si se realizan, se pagarían como parte del Defined Cost. En caso de que las contingencias reales del proyecto superasen o fueran menores a la estimación, el exceso o defecto pasaría a formar parte del mecanismo de Pain/Gain acordado en contrato.

Es común que en algunos contratos colaborativos la pérdida del contratista esté limitada al porcentaje de la fee.

Por otro lado, los denominados Compensation Events, serán aquellos eventos que den derecho a ajustar el Defined Cost y/o el programa de obra, tales como:

- a) Órdenes de cambio.*
- b) Retrasos ocasionados por acciones u omisiones del cliente, que no se deriven de un incumplimiento por parte del Contratista.*
- c) Condiciones del suelo y subsuelo desconocidas e imprevisibles.*
- d) Cualquier evento responsabilidad del cliente, así estipulado en el contrato.*
- e) El incumplimiento de obligaciones por parte del cliente (por ejemplo, impago).*
- f) Cambios en la ley.*
- g) Fuerza mayor.*

el actual contexto social y político debe servir como impulso para garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de unos servicios públicos «circulares» que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico (GIMENO FELIÚ, J.M. 2023a).

Por lo demás, el actual contexto de recuperación y de movilización de importantes recursos financieros a través de los fondos europeos NGEU aconseja una visión «diferente» a la tradicional (excesivamente apegada a la reducción del precio de oferta económica en fase de adjudicación), que piense, sobre todo, en el mejor resultado con la capacidad financiera asumible (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., 2022, pp. 91-134). En la Adenda al Plan de Recuperación enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado en la adenda contribuirá no sólo a promover nuevas inversiones vinculadas a la modernización y sostenibilidad de nuestro sistema productivo, sino también a establecer nuevos mecanismos de colaboración público-privada para la economía sostenible, algo en lo que España todavía tiene una importante asignatura pendiente.

Es posible, en nuestra opinión, construir y diseñar modelos colaborativos que pivoten sobre las reglas expuestas (calidad, seguridad jurídica e integridad), no existiendo, como se explicará, más allá de interpretaciones formales descontextualizadas, límites legales que lo impidan (2). Nuestro marco normativo es flexible y, con una adecuada interpretación y correcta utilización de los diferentes «mimbres», resulta viable.

Los contratos públicos derivados de los fondos europeos tienen que estar directamente alineados con los objetivos de dichos fondos europeos, sin que

(2) La teoría U, SCHARMER, O. (2017), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, propone poner en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de la contratación pública y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias del momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

interpretaciones formales puedan ser utilizadas como freno al cambio de cultura en la gestión de la contratación pública. Innovar en la contratación pública implica, por supuesto, hacer cosas diferentes dirigidas a la mejor calidad de los resultados de la prestación (incluso obtener ahorro) (3). Máxime en sectores tan dinámicos y con capacidad transformadora como la construcción (y todo su entorno).

Facilitar la viabilidad de nuevos modelos colaborativos aconseja, con carácter previo, ir determinando y precisando las diferentes técnicas y principios jurídicos aplicables en este ámbito, siempre desde una perspectiva funcional y no meramente formal. Además, como explicara W.E. Deming (1982), la implantación de modelos constructivos colaborativos debe pivotar, sobre todo, sobre el liderazgo (no en una supervisión pensada desde la desconfianza).

En todo caso, al margen de que *de lege ferenda* pudiera interesar una regulación más específica, con la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) resulta viable articular un modelo de colaboración en construcción o edificación que ponga el acento en el resultado con base en modelos de Coste Objetivo. Un modelo colaborativo de este tipo (que podemos denominar «paraconcesional»), que permite seleccionar la mejor oferta con criterios de *value for money* (que es lo que exige la LCSP) (4), aporta ventajas desde la perspectiva de la gestión pública pues, como se verá, se refuerza la transparencia integral del proceso, facilita el correcto cumplimiento de los plazos de ejecución, permite «contener» el problema de los sobrecostos, lo que genera un adecuado cumplimiento del presupuesto contractual y, como consecuencia del propio funcionamiento del modelo, se produce una reducción de la litigiosidad (con lo que ello comporta de riesgos para ambas partes) (5).

(3) En la doctrina especializada se ha estimado un ahorro de hasta el 15 por ciento con la utilización de modelos constructivos de Valor Objetivo. Vid. por todos, ZIMINA, D., BALLARD, G. y PASQUIRE, C. (2012, pp. 383-395).

(4) De hecho, el considerando 92 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 indica que «...los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida».

(5) Zárate Miranda, R. (septiembre 2022). Como explica este autor, existen seis factores clave para el éxito para el trabajo colaborativo: 1) involucramiento temprano, 2) selección de contratistas aplicando criterios de valor por el dinero, 3) alineación de intereses comerciales, 4) procesos y herramientas compartidas, 5) indicadores que midan el desempeño y 6) relaciones de largo plazo; los cuales, si advertimos, nos acercan a la reducción de costes transaccionales, la reducción de riesgos y la evitación de información asimétrica.

En este contexto de «innovación» mediante modelos colaborativos en las obras públicas, la gestión de los fondos NGEU puede ser un incentivo para ensayar un modelo cooperativo singular en los procesos constructivos, a modo de *sandbox* (6). La experiencia singular puede facilitar adoptar soluciones aparentemente un tanto más complejas desde una perspectiva burocrática y organizativa, pero que pueden aportar un indudable valor con la finalidad de conseguir el mejor resultado constructivo, con la disponibilidad presupuestaria asignada, de forma realista, y en los tiempos exactos previstos.

II. CONTEXTO REGULATORIO. INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL CONTEXTO NGEU COMO ACICATE PARA INNOVAR EN LOS MODELOS DE OBRAS PÚBLICAS

1. El contexto europeo de la regulación de contratación pública: el contrato público como inversión al servicio de políticas públicas.

Conviene recordar que la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, se refiere en distintos momentos a esta forma amplia y plural de entender el principio de eficiencia en el marco concreto de la contratación pública. En particular su considerando segundo condensa este planteamiento cuando se indica que «La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública (...), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes (...). Contratación pública que debe ser repensada desde la óptica de considerarla inversión y no mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo Europeo, «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de

(6) La reciente Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, indica en la Exposición de Motivos que «...La Administración tiene un importante potencial de arrastre del emprendimiento a través de la contratación pública, así como la colaboración público-privada...».

una economía de la UE resiliente» (2020/C 4121/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»* (la negrita es nuestra).

La innovación de nuestro sector público no debe ser solo tecnológica, sino también organizativa y en las formas de diseñar la gestión de un contrato público (en especial en prestaciones complejas). Innovar en la Administración obliga a cambiar el paradigma de la cultura propia —muy burocrática— para avanzar hacia una Administración flexible que gravita en torno al ciudadano (y no al revés), al que debe garantizar sus derechos y expectativas. Lo que obliga a innovar estructuras, pensamiento, prácticas e inercias. El conocimiento debe ser horizontal y no vertical, hay que aprender a trabajar en equipo y tener en cuenta las buenas experiencias de otros.

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración (TORNOS MAS, J., p. 630). Así, la estricta visión «administrativa» de la contratación pública en España, debe dejar paso a una visión moderna que pivota sobre el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Asimismo, la globalización ha impactado también en los principios regulatorios de la contratación pública, donde se aprecia cada vez una mayor uniformidad de las soluciones jurídicas y donde la Agenda 2030 de las Naciones Unidas tiene especial importancia. La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público) que atienda a la lógica de los objetivos ODS, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más «inteligente» (GIMENO FELLÚ, J.M., 2021a, pp. 67-100). En este contexto hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), *sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública*.

La contratación pública estratégica no debe ser una mera opción, sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las

Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza (7), donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable) (8). Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación (9).

La compra pública, por supuesto también en lo referente a infraestructuras públicas, debe contener previsiones claras a favor de la obligación de cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea y con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular (que son ya objetivos primarios vinculados al modelo socioeconómico europeo). En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral, asegurar la accesibi-

(7) Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre la compra pública responsable, por todos: MORENO MOLINA, J.A. (2018), AGUADO I CUDOLA, V. (2021) y PALACÍN SÁENZ, B. (2022).

(8) La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 el Informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», COM (2021) 245 final. En este Informe se concluye que *«resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE»*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales —Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas—», 2.ª edición (2021/C 237/01), en la que se incide en que *«Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)»*.

(9) La OIResCon, en su reciente *informe sobre contratación estratégica* advierte de la insuficiencia de la visión estratégica de la contratación pública en España. Urge una nueva cultura en la gestión pública que promueva una interpretación funcional (y no formal) que debe alinearse con los objetivos estratégicos.

alidad universal, definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. El nuevo modelo de la contratación pública debe pivotar sobre la visión estratégica para poner el acento en una mayor transparencia, la mejor eficiencia poniendo en valor la idea calidad/precio. También para corregir problemas de deslocalización empresarial y *dumping* social de empresas de terceros países ajenos a las obligaciones estratégicas de las políticas públicas europeas (10). Una contratación pública estratégica debe pivotar sobre el valor de la prestación (abandonando postulados economicistas con claros efectos perversos) en tanto en el contrato público lo esencial es satisfacer el interés general, que se concreta en el mejor estándar cualitativo de la prestación (11).

2. Un modelo de eficiencia en contratación pública que pivota sobre resultados (del precio al valor)

En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos que obligan a articular nuevas soluciones que permitan una correcta toma en consideración de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger, que viene directamente vinculado al mayor estándar de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio como único como factor determinante en la compra pública. La calidad de la prestación es un

(10) Al respecto resultan de aplicación las previsiones del *Reglamento (UE) n° 2022/1031*, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países. Al respecto resulta de interés el trabajo de Esteban Ríos, J. (2022).

(11) GIMENO FELLIÚ, J.M. (2022a). En este contexto se alinean, por cierto, varias de las propuestas de la *Estrategia Nacional de Contratación Pública*, aprobada por la OIResCon el 28 de diciembre de 2022 (y que, como indica el artículo 334 LCSP, tiene carácter vinculante) en tanto se pretende impulsar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, mejorar la transparencia y la integridad (prevención de la corrupción) o, promover un modelo que ponga en valor la calidad de la prestación como elemento que en muchas ocasiones resulta irrenunciable de la gestión del contrato y manifestación concreta del principio de eficiencia y control del gasto al que se refiere el propio artículo 1 LCSP.

elemento irrenunciable en la propia gestión del concreto contrato público pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las CONCLUSIONES DEL CONGRESO GOBERNANZA ECONÓMICA, REGULACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (2 y 3 de junio de 2022), organizado por la CNMC, el CGPJ y la RAJ, en las que se propone *«interpretar el principio de eficiencia como garantía de un adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía, asumiendo que la moderna gobernanza económica no puede fundarse en modelos exclusivamente economicistas, sino que debe priorizar el valor frente al precio e identificar, de forma precisa, inversión frente a gasto»*.

El marco jurídico europeo y nacional permite (incluso fomenta) nuevos modelos de contratación pública que pongan la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia), y no tanto en el precio, y en una visión alejada de la inercia de ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a una mejor eficiencia y calidad del servicio (12). El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y donde podría recurrirse a criterios referidos a una mejor oferta técnica y a un mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de la contratación pública. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del licitador que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (porque ofertas a pérdidas pueden poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que ponga en riesgo la correcta prestación de los «servicios públicos».

(12) Aunque referido al ámbito de medicamentos —pero extrapolable a lo que planteamos— puede consultarse la propuesta realizada desde el Observatorio de Contratación Pública. Accesible a través de: <https://obcp.es/sites/default/files/2022-07/PROPUESTA%20MEJORA%20NORMATIVA%20ADQUISICION%20PUBLICA%20DE%20MEDICAMENTOS.pdf>.

En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para «Environmental, Social and Governance») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno) (13).

3. Los retos de los fondos europeos *Next Generation*. Implicaciones prácticas

Como es sabido, la Unión Europea, para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, ha impulsado un ambicioso programa que pretende servir de protección y relanzamiento de la actividad productiva. Para movilizar las inversiones necesarias, la Comisión presenta una doble respuesta: la primera es el *Next Generation EU*, que es nuevo instrumento de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que destinará al presupuesto de la UE financiación adicional obtenida en los mercados financieros durante el periodo 2021-2024. La segunda, un presupuesto europeo a largo plazo reforzado para el periodo 2021-2027 (1,1 billones de euros). Por lo que se refiere la *Next Generation EU* sus pilares son tres:

- a) Instrumentos para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis (destaca el *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que refleja las Conclusiones del Consejo europeo de julio de 2020*);
- b) Medidas para impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades con el objetivo de relanzar la economía;
- c) Aprender de la experiencia de la crisis a través del refuerzo de los programas clave de la UE, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente, y acelerar la doble transición ecológica y digital.

Los fondos europeos se destinarán a aquellos ámbitos en los que puedan incidir más positivamente, complementando y amplificando el trabajo esencial en curso en los Estados miembros (NOGUERA DE LA MUELA, B., 2021, pp. 407-447).

Con estas líneas quiero avanzar algunas reflexiones, de carácter positivo y no meramente críticas, en relación a la oportunidad que implican los fondos europeos para la reconstrucción. Se pretende plantear algunas ideas

(13) Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Por todos, MORCILLO MORENO, J. (2016, pp. 180-209).

que permitan el «éxito de las acciones» derivadas de estos fondos europeos, en lo que respecta al diseño normativo de su concreción, gestión y necesario control. Sin duda, estamos ante una encrucijada, no solo política o social, sino también jurídica, que obliga a prestar especial atención a los cimientos normativos que garanticen la eficacia de las medidas de desarrollo que se adopten y que deben servir para «hacer más país» y ayudar en la construcción del futuro.

Por ello, considero que es el momento para la política de las ideas (y no de las ideologías) que ponga en valor los grandes consensos en torno a los proyectos «con efecto tractor» que derivan de la correcta implementación de los fondos europeos.

Los proyectos a desarrollar deben alinearse con los seis pilares que contiene el Reglamento europeo de ejecución de estos fondos (14):

- (a) Transición verde;
- (b) Transformación digital;
- (c) Crecimiento inteligente, sostenible e integrador, incluida la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado único que funcione correctamente con PYME fuertes;
- (d) Cohesión social y territorial;
- (e) La salud y la resiliencia económica, social e institucional, incluso con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación ante crisis; y
- (f) Políticas para la próxima generación, niños y jóvenes, incluyendo educación y habilidades.

A su vez, el Reglamento europeo nos advierte que la crisis del COVID-19 ha puesto de relieve la importancia de las reformas e inversiones en salud, y la resiliencia económica, social e institucional, con miras a aumentar la capacidad de reacción y la preparación frente a las crisis, en particular mediante la mejora de la continuidad de las empresas y los servicios públicos, y la accesibilidad y capacidad de los sistemas de salud y atención, para mejorar la eficacia de la Administración pública y los sistemas nacionales, incluida la minimización de la carga administrativa, y para mejorar la eficacia de los

(14) Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Resulta útil el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, con un esquema de lo que han de ser los planes estatales de recuperación, titulado «Orientaciones dirigidas a los Estados miembros. Planes de Recuperación y Resiliencia» SWD(2020) 205final. Conforme al artículo 125.1 del Reglamento Financiero de la Unión (Reglamento UE, Euratom 2018/1046 del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018) se trata de gestión directa no vinculada a los costes realmente soportados por el beneficiario sino a la consecución de resultados en hitos o indicadores.

sistemas judiciales, así como la prevención del fraude y la supervisión contra el blanqueo de capitales.

La actual situación brinda una oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y «circulares», que integren lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico (15). Se pretende un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

El principal reto de estos fondos consiste, en primer lugar, en seleccionar proyectos 'elegibles' para obtener la financiación europea, que tengan por finalidad movilizar inversiones alineadas con los objetivos que las Instituciones europeas han establecido al efecto y que deben tener un carácter transformador. Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para hacer país e impulsar la necesaria transformación hacia una sociedad comprometida con la sostenibilidad social y ambiental y la justicia social, que aprovecha la digitalización para modernizar la organización y nuestro modelo público.

No se trata de financiar proyectos «rápidos», improvisados o poco estructurantes (ni de mera «actualización» de proyectos ya existentes que no aporten un valor claro). La rapidez en su implementación es importante, pero lo principal es obtener la mayor rentabilidad de estos fondos como inversión para transformar el modelo económico y social, lo que obliga a prestar una especial atención a la fase de ejecución (y control) de los proyectos derivados o vinculados a estos fondos europeos (GIMENO FELLÍ, J.M. 2022c, pp. 59-90).

Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la *eficacia* y *rapidez en la gestión* con los principios de *transparencia*, *seguridad* y *buena administración* (ejemplo: normativas de contratación y de ayudas públicas, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación). Y aconseja, también, adoptar una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica (16).

En el plano español, el Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Admi-

(15) La Comunicación de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo enuncia una serie de iniciativas políticas destinadas a ayudar a la UE a alcanzar su objetivo de neutralidad climática para 2050. El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su Agenda Estratégica para el período 2019-2024 «Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social».

(16) GIMENO FELLÍ, J.M. (2021b, pp. 39-74). *Ibidem* (2021c, pp. 21-42).

nistración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2020) señala, en su exposición de motivos, que la norma compagina la agilización de los procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, *«equilibrándola con fórmulas que permitan el desarrollo adecuado de los irrenunciables controles de legalidad y eficacia de la actuación administrativa, así como con un elevado nivel de garantías para los ciudadanos y los operadores económicos. Todo ello se hace, además, como no podría ser de otro modo, de forma respetuosa con los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea como los de igualdad, no discriminación, concurrencia, competencia efectiva en el mercado, transparencia y publicidad»*. El Real Decreto-ley 36/2020 insiste en la necesidad de articular fórmulas de colaboración público-privada afirmando que *«dado el efecto multiplicador que implica en la economía una movilización de recursos de esta dimensión, la CPP será clave para la ejecución de los distintos proyectos tractores contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siendo necesario adaptar el marco normativo de los instrumentos de la colaboración público-privada a fórmulas que, manteniendo los controles y exigencias comunitarias, permitan fórmulas más flexibles y adaptativas a los requerimientos de los proyectos financiables con el Instrumento Europeo de Recuperación»*.

La utilización de la terminología de colaboración público-privada se utiliza en términos amplios (y no en claves estrictas de la normativa de contratación pública) y puede referirse a cualquiera de las fórmulas paraconcesionales (17), así como incluir también contratos sin riesgo operacional (algo muy evidente en sectores como el socio-sanitario o de ciertas infraestructuras).

Los modelos colaborativos son una importante herramienta para el mejor cumplimiento del interés público. El carácter complementario de la colaboración público-privada y de las fórmulas contractuales públicas ha permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más entre las diferentes opciones de la Administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. Por ello, se deben impulsar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública, con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante (ESTEVE PARDO, J., 2021, pp. 63-70). Ese es, en definitiva, el rol de actuación de los poderes públicos,

(17) Sobre esta cuestión resulta de referencia la obra de BERNAL BLAY, M.A. (2011).

ya que, como bien se ha indicado, corresponde a estos preservar la efectividad de los estándares constitucionales de los derechos económicos y sociales (CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G, y SALA P., 2017).

III. LOS MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO Y LA DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS Y DE EDIFICACIÓN. BREVE APROXIMACIÓN Y EFECTOS PRÁCTICOS

1. Modelos colaborativos de coste objetivo. Su significado práctico.

Existen importantes experiencias de modelos colaborativos en el ámbito de la gestión de proyectos constructivos y de edificación en el ámbito internacional y europeo.

El método ordinario de obras públicas en España se caracteriza por que el coste es la consecuencia del diseño, se inicia así el procedimiento mediante un presupuesto estimado que no se sabe si se va a poder cumplir con esa estimación. Existe por parte de los licitadores una adhesión a las soluciones diseñadas sin pensar en su coste, es decir, se diseña y luego se calcula el coste de lo que se ha diseñado. Así, es habitual encontramos con que en el proceso constructivo los costes irán variando (generalmente al alza) a medida que progresa la obra. Además, se desperdician esfuerzos de diseño, ya que la factibilidad y las preferencias del cliente llegan en la fase de ejecución —y no de diseño— con sobrecostes, con las dificultades (y conflictos entre las partes) que eso supone en la práctica. Se trata, pues, de un modelo formal —con un claro sesgo sobre la idea ahorro de precios en fase de adjudicación— que no aporta eficiencia desde la perspectiva del resultado.

Por ello, interesa destacar la aplicación de modalidades colaborativas diferentes. Entre ellas, las posibilidades prácticas en España del denominado *Target Costing* (en edificación hablamos de TVD o Diseño de valor objetivo) que constituye un modelo colaborativo en virtud del cual se le paga al contratista el Coste Total (*Total Cost*) en que incurre al realizar las obras más una tarifa (*Fee*), sujeta a un Coste Objetivo (*Target Cost*) pactado por las partes al inicio del proyecto. La finalidad de esta modalidad colaborativa es obtener el mayor valor para el cliente (en nuestro caso un poder adjudicador) en términos de diseño, funcionalidad, coste, cronograma y sostenibilidad (relacionado con el ciclo de vida). Las ventajas de este modelo es que el coste es lo que condiciona el diseño en la fase de proyecto y, además, la utilización de metodologías BIM ayuda a afinar el coste objetivo. Existe un diagrama de desarrollo permanentemente actualizado en el que los distintos interesados pueden ver la concreta evolución y el proyecto se diseña desde una perspectiva muy colaborativa, dado que el coste objetivo es, valga la redundancia, el objetivo común de todas las partes de esta contratación (en una filosofía de *win/win*).

Se trata de un modelo particularmente relevante en la contratación internacional de proyectos bien definidos en contraposición con aquellos poco definidos, en los que los cambios en el proyecto afectarían el coste objetivo. El *target costing* (o coste objetivo) integra en su formulación las variables precio, coste y margen, elementos básicos para el planteamiento de la fórmula que pretende garantizar la transparencia de la negociación entre clientes y los proveedores. Pero la principal finalidad es garantizar el mayor valor sin merma de calidad.

A la finalización del contrato, las partes verifican si se realizaron ahorros y si el proyecto se entregó por menos del *target cost* o si los costes se excedieron y el *Total Cost* estuvo por encima del *target cost*. Cualquier ahorro o sobrecoste se asigna de acuerdo con una fórmula predeterminada comúnmente conocida como mecanismo de ahorro/sobrecoste (*pain/gain*), que pretende recompensar la eficiencia y castigar la ineficiencia, lo que encaja con las exigencias de eficiencia y economía que refiere el artículo 31 de nuestra Constitución y el artículo 1.1 LCSP.

El *target costing* busca aprovechar el valor de la propuesta desde la fase de diseño de la necesidad y su mejor solución. Para realizar un buen proyecto en el ámbito público resulta fundamental tanto la selección del operador económico como la correcta «Definición del Proyecto» que determine el valor inicial y los diferentes costes (para lo que conviene fijar previamente una norma de costes, como, por ejemplo, ICAC y NODECOS).

En este modelo, como explica el profesor Ballard, se alinean de forma equilibrada e «inteligente» los objetivos de valor y coste, para lo que se adoptan estrategias para equilibrar ganancias y pérdidas (lo que se denomina Diseño de Valor Objetivo) (18). Con la determinación del coste objetivo se garantiza la sostenibilidad financiera pública (con los límites presupuestarios), pues el proyecto tiene un límite para no desviarse, y se permite la evaluación de alternativas, para lo que la metodología BIM es imprescindible.

Obviamente, la fase de ejecución, y su control, es determinante, aplicándose criterios de resultado que valoren la real eficiencia de las inversiones realizadas. Por ello conviene un seguimiento «a tiempo real» de estos proyectos con utilización de auditoría de costes (QUIROS CASTRO, C. 2021, pp. 347-367). Además, los conflictos deben resolverse de forma rápida para lo que resulta muy útil el arbitraje (lo que garantiza mayor seguridad jurídica y evita una litigiosidad innecesaria, si no perjudicial, en la ejecución de estos fondos).

(18) Puede consultarse en: <https://iglcstorage.blob.core.windows.net/papers/attachment-4b96b471-f9c3-4694-9ea3-49747441d478.pdf> y en <https://www.designsociety.org/publication/31968/TARGET+VALUE+DESIGN>.

En este contexto de asegurar el correcto cumplimiento, junto con condiciones especiales de ejecución (19), los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, siendo excluidos de la licitación de no hacerlo, el compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad (20).

En todo caso, el éxito de estos modelos colaborativos aconseja tanto una adecuada transparencia como un correcto diseño organizativo de carácter horizontal (de la Administración y de la empresa) que asume como principales responsabilidades: a) la determinación de los objetivos del proyecto constructivo, b) la forma de gestionar los recursos financieros necesarios, c) la supervisión financiera y presupuestaria *on time*, d) la selección de los equipos funcionales y sus concretos roles y formas de cooperación, e) la gestión de la ejecución contractual (libro de ordenes, correcciones, etc.) y f) la resolución previa e interna de conflictos.

2. La digitalización del sector de la construcción representa una oportunidad única

Para hacer frente a estos desafíos estructurales debe aprovecharse la disponibilidad general de mejores prácticas desarrolladas en otros sectores industriales y los métodos y herramientas de ingeniería, los flujos de trabajo digital y las competencias tecnológicas para alcanzar un nivel más elevado de exigencia y crear un sector de la construcción digitalizado (21). Y aquí, máxime en proyectos colaborativos, la metodología *Building Information Modeling (BIM)*

(19) Por todos ahora el excelente trabajo de De Guerrero Manso, C. (2018, pp. 141-177).

(20) Además, para cumplir el objetivo del Reglamento europeo para ejecución de estos fondos, evitando conflictos y corrupción, convendría incorporar obligatoriamente que la empresa oferte un Programa de Cumplimiento Normativo identificando la persona que asume las funciones de *compliance officer* o responsable de cumplimiento normativo.

(21) El mercado único digital ha sido reconocido por la Comisión como una prioridad en su Estrategia para el Mercado Único Digital [COM(2015)0192], así como recientemente en la Agenda para Europa 2019-2024 de la Presidenta de la Comisión [A Union that strives for more – *My agenda for Europe: political guidelines for the next European Commission 2019-2024*] (Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados – Mi agenda para Europa: directrices políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024). El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia señala como uno de los pilares la transformación digital.

desempeña un papel esencial (22). Como ha indicado el EUBIM Task Group en el *Manual para la introducción de la metodología BIM por parte del sector público europeo* (donde se documentan y valoran distintas experiencias de países en la utilización y fomento de BIM), la metodología BIM debe ser la palanca de actuación estratégica en favor de la productividad del sector de la construcción para impulsar la creación de valor, la innovación y el crecimiento (por lo demás, el Derecho europeo habilita y fomenta la extensión del BIM como claro elemento de liderazgo público para obtener, desde una cultura proactiva de la digitalización, una mayor eficiencia, mejor rentabilidad y una mejora de la competitividad de un sector tan estratégico como el de la construcción).

En esencia, su función es preservar la correcta calidad de la prestación (principio vinculado al derecho a la buena administración), lo que es especialmente relevante en el ámbito de las obras públicas (por supuesto, cuando se utiliza la fórmula de concesión de obra pública, donde la BIM es pieza principal en el diseño y control de la distribución de riesgos). Permite, además, detectar la anormalidad o incumplimiento técnico de las ofertas, preservando el interés público de la correcta ejecución de las prestaciones.

La información que se aporta al modelo BIM, proviene de distintos tipos de software, programas de modelado, cálculo estructural, MEP, software de presupuestos, análisis de comportamiento energético, etc. El conocimiento de todas estas herramientas y de la capacidad de interoperabilidad entre ellas, es fundamental para la correcta implantación del BIM. Las «ventajas» del BIM serían:

1. BIM permite definir y llevar a cabo los proyectos de construcción desde una perspectiva global e integrada del proyecto de construcción del edificio en todas sus fases hasta su terminación efectiva. Facilita, por tanto, la planificación de las infraestructuras y aporta importante información para validar el impacto social de dicha infraestructura.
2. La utilización de BIM permite actualizar automáticamente la información que es editada en cualquier parte del modelo. Lo que permite una información siempre coherente a la vez que evita eventuales sobrecostes no deseados.
3. Al trabajar todos los agentes sobre un único modelo, no hay posibilidad de pérdidas de información debidas a la descoordinación entre versiones que manejan los distintos profesionales.

(22) Son indudables e incuestionables las ventajas de la metodología BIM en tanto facilita la mejor comprensión y valoración de los proyectos como, principalmente, mejora los modelos de control en la ejecución (se construye lo proyectado), laminando el riesgo de sobrecostes (o modificados de objeto). A su vez permite, por ejemplo, la certificación *as-built* del presupuesto.

4. Al establecer este método de trabajo en paralelo, todos los agentes pueden plantear desde el principio las opciones que consideren más convenientes para el proyecto, implicando directamente a toda la organización. El proyecto se desarrolla en tiempo real de forma coordinada en un entorno colaborativo, siempre bajo la supervisión de quien contrata el proyecto constructivo.
5. El BIM permite disponer en todo momento de cualquier información que se requiera, tanto de diseño como técnica, de costes, plazos de ejecución, mantenimiento, etc. También permite hacer modificaciones en tiempo real que actualizarán automáticamente todos estos parámetros, aumentando el grado de personalización y adecuación del proyecto a las necesidades del cliente.
6. Las tareas de *facility management* se vuelven mucho más eficientes, al tener toda la información real del activo bajo demanda. Y se ajusta a las exigencias de tener en cuenta el ciclo de vida, facilitando su medición y repercusión.
7. El uso de BIM aporta beneficios medioambientales pues facilita, por ejemplo, una reducción del volumen de residuos ya que permite una mayor precisión en las concretas necesidades materiales. Igualmente, lo que es de especial interés en el actual contexto de incertidumbre mundial, la simulación optimizada de estudios energéticos se concreta en una menor demanda de energía por parte del entorno construido. No puede desconocerse que todo poder adjudicador debe cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular. Y para ello es una herramienta de gran interés la metodología BIM.

Estas y otras ventajas tienen como resultado una optimización de todo el proceso de edificación y gestión de activos durante todo el ciclo de vida, que se vuelven infinitamente más eficientes y cuyos costes y plazos de ejecución se reducen considerablemente (23). De hecho, se mencionan ahorros de entre

(23) En relación con esta metodología puede consultarse el documento *Fundamentos BIM para la contratación pública*, aprobado por La Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, con asistencia de su Comité Técnico, en la reunión de dicha Comisión de fecha de 13 de diciembre de 2022. El documento *Fundamentos BIM* forma parte del marco documental de referencia para el «Plan para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública de la AGE y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes» que está produciendo la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, por mandato del Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, por el que se crea dicha Comisión. Este marco documental se completará con una guía para el uso de BIM en

el 13 y el 21 por ciento en fase de diseño y de construcción y de entre el 10 y el 17 por ciento en fase de operaciones (24). Lo que en un país como en España, y en un escenario macroeconómico como el actual, hace que la BIM debe ser utilizada como una herramienta de primer orden (25). La misma resulta una herramienta imprescindible en los proyectos colaborativos donde su carácter horizontal sobre el proyecto se alinea claramente con la finalidad de proyectos colaborativos de Valor Objetivo.

En la práctica, y con una clara insuficiencia legal (con una única referencia en la Disposición Adicional 15ª LCSP) distintos órganos de contratación han venido fomentando la utilización de BIM a través de su configuración como elemento de solvencia, o criterio de adjudicación o, incluso, como condición de ejecución (*OBSERVATORIO BIM*). Estas diferentes opciones pueden no ajustarse, sin embargo, a las reglas de la contratación pública (al menos en lo relativo a los efectos que se pretenden).

La BIM no es, ni puede ser, un elemento de solvencia. La normativa contractual supedita el poder contratar con las entidades públicas al cumplimiento previo de ciertos requisitos de capacidad, de competencia profesional y de solvencia, que son conocidos como «criterios de selección cualitativa». Estos criterios están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores o candidatos para ejecutar el contrato y establecen los requisitos positivos que deben cumplir estos operadores económicos para participar en un procedimiento de adjudicación contractual —que sean capaces, solventes y honestos— a la vez que determinan las condiciones que impiden concurrir a la licitación a quienes muestren una insuficiencia en sus cualidades profesionales o hayan dado muestra de un comportamiento ímprobo (requisitos negativos). Es decir, determinan quién puede y quién no puede ser contratista en atención a la situación personal del candidato o licitador, a su capacidad económica y financiera, a sus conocimientos técnicos, a su experiencia, y más allá de los conocimientos técnicos, a su fiabilidad, su imparcialidad o «capacidad moral», en denominación utilizada por nuestro Tribunal Supremo, estableciendo los supuestos en los cuales se puede excluir de los procedimientos de adjudicación a determinados sujetos. La metodología BIM, por tanto, no guarda relación con el elemento subjetivo del licitador (es una técnica/metodología), por lo

los procesos de contratación pública y una guía para facilitar el intercambio estandarizado de información BIM en la contratación pública para homogeneizar el empleo de BIM en los contratos públicos. Puede consultarse el documento en el siguiente enlace.

(24) Consulting Group Digital in Engineering and Construction: The Transformative Power of Building Information Modeling, 2016.

(25) En tanto metodología de datos en formato electrónico debe tenerse en cuenta la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de estándares (Resolución de 3 de octubre de 2012, de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas).

que utilizar la BIM como elemento de solvencia resulta claramente incorrecto y supone una clara discriminación indebida al restringir de forma indebida la competencia. La *sentencia de 8 de julio de 2021 (asunto C-295/20)*, Sanresa, es de especial interés en tanto permite delimitar condiciones de solvencia de condiciones especiales de ejecución. Y la utilización de BIM encaja con esa naturaleza de obligación contractual y no de solvencia empresarial.

Tampoco debería ser utilizado como criterio de adjudicación, pues no guarda relación directa con la prestación (sino solo con la tramitación y la información que facilita). El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios»*. En nuestra opinión el uso o no de BIM no debe servir para discriminar ofertas, pues no es una mejora a la funcionalidad propia del objeto del contrato (por el contrario, sí lo ha admitido la Resolución 102/2019, de 30 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi). Además, su utilización como criterio puede concluir en que obtenga el contrato una oferta que no aplique BIM (por obtener mejor puntuación en otros criterios) lo que se «aleja» del fin pretendido de aplicar la BIM como elemento de una gestión más eficiente y transparente.

Existe también la opción de exigir BIM como condición de ejecución (art. 70 de la Directiva 2014/24). Posibilidad validada por la *Resolución 102/2019 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, que entiende que esta exigencia no es desproporcionada ni arbitraria afirmando que *«ha habido tiempo suficiente para que los diversos operadores del mercado del ámbito de la arquitectura, ingeniería, construcción, así como la Administración pública, se hayan adecuado a una metodología de trabajo impulsada por las propias administraciones (europeas, nacionales y autonómicas), de tal forma que su exigencia actual no supone una discriminación de potenciales licitadores ni la restricción indebida del acceso de los operadores económicos a los procedimientos de contratación»*. Las condiciones de ejecución no son discriminatorias ni laminan la competencia en tanto no son un parámetro previo de selección/exclusión. Cualquier empresa adjudicataria puede cumplir las exigencias BIM, ya sea con sus propios medios, ya sea

mediante su «externalización», habiendo calculado y asumido el coste en la oferta planteada. En todo caso, como condición de ejecución contractual (lo que sugiere que es potestativa su inclusión para los órganos de contratación, salvo reforma legal) hay que advertir que debe configurarse como condición esencial que en todo caso dará lugar a la resolución por incumplimiento de no utilizarse.

De lo expuesto, y con la finalidad de conseguir una mayor seguridad jurídica que facilite la implantación del BIM en los procesos constructivos públicos, la mejor solución jurídica es su caracterización como exigencia técnica de carácter obligatorio para toda licitación, escalando en el tiempo por umbrales para evitar una distorsión de la competencia o la creación de mercado cerrados a las PYMES. La configuración como exigencia técnica obligatoria resuelve la eventualidad de impugnación de los pliegos, lo que facilita al gestor su utilización y una transición sin riesgos jurídicos. La utilización caso por caso, por procedimiento, con carácter optativo, plantea importantes problemas jurídicos y técnicos que se comportan como freno al objetivo de liderar el impulso BIM en los procesos constructivos públicos.

La referida exigencia técnica puede articularse en dos momentos. Uno primero sería el de la presentación de ofertas, de tal forma que, ya en fase de selección de ofertas, las distintas proposiciones descansan en la utilización de BIM. El segundo sería su exigencia para la empresa adjudicataria, lo que puede facilitar la gestión administrativa previa. En el contexto actual, y en un escenario de impulso progresivo, parece adecuado que la utilización de BIM se aplique en fase de ejecución del contrato. Además, la extensión del BIM como elemento exigible en la presentación de ofertas tiene el riesgo de posibles fugas de información que quiebren los requerimientos del principio de confidencialidad. La confidencialidad y correlativa protección de los secretos comerciales, que aparece como un principio jurídico de especial relevancia en las actividades económicas, es un contrapunto de la regla de transparencia y su objeto es proteger bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público. La confidencialidad, como principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento (26). Y la exigencia BIM en fase de ofertas es,

(26) Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Igualmente, por lo que se refiere al alcance de la confidencialidad de las ofertas en los procedimientos de licitación de contratos públicos, ha de estarse a lo dispuesto en la reciente sentencia del TJUE, de 17 de noviembre de 2022, Antea Polska y otros (asunto C-54/21). En todo caso, muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8

en estos momentos, una amenaza a la confidencialidad que puede ser un freno al objetivo de la extensión de su aplicación.

En este caso de exigencia técnica, como se ha hecho en Francia (*Arrêt du 30 septembre 2021 modifiant les cahiers des clauses administratives générales des marchés publics*) (27), el órgano de contratación deberá elaborar un documento de condiciones BIM, en el que se especificaran los requisitos y objetivos de los sucesivos participantes en el mismo. Tras la adjudicación (o momento de ofertas) se aprobará el «acuerdo BIM» de la operación, que es el documento que describe los métodos de organización, la representación gráfica, la gestión y la transferencia de los datos del proyecto, así como los procesos, los modelos, los usos, el papel de cada participante y el entorno BIM colaborativo (hay que recordar que, con esta metodología, en cada etapa del ciclo de vida del proyecto el acuerdo evoluciona y se adapta a nuevos actores, nuevos usos o necesidades del proyecto).

IV. EL ANCLAJE DE MODELOS COLABORATIVOS DE COSTE OBJETIVO CON LAS PREVISIONES DE LA LCSP.

La LCSP no establece una rígida e inmutable arquitectura en los procedimientos de provisión de necesidades públicas a través del contrato público. La Ley habilita diferentes modalidades de gestión contractual e introduce flexibilidad a la hora de decidir como tramitar, adjudicar y gestionar cada concreto contrato público. Será el gestor el que, desde la perspectiva de mejor cumplimiento de la prestación (que es la causa del contrato), escoja la modalidad a aplicar en el supuesto concreto. No hay, por tanto, una obligación de aplicar en todo caso procedimientos abiertos donde el precio se comporte como criterio definitivo, empujando al contratista a ofertas inadecuadas por anormales que comprometen la correcta ejecución del contrato (que es lo más importante)

de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE 15 junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial.

(27) La reciente modificación del pliego de cláusulas administrativas generales (CCAG) aplicable a los contratos de obras públicas y de gestión de proyectos ha incorporado la definición de BIM al conjunto de normas relativas a los contratos públicos. Así, el BIM se caracteriza por ser una «herramienta de representación digital compartida para facilitar los procesos de diseño, construcción y explotación y constituir una base fiable para la toma de decisiones» (artículo 2 de las obras del CCAG y la gestión de proyectos del CCAG).

ni, por supuesto, pliegos tipo, que facilitan el cumplimiento formal, pero que aportan riesgos importantes que afectan a la causa del propio contrato o al principio de competencia (al facilitar la actividad ilícita de cartelización) (28).

1. La viabilidad de modelos colaborativos con la normativa española vigente

El modelo «ordinario» de contrato de obra pública, sobre un proyecto de obras y ofertas donde prima para la adjudicación lo económico (presupuestario) no siempre permite el fin del correcto cumplimiento de todo lo pactado: calidad, plazos, costes. De hecho, un análisis de ejemplos de la práctica en España nos permite concluir que existen ciertas debilidades de indudable impacto: a) la falta de planificación y anticipación de las necesidades donde el proyecto de obras no siempre está «completo» y en su diseño, el precio final funciona como un «agujero negro» frente al mejor resultado y la necesaria calidad (29). A ello se suma la habitual situación de «desajuste» de precios que incentiva la práctica de las ofertas «temerarias»; b) pliegos de cláusulas administrativa de carácter «tipo», que en la práctica presentan lagunas, en especial en la fase de ejecución, que generan discrepancias y litigiosidad con efectos sobre plazos de cumplimiento y costes finales a satisfacer por el poder adjudicador (sobrecostes); c) ausencia de una verdadera gobernanza en la fase de ejecución del contrato, donde se aprecia cierta indiferencia (incluso indolencia), hacia el fin público que es la causa del contrato público (en este caso, de la infraestructura). Y aquí las conocidas «prerrogativas» del artículo 190 LCSP aportan, en la práctica, escasa utilidad; d) tendencia a judicializar las controversias, lo que se traduce en demoras en el cumplimiento de plazos y en costes transaccionales no previstos que ponen en riesgo la eficiencia del modelo de gestión contractual (aquí el arbitraje, como se explicará, comporta importantes ventajas), y e) falta de adaptabilidad a necesidades sobrevenidas,

(28) Sobre el problema de las bajas anormales me remito ahora a GIMENO FELIÚ, J.M. (2022b).

(29) Conviene recordar que el propio Consejo de Estado viene denunciando esta mala práctica e insiste en «la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación, pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas» (Dictámenes 1.733/2006, de 8 de noviembre, y 34/2007, de 1 de febrero). En esta misma línea, ha insistido el Consejo de Estado en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos (Dictámenes 2.092/2006, de 21 de diciembre, y 1.867/2008, de 20 de noviembre).

que no alteran el objeto de la prestación, pero que requieren de flexibilidad decisional.

La arquitectura de modelos colaborativos en obras públicas que pivoten sobre modelos de Coste Objetivo con previsiones de *pain/gain*, es viable con las propias previsiones de la LCSP (30). Este tipo de contratos, como explica bien Gómez Guzmán, son un mecanismo muy práctico para «asegurar un precio competitivo y adecuado al mercado en aquellos casos en que la complejidad de las prestaciones y la dificultad para definir con precisión de antemano las especificaciones del objeto del contrato propician tener que asumir unos riesgos muy importantes a la hora de establecer un contrato de precio fijo y evitar, de esta manera, futuros sobrecostes que son irrazonables en los contratos, sobre todo cuando está en ellos prevista la posibilidad de prórrogas y modificados del contrato. En general, estos acuerdos proporcionan flexibilidad y transparencia para la entidad pública contratante; y reducen el riesgo operativo y financiero del contratista porque tiene garantizado la recuperación de todos sus gastos que son imputables al contrato y la obtención de un beneficio razonable».

Explicaremos las reglas y principios aplicables para la articulación práctica de un modelo colaborativo de construcción de infraestructuras de estas características.

2. Más allá del modelo de precio fijo en las obras públicas. El precio de las obras no debe ser fijo, sino determinable

El artículo 75 LCSP señala que «En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados» (negrita nuestra). La LCSP

(30) Sobre las ventajas de modelos más flexibles puede consultarse a GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (2016). Como bien explica, en un *Open Book Contract (OBC)* el cliente —es decir, la Entidad Pública contratante— y el proveedor —es decir, el contratista— acuerdan los costes que son reembolsables y la metodología aplicable de cálculo del beneficio. En esta modalidad de contrataciones —de costes reembolsables— el precio que percibe el contratista es equivalente a los costes reales incurridos en la ejecución de la prestación más una cuota de beneficio, hasta el límite del valor estimado para el contrato —de conformidad con las reglas para su cálculo contenidas en el artículo 102 LCSP.

exige un precio cierto —que no fijo—. Concepto que no define y que obliga a una interpretación de «segundo grado» con la regulación prevista en el Derecho Privado, donde los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil (CC), respectivamente establecen: «*Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada*» y «*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*» Criterio asumido por el Consejo de Estado en Dictamen de 4 de marzo de 1993 donde afirma que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, «*precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias*».

En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta consultiva de contratación administrativa de las Islas Baleares, señala: «*la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfeccione el contrato o deben ser determinables en un momento posterior.*» También la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha manifestado en este mismo sentido, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, señala: «*Por tanto, con carácter previo a la aprobación del expediente (art. 70 LCAP) deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran*» (*negrita nuestra*).

En consecuencia, es conforme al ordenamiento jurídico vigente y a la exigencia de un precio cierto que el modelo de retribución de una prestación contractual pueda ser determinado por variables diferentes previamente conocidas, que será un precio «con un modo de determinarlo», como indica el artículo 35.f) LCSP (incluso se admiten precios provisionales ex arts. 75.5 y 85.5 LCSP) (31).

Opción de pago por resultados, como es la cuota litis, que no es extraña en otros objetos licitatorios. Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, denominado «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos»,

(31) La Junta Consultiva Contratación Administrativa ha analizado en profundidad también los conceptos de valor estimado del contrato, presupuesto de licitación y precio del contrato (referidos a la regulación de la Ley 30/2007 y de sus normas de desarrollo, como es lógico por las fechas de emisión) en sus Informes 43/2008, y 17/2012, entre otros. En ellos, se incluye una interesante y completa recopilación sobre la doctrina relativa a estos conceptos y se establecen pautas para identificarlos y distinguirlos con precisión. *Vid.* por todos, PEÑA OCHOA, A. (2018, pp. 948-952).

concluye, de forma indubitada, que *«Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista»* (negrita nuestra). Modelo de retribución que se utiliza también en ciertos servicios de eficiencia energética donde se incentiva (y se paga) según la reducción del consumo/importe de la factura de electricidad. En este ámbito, la Junta Consultiva de Contratación Pública, mediante *Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012*, da respuesta a la cuestión relativa a la posibilidad de fijar el precio de un contrato para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros que se generen. La Junta Consultiva de Contratación Pública aplica la doctrina contenida en su Informe 52/09, concluyendo que fijar el precio en un porcentaje sobre el ahorro obtenido por diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, y siempre que cumpla el requisito de ser verificable, medible o estimable, *«puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado.../...el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados»* (negrita nuestra). En definitiva, por tanto, admite de nuevo un sistema de determinación del precio variable, pero determinable y, por tanto, cierto. La Junta Consultiva de Contratación Pública decanta, además, una importante conclusión, pues generaliza la posibilidad de aplicación del sistema de precios variable previsto en el artículo 87.4 a cualquier contrato de servicios, al señalar al respecto de dicho sistema que: *«si bien resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento, igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios»*. Recuerda la Junta que el artículo 278 TRLCSP —actual artículo 302 LCSP— establece que el precio de los contratos de servicios *«podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades»* (negrita nuestra). Definición que considera perfectamente compatible con el sistema de determinación del precio analizado, señalando al respecto que *«dicha previsión —en referencia al artículo 302 TRLCSP— no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo la regla general expuesta»*.

Otro tanto sucede, por ejemplo, con el modelo de retribución por pagos por resultados (con techo presupuestario) en la adquisición pública de medica-

mentos o de contratación de servicios de tecnología innovadora en salud (32). La retribución no es fija y depende del «éxito» de la prestación.

En definitiva, es posible la determinación de retribución que introduzca elementos referidos a los resultados, que es una opción admitida por el propio artículo 102 LCSP. Opción que pretende dotar de cierta flexibilidad como estímulo a una mejor ejecución de la prestación, lo que aporta valor como elemento de la decisión.

De hecho, la LCSP prevé la modalidad de precio a tanto alzado (artículo 216 LCSP), que en obras públicas significa que el precio final no dependerá de la medición general de la obra tras ser recibida. Esta modalidad, según la LCSP, tiene carácter excepcional. Se trata, según algunos autores, de un modelo idóneo en la medida en que constituye la fijación de un precio invariable que no supone desviaciones ni sobresaltos presupuestarios, que facilita el ajuste del gasto y que arraiga directamente en el principio de riesgo y ventura a cargo del contratista.

La dificultad en la aplicación del sistema de precio a tanto alzado comienza cuando se constata que la LCSP no efectúa mayor especificación de este concepto de «tanto alzado», como género, aunque sí ofrece mayor detalle en relación con una de sus especies, la de las obras a precio cerrado (33). Por ello, ante la ausencia de previsión de normativa administrativa, se debe acudir al derecho privado (interpretación autointegrativa de segundo grado). El artículo 1593 del Código Civil establece que: *«El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario»*.

En consecuencia, el sistema de retribución a tanto alzado es aquel en el que la retribución del contratista se establece de antemano, sin atención al precio de los distintos elementos o partes componentes de la prestación objeto del contrato (esquema básico que resulta aplicable sin mayor dificultad a la modalidad de obra a tanto alzado en la contratación del sector público en general). Precio alzado que puede tener varias modalidades. Una, de precio

(32) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M, y GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020).

(33) En sede reglamentaria sí encontramos una definición del precio a tanto alzado, aunque referido a los contratos de servicios. Así, conforme al art. 197.a) RGLCAP, el precio a tanto alzado es el precio fijado de forma global en el que no se utilizan precios unitarios o descompuestos y que va referido a la totalidad del objeto del contrato o aquella parte del mismo susceptibles de entrega parcial por estar así previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

cerrado (artículo 216.2 LCSP), donde el contratista asume los riesgos que se hayan pactado y donde hay un tope de retribución que asume en todo caso la empresa que ejecutará. La contratación de obras a tanto alzado con precio cerrado requerirá que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, pudiendo éste establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de este sistema y se abonen por precios unitarios.

b. Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas.

c. Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda, guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate.

d. Cuando, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 147, se autorice a los licitadores la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra que de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato deban ser ofertadas por el precio cerrado, las citadas variantes deberán ser ofertadas bajo dicha modalidad.

En este caso, los licitadores vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

El adjudicatario del contrato en el plazo que determine dicho pliego deberá aportar el proyecto de construcción de las variantes o mejoras ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación. En ningún caso el precio o el plazo de la adjudicación sufrirá variación como consecuencia de la aprobación de este proyecto».

Una segunda, sería la de precios provisionales, prevista en el artículo 75.5 LCSP que indica las condiciones para ello:

«...la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

a. El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

b. *Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.*

c. *Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción».*

En todo caso, de conformidad al principio de libertad de pactos (artículos 34 y 35 LCSP), en este tipo de modelos de retribución no cerrada resulta posible fijar el modo en que se determina (y abona) el precio de la obra. Esta determinación define a su vez la naturaleza del propio contrato (contrato de obra a tanto alzado, contrato de obra precio cerrado, etc.) y, en consecuencia, la normativa aplicable. Ahora bien, la libertad de pactos supone, además, que las partes puedan —es la esencia de este principio— establecer en el contrato el contenido de su relación, no limitándose a optar por alguno de los tipos previstos en la LCSP, lo que permite introducir soluciones de *pain/gain* (como se aplica ya en contratos de salud) que pretenden incentivar la mejor calidad en la ejecución con el mayor compromiso institucional (cooperación) de las diferentes partes.

Por último, en relación al valor estimado de este contrato con este modelo de retribución se deberán aplicar las reglas generales. El concepto de valor estimado tiene su origen en el artículo 9 de la derogada Directiva 2004/18/CE, que establecía el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a los efectos de identificar los que superan los umbrales que determinaban la aplicación directa de sus normas. Incorporado este concepto por la legislación española de 2007, durante la vigencia del sistema del TRLCSP su cálculo se ha regido por las reglas establecidas en el artículo 88, prácticamente idénticas a las que se contienen en el artículo 101 de la nueva Ley. Según aquellas, el valor estimado del contrato es el importe total sin IVA que, según las estimaciones del órgano de contratación, se podrá pagar al contratista por la ejecución del contrato, incluidas las variaciones que puedan aprobarse durante su ejecución. Por tanto, deben tenerse en cuenta en su estimación cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. También se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, en los casos que contemplen la posibilidad de que del contrato sea modificado (o ajustado conforme a los denominados *Compensation Events*). Y, por el contrario, no se computarán nunca como valor estimado del contrato las posibles revisiones de precios que se reconozcan al contratista en los casos que procedan.

3. De la selección de las empresas y la negociación del proyecto: las posibilidades del procedimiento negociado con publicidad

En los proyectos constructivos colaborativos interesan dos fases. Una primera de selección de las empresas y otra, posterior, de negociación de las ofertas (proyecto constructivo). Tan importante como el proyecto de obras (el qué) es la selección del contratista (el quién), que es un elemento esencial para garantizar el mejor cumplimiento del contrato (34). Para cumplir esta finalidad y alinear las exigencias de quién y de qué, la opción más adecuada resulta el procedimiento negociado con publicidad (donde, como afirmara la STJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/1998, «*las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contratos...*»).

El artículo 167 LCSP regula el procedimiento negociado con publicidad. Entre los supuestos que permiten su utilización interesa destacar (35):

a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

d) Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley».

Todas estas posibilidades dan cobertura a la utilización de este procedimiento de negociación con publicidad, de más fácil articulación práctica que el diálogo competitivo, en un modelo colaborativo de coste objetivo para obras públicas.

(34) La implicación práctica de la solvencia es decisiva en la correcta adjudicación y ejecución de cualquier contrato público o concesión. Así lo recuerda, entre otros (es doctrina unánime), el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 18/2011, de 29 de julio (TACPA), al recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo de los requisitos de capacidad y de solvencia (exigiéndose que el objeto de licitación este comprendido en el objeto social de la empresa licitadora), en sus distintas vertientes económica, técnica y profesional-empresarial, con el objetivo de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación demandada.

(35) Por todos, me remito a GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014, pp. 220 y ss).

El artículo 169 LCSP establece que al seleccionar a los candidatos que vayan a participar en la fase de negociación, los órganos de contratación se basarán, en particular, en criterios que se utilizan en el procedimiento restringido (artículos 161, 162, 163 y 164.1 LCSP). La finalidad es «filtrar» desde el inicio las empresas a las que se invitará a presentar ofertas (36).

En los pliegos debe quedar claro el número de operadores económicos a los que el órgano de contratación invitará, tras la preceptiva selección, a participar en el procedimiento licitatorio, que no podrá ser inferior a tres, salvo que el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número. El pliego contendrá los criterios de selección cualitativos de las empresas que pueden ser seleccionadas. Y entre los ordinarios de solvencia económica y técnica, junto a la experiencia contrastada (es fundamental que

(36) Especial significado práctico tiene el del *Reglamento (UE) n° 2022/1031*, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (más conocido como Instrumento de contratación internacional o ICI). Este reglamento introduce relevantes novedades en materia de contratación con operadores originarios de países terceros, o de adquisición de bienes y servicios de dichos territorios. En particular, las medidas recogidas pretenden reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión que, en la actualidad, experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional. Así, es habitual que se encuentren trabas en mercados tan relevantes como los de China, Rusia, India o Turquía. Se habilita a la Comisión para la adopción de medidas restrictivas, en caso de que se detecten prácticas en sede de contratación pública que sean contrarias a los operadores, bienes o servicios de la Unión. Estas medidas podrán alcanzar a licitaciones que no se encuentren cubiertas por acuerdos de contratación pública internacional, entre los que destaca el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio. Por el contrario, en el caso de que rija uno de estos tratados, ante eventuales controversias, se deberá estar a los mecanismos previstos en los mismos. Las medidas que puede adoptar la Comisión Europea son especialmente rigurosas. En concreto se prevé la imposición de reducciones en las puntuaciones obtenidas por las ofertas afectadas, que podrán alcanzar hasta un 50 % —o incluso un 100 % si el único criterio valorado es el precio. Asimismo, y como medida todavía más severa, se prevé también la directa exclusión de las ofertas. No obstante, estas medidas restrictivas cuentan con ciertas limitaciones. En primer término, se establece un umbral económico, de modo que las penalizaciones solamente procederán en contratos cuyo valor estimado sea superior a 15.000.000 de euros para concesiones y obras, o a 5.000.000 de euros para suministros y servicios. A su vez, como vía de flexibilización, las medidas de ajuste podrán inaplicarse en ciertos supuestos, vinculados a la existencia de circunstancias de interés general que lo justifiquen o a la intervención de algunos poderes adjudicadores locales de reducidas dimensiones. En todo caso, las medidas restrictivas, además de reforzar la reciprocidad, se orientan en último término a incentivar la conclusión de acuerdos internacionales de contratación. Así, se prevé expresamente que la adhesión al ACP —o la celebración de acuerdos bilaterales de contratación con la UE— conllevarán la retirada de las medidas de ajuste que se estén aplicando. Vid. ESTEBAN RÍOS, J. (2022b, pp. 175-216).

se puedan aportar las experiencias de todas las empresas dependientes de la matriz, ello debido a la estructura internacional de las compañías españolas, pues lo contrario implica excluir la experiencia aportada por filiales internacionales), se podrán incluir criterios que atiendan a los indicadores ESG (siglas en inglés para «*Environmental, Social and Governance*») promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno) (37), que se tendrán en cuenta para la preselección de las empresas a presentar la oferta, así como su ponderación estableciendo un umbral mínimo cuya no superación implicará la exclusión automática. Interesa, también, valorar la existencia (y nivel) de las certificaciones en materia de calidad, seguridad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales, así como los sistemas de gestión y procesos. Exigir una óptima cualificación, y desde una perspectiva transversal, en modo alguna cuestiona los principios del derecho de la competencia siempre que, obviamente su efecto no «cierre de forma desproporcionada» el mercado.

En todo caso, conviene referir la conveniencia de impulsar modelos de participación en las licitaciones que superen las inercias en torno a la constitución de Uniones Temporales de Empresa (38), a favor del concepto funcional

(37) Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. DOLAN, C y BARRERO ZALLES, D. (2021).

(38) Las UTEs están expresamente reconocidas en la legislación en materia de contratos públicos, que las contempla como una forma posible de concurrir a los procedimientos de adjudicación (artículo 69 LCSP), y muchas veces se recomiendan e incluso se fomentan por las Administraciones Públicas, como herramienta para permitir que las empresas de menor tamaño (en ocasiones, localmente arraigadas) accedan a los contratos públicos de mayor relevancia. No obstante, se trata de una figura problemática desde el punto de vista de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que puede ser un instrumento para la infracción de tales normas: la formación de UTEs entre empresas real o potencialmente competidoras para optar a la adjudicación de contratos públicos puede dar lugar a acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios y la compartición de información sensible, así como la constitución de barreras de entrada, conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sancionadas con severidad en dichas normas. En relación con lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) viene manteniendo desde tiempo atrás una postura ciertamente restrictiva en cuanto a la utilización de las UTEs en los procesos de adjudicación de contratos públicos, con objeto de que su uso no conduzca a una vulneración de las normas sobre defensa de la competencia. La CNMC sostiene, en síntesis, que el análisis de admisibilidad de la UTE respecto de las normas en materia de defensa de la competencia debe efectuarse caso por caso en función de las características de las empresas que la componen y del contexto en el que se produce la agrupación, teniendo en cuenta los criterios a los que se ha hecho referencia anteriormente, y concluye que: «*Solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de*

de operador económico que integre solvencia con recursos ajenos (art. 75 LCSP) (39). Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial (40). La posibilidad de que un candidato o un licitador recurriera a las capacidades de una o varias entidades terceras, además de a su propia capacidad, para cumplir los criterios establecidos por el poder adjudicador, es conforme al marco normativo vigente, tal y como indica la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2* y *Mannocchi Luigino* (apartado 30). Según esta misma jurisprudencia, dichas disposiciones reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas», siempre que demuestren ante el poder adjudicador que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (véase la sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celnieks*, C-234/14, apartado 23). Tal interpretación es conforme con el objetivo de

manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE». (Resolución de 29 de septiembre de 2016, expediente SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes). Sobre esta cuestión resulta de especial interés la monografía de LÓPEZ MIÑO, A. (2019). También, GALLEGO CÓRCOLES, I. (2018, pp. 303-341); RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2021, pp. 255-296).

(39) El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de «operador económico» de forma funcional: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

(40) Esta opción, amén de conforme con el Derecho europeo (ya contenida en la Directiva 2004/18, y ahora en la Directiva 2014/24, en el artículo 63), encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJUE, en concreto, en su sentencia de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, al afirmar que: «La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato».

abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible que persiguen las Directivas en esta materia, en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la citada sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, apartado 37 y jurisprudencia citada). Criterio jurisprudencial refrendado por la STJUE de fecha 2 de junio de 2016, *Pippo Pizzo*, Asunto C-27/15, que ha recordado que con carácter general los operadores económicos pueden valerse de las capacidades de una o varias entidades terceras para satisfacer los requisitos mínimos de participación en un procedimiento de licitación, aunque advierte que cabe considerar que existen obras cuyas particularidades puedan necesitar una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo las capacidades inferiores de varios operadores y que en este supuesto, y con carácter excepcional, cabe la posibilidad de exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o recurriendo a un número limitado de operadores económicos, siempre que dicha exigencia esté relacionada con y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate y se regule en los pliegos. En todo caso, la integración de la solvencia en este tipo de contratos de obras, necesariamente requiere acreditar, como se ha indicado anteriormente, que se dispone efectivamente de los medios necesarios para el cumplimiento del contrato. (Resolución Tribunal de Contratación Pública de Madrid 103/2016, de 1 de junio). Esta comprobación de disponibilidad de los medios de la empresa que complementa la solvencia no debe ajustarse a una formalidad estricta ni, mucho menos, procede validar sobre esta empresa los requisitos de solvencia del pliego (no se trata, insistimos, de un supuesto de Unión Temporal de Empresas). La explicación, reiteramos, es que prima un concepto funcional, no formal, del contratista (operador económico, en la terminología de las Directivas de contratación pública) (41). Este criterio de integración de solvencia con medios externos está llamado en la práctica a tener una gran importancia pues permitiría que realmente se seleccionara a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que se garantiza una verdadera concurrencia, se favorecería el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Asimismo, permite un «reconocimiento» a las distintas

(41) Criterio funcional de operador económico admitido por el Tribunal Supremo en su sentencia 886/2021 (recurso de casación 7906/2018), recordando que «en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad».

entidades que conforman el operador económico (a diferencia de cuando se subcontrata, en donde los resultados de esa contratación se imputan en exclusiva al contratista), así como se facilita la retribución a cada «unidad empresarial» que suma en ese operador económico (siendo, por lo demás, una responsabilidad mancomunada y no solidaria). En nada se cuestionan las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar (además evita posibles acuerdos de cartelización).

La fase de adjudicación propiamente dicha se articula en tres secuencias: presentación de ofertas iniciales, negociación de las mismas, y presentación de oferta final. La oferta inicial será la base de las negociaciones ulteriores. Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto las ofertas definitivas, con el fin de mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios. Los límites de la negociación son los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación (por otro lado, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá advertirse si el procedimiento de negociación se realizará en fases sucesivas, con reducción de las ofertas).

Las negociaciones podrán referirse a aspectos técnicos, temporales, de costes, etc., pero quedan fuera de las mismas los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación que se hubiesen perfilado en el pliego (42). Con este modelo colaborativo se contrasta y perfecciona el diseño y alcance del proyecto durante un plazo adecuado (a priori se considera un mínimo de 6 meses, que es un plazo similar al del diálogo competitivo), situación que, por lo general, predetermina la ejecución del contrato mediante modelos colaborativos *target cost*. El grado de desarrollo de este diseño será tal que permita poder estimar este *target cost* con un mínimo de certeza (con un mínimo desarrollo de diseño en torno a 60% o más, aunque sería conveniente, en unas primeras experiencias, intentar elevar este porcentaje), quedando la finalización del diseño de detalle constructivo como primera etapa de la fase de ejecución en la mayoría de los casos.

(42) Hay que recordar que, conforme al artículo 169.3 LCSP, el procedimiento se podrá articular en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en estos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Durante la fase negociadora, los órganos de contratación han de cuidar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de éste (169.4 LCSP). Es por tanto especialmente importante que cualquier *value engineering* o alternativa propuesta por los licitantes no sea compartida con los competidores durante la fase de oferta o hasta que el licitador en cuestión sea designado como no adjudicatario y reciba la retribución a cambio de la propiedad intelectual.

Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

Los órganos de contratación, en su caso a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del artículo 166, para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación y, en su caso, en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta de conformidad con lo previsto en el artículo 145 LCSP.

Los criterios de negociación y adjudicación deben alinearse con la mejor calidad del proyecto constructivo y cumplimiento «primario» de políticas públicas. Así deberían valorarse los métodos constructivos, justificación del plan de obra (con los *deadline* que protegen el itinerario crítico —constructivo y financiero— de la obra), aplicación particularizada de los sistemas de calidad, medio ambiente, seguridad y salud, la sostenibilidad del modelo de ejecución y, en especial, indicadores que pongan en valor el coste del ciclo de vida (43) y las medidas de economía circular (44).

(43) Vid. DELGADO FERNÁNDEZ, R. (2016, pp. 116-152). Como destaca esta autora, «Su aplicación práctica presenta ciertamente problemas, que disminuirán según se avance en su aplicación y aumenten los conocimientos al respecto de los gestores de contratación y que solo se podrán resolver con la voluntad decidida de las administraciones contratantes. Sin duda dicha aplicación experimentará un estímulo importante si se aprueban normas de cálculo generales en el ámbito de toda la UE. Ya existen antecedentes (sobre todo en la industria militar y de la construcción) de dicho cálculo y normas internacionales que analizan y calculan el ciclo de vida desde diferentes aspectos y pueden ayudar a la aplicación del mismo como criterio de valoración así como proyectos en marcha sobre este aspecto».

(44) La Directiva 2014/24 introduce el concepto de ciclo de vida en su artículo 2, apartado 20, estipulando que éste incluye «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la

Obviamente la rentabilidad y costes será un elemento de valoración, pero diferenciado de la opción del simple precio como oferta económica (45). Lo interesante es poner el foco como criterio valoración en la negociación de la propuesta de retribución y costes de la infraestructura (el parámetro debe de ser la *fee*), para lo que habrá que realizar una valoración de la estructura de costes de la empresa y de los costes estimados en la oferta en términos de razonabilidad —en sus aspectos técnico y económico—, lo que implica evaluar, asimismo, la metodología que ha utilizado la empresa para su estimación con base en los costes históricos o en relaciones paramétricas (46). En la negociación de los costes se tendrán en cuenta las siguientes tres categorías de costes de la oferta:

1. Costes sin salvedades: Son aquellos que son razonables y cuya necesidad se ha reconocido para la obtención del resultado final.
2. Costes sin resolver: Son costes que tienen salvedades, pero cuya necesidad se ha demostrado y, sin embargo, su importe no se considera razonable por no haber podido ser contrastado debidamente, ya sea porque el contratista tiene debilidades en sus sistemas de control interno, especialmente en sus procedimientos de estimación de costes, que hacen sospechar de su fiabilidad; o porque no ha aportado suficiente información como para aceptar la validez del coste final.
3. Costes no soportados: Son costes con salvedades en los que hay evidencias suficientes para excluir su imputación, por ser irrazonables e innecesarios (por ejemplo, la subactividad y costes de la capacidad ociosa; los costes de la falta de calidad debido a rectificaciones de trabajos defectuosos; los costes derivados de conflictos de intereses,

comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

(45) En los modelos *target cost* se utiliza la opción de precio cerrado o precio objetivo, según proceda, y a la matriz de compartición de sobrecostes y ahorros. Ejemplos de este tipo de contrato son los *New Engineering Contract (NEC) Engineering and Construction Contracts*, en sus modalidades *Option C: Target contract with activity schedule*, y *Option D: Target Contract with Bill of Quantities*. La experiencia práctica, en un contexto de incertidumbres políticas y económicas, aconsejaría un modelo de coste objetivo.

(46) Vid. HUERTA BARAJAS, J.A. (2008, pp. 55-68). Como explica este autor, una oferta económica coherente con la solución técnica debe guiarse por la definición que haga el contratista del producto a nivel funcional o de sistemas principales de producción, concretando por cada paso y/o nivel de producción los costes de los trabajos precisos para su definición, desarrollo, fabricación e integración, así como la integración en la producción de los materiales y piezas que sean necesarios y las subcontrataciones. Esta estructura a nivel funcional compone lo que se conoce como «*work breakdown structure (WBS)*» que es una herramienta de gestión de proyectos que utiliza una descomposición jerárquica orientada al producto final.

comisiones inapropiadas, etc; y, en general, duplicidad y sobrecarga de costes procedentes de servicios centralizados de la empresa).

Todos estos costes son negociados con los licitadores, de manera que los costes sin salvedades son susceptibles de ser incorporados en su totalidad al objeto del contrato; los costes sin resolver deben ser acordados específicamente —partida por partida—, pudiendo, incluso, ser retirados de la oferta por el licitador; y, por último, los costes no soportados se excluyen de plano de la oferta (47).

Otro criterio de negociación/adjudicación será el modelo de *pain/gain* por resultados que se propone (cumplimiento, o no, de hitos del proyecto ejecutivo (48)), en los que convendrá imponer umbrales de saciedad para evitar ofertas que luego son de difícil ejecución (49). Esta nueva finalidad del precio (valor) vinculado a la calidad ha sido reconocida por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 822/2019 cuya argumentación conviene transcribir:

«Dicho esto, sin embargo, este Tribunal, que bajo el imperio del TRLCSP se mostró contrario a esa fórmula de evaluación de las ofertas económicas (cfr.: Resoluciones 906/2014, 542/2015, 873/2016 —citada por la recurrente— o 230/2018 —que transcribe la 857/2018, invocada asimismo por la recurrente—), ha modificado ya tal criterio inicial, según hicimos constar en nuestra Resolución 976/2018, en la que, además, se tuvo en cuenta igualmente, el cambio normativo que supuso la Directiva 2014/24/UE y la LCSP. Dijimos entonces y reiteramos hoy:

(...) 2º. Los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones más arriba reseñadas, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos.

Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente

(47) Con este modelo los contratistas que tengan implantados los mejores sistemas de control interno en su gestión y sean más transparentes, es decir presenten su contabilidad como un auténtico «libro abierto», serán los que ofrezcan las mejores garantías para realizar el objeto de la contratación y, por tanto, se les presuma con mejor capacidad de ofrecer la propuesta más ventajosa.

(48) Como indica PORTER, M. (2006), la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de «*outcomes*» y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato. Así, el pliego contendrá previsiones específicas y claras sobre los resultados previstos (y cómo se constatan) para determinar la concreta retribución final.

(49) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M.,(2022b).

más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar "...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate" (Art. 67 de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo.

Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: "El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad".

A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: "5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada". En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social". Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución

del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minore el precio más allá del citado límite. En suma, lejos de suponer una infracción del Ordenamiento Jurídico determinante de nulidad de pleno derecho, la cláusula cuestionada es conforme a Derecho, lo que determina la inadmisibilidad del recurso en lo que se refiere a la impugnación indirecta del Pliego» (50).

En definitiva, más que el precio (o junto con él), en un modelo colaborativo para la construcción de infraestructuras se deberán considerar no solo los costes actuales, sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes del desarrollo del producto, su adquisición y posible transporte e instalación, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, y los asociados a su eliminación, además de otros aspectos importantes tales como la calidad y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar a la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadores del modelo de ejecución frente al precio (51).

En este tipo de modalidad colaborativa, caracterizada por la complejidad, técnica o financiera, en la que no es un elemento principal el precio, puede resultar conveniente utilizar como criterio de adjudicación y elemento de negociación la admisión de variantes. El artículo 45 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que los poderes adjudicadores admitan o exijan que los licitadores presenten variantes, que en tal caso se deben indicar en el anuncio de licitación, o, cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, en la invitación a confirmar el interés, si autorizan o no, o exigen variantes advirtiendo que sus requisitos mínimos deben detallarse en el pliego de condiciones. Esta previsión europea se desarrolla en el artículo 142 LCSP, que exige que en el PCAP se especifi-

(50) No se trata de un criterio compartido por otros tribunales. El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en la Resolución 127/2018, entiende que establecer un umbral de saciedad infringe tanto el principio de igualdad —al valorar igual ofertas potencialmente desiguales— como el de oferta económicamente más ventajosa —debido al desincentivo a ofertar precios competitivos—. La saciedad, en mi opinión, debe funcionar como indicio de anormalidad de tal manera que una oferta que supere ese umbral y justifique su normalidad puede ser admitida corrigiendo proporcionalmente la asignación de puntuación. Vid. sobre esta cuestión Martínez Montes, G. (2020). Respecto a la legalidad de los umbrales de saciedad, cuestión controvertida dentro del Derecho Administrativo, *interesan las reflexiones de DOMÉNECH PASCUAL, G.* (2020). Esta opción ha sido la adoptada por la Comunidad Autónoma de Extremadura mediante DECRETO-LEY 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica.

(51) Por precio se entiende cualquier contraprestación con un valor que preserve la equivalencia de las prestaciones (propia de cualquier relación sinalagmática). Lo que hay que conseguir es un valor razonable. Vid. GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (2018).

quen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las variantes admisibles, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato (52).

Además, en la negociación (como mecanismo de refuerzo al mejor cumplimiento que complementa el diseño de las penalidades), puede interesar incluir la valoración de indicadores de desempeño o KPIs (Key Performance Indicators) a los que se les asigna un programa de incentivos con una contraprestación económica asociada en caso de cumplimiento. A modo de ejemplo, como ejemplos de KPIs utilizados en contratación internacional, se puede mencionar los siguientes: a) alcanzar los hitos de programa en una fecha prevista, b) la optimización de materiales de cara a reducir el coste de mantenimiento o gestión del tráfico durante la ejecución del contrato, c) indicadores de Seguridad y Salud, Medioambiente y Sostenibilidad e incluso Relaciones Colaborativas.

En un modelo colaborativo para la construcción de infraestructuras, un elemento puede ser el propio proyecto de obras si se utiliza la posibilidad conjunta de proyecto y obra. El artículo 234 LCSP regula las especialidades del contrato de obras cuando incluye la presentación del proyecto por el empresario. El párrafo 1 empieza por señalar que la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos, cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

«a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.

b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas».

(52) Hay que reseñar la importancia de definir claramente la finalidad, alcance y funcionamiento de la admisión de una variante (diferente de las mejoras), ya que Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido en la obligación que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la presentación de las variantes en aras al respecto al principio de igualdad de trato de los licitadores: así, en Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01, *Traunfellner GmbH*, considera contraria a la regulación comunitaria una licitación en la que se reconoce la presentación de variantes pero en la que no se detalla ni precisa las condiciones y requisitos de las mismas, limitándose el pliego a referirse a una disposición normativa nacional que establece que la oferta alternativa debe garantizar la realización de una prestación cualitativamente equivalente con respecto a la que es objeto de la licitación. Por otra parte, hay que recordar igualmente que la presentación de variantes que no se hayan previsto de forma expresa en los pliegos supone la presentación de proposiciones simultáneas o alternativas, por lo que deben rechazarse todas las presentadas (entre otras Resolución nº 51/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, de 28 de Julio de 2016).

Como especialidades del procedimiento debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) La licitación de este tipo de contrato [siempre con utilización de más de un criterio de adjudicación, según el artículo 145.3, a) LCSP] requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente Proyecto o documento similar y solo cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

b) La adjudicación quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación (artículo 231.2 LCSP), a cuyo efecto presentará el proyecto al órgano de contratación. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuadas en el proyecto recibido, se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del artículo 314 LCSP, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto.

c) La iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe máximo previsto que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas y valorará conforme a los criterios de adjudicación previstos en la licitación. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (art. 169.8 LCSP).

4. Gobernanza en la ejecución y cumplimiento

Para la ejecución del contrato, en primer lugar, el PCAP y el contrato deben reflejar de forma clara y precisa una descripción detallada del objeto de la prestación, precisando de forma indubitada el alcance de las prestaciones a cargo del contratista y el programa de obra (incluyendo la fecha de inicio de proyecto, fecha prevista de finalización y, según caso, hitos parciales).

Por supuesto, debe prestarse especial atención (huyendo de formalismos o referencias a preceptos en abstracto) a las diferentes condiciones de ejecución y a la arquitectura de gobernanza del contrato. En concreto, se debe incluir una lista de elementos de compensación directamente relacionados con el régimen de reparto de riesgos acordados entre cliente y contratista durante la licitación o ejecución del contrato, pudiendo acordarse límites en el importe de los riesgos a partir de los cuales los asumiría íntegramente el cliente.

Asimismo, debe quedar claro cuál es el modelo de *pain/gain* y su concreto funcionamiento (con sus límites), así como el modelo de pagos en tanto el contrato se va ejecutando. El carácter sofisticado de estas fórmulas colaborativas y su complejidad (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos), aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual, pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad.

En la ejecución del contrato resulta imprescindible la utilización de un modelo de auditoría de costes. Puede ser conveniente la utilización de los OBC (*Open Book Contracts*), que requieren una total transparencia por parte del contratista, de tal forma que éste debe proporcionar un completo acceso a sus bases de datos contables para poder medir y constar datos relevantes sobre los costes del contrato que sean completos, fiables y actuales. El nivel de acceso y su aplicabilidad a la información necesaria para determinar los costes admisibles y que son reembolsables, han debido quedar definidos claramente en el PCAP del contrato. Como bien explica GÓMEZ GUZMÁN, «*los OBC en la contratación pública proporcionan transparencia en los procesos que soportan las bases de determinación del precio, porque se desarrollan en un ambiente colaborativo que aporta una comprensión al órgano o poder adjudicador sobre:*

- a) *los gastos y los consumos de factores, es decir las bases del coste de producción,*
- b) *las implicaciones que tienen en los costes las decisiones que toma el adjudicatario sobre las inversiones para alcanzar la capacidad de producción planeada,*
- c) *los procesos de gestión y el control interno que permiten al adjudicatario conseguir los objetivos de la manera más eficiente en costes, y*
- d) *las decisiones que se toman para realizar cambios en los procesos productivos que les hagan más eficaces».*

Por otra parte, y como se puede ver con la actual situación de incertidumbres en el ámbito económico internacional, el pliego y el contrato deben incluir una referencia al funcionamiento del principio de «honesta equivalencia» de lo pactado, que implica que el equilibrio o equivalencia de prestaciones,

determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. Esta regla pretende aportar tanto seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico como, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento de lo pactado en sus propios términos (53).

Toda esta arquitectura exige prestar atención a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio ex artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual (54). El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos y que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan al órgano de contratación, como preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos (55). En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art.

(53) GIMENO FELIÚ, J.M. (2022d, pp. 35-46) y CANO CAMPOS, T. (2023).

(54) Esta figura es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, como indica GÓMEZ GUZMÁN, J.C. (*«El responsable del contrato»*) en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) —Subpart 42.3— se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando éste se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen: a) naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos; d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

(55) Una cláusula sencilla en un pliego, como propone RUIZ DAMIEL, M. (2018), podría consistir en lo siguiente: *«Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato»*.

311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado y a que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos (SANMARTÍN MORA, A., 2012, pp. 298-312).

La complejidad del contrato obliga a que las posibles discrepancias se resuelvan de la forma más rápida posible por lo que, para evitar la judicialización de las mismas (con importantes costes transaccionales), resulta oportuno derivar dichas discrepancias a fórmulas de arbitraje (56). La LCSP pretende ser «neutra» frente a la opción de utilización del arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, de tal forma que corresponde al órgano de contratación decidir sobre su conveniencia (57). Lo que es evidente es que el arbitraje en contratos públicos en otros países no es nada excepcional y que en contratos complejos puede ser una muy buena opción (en Andalucía, para la gestión de los fondos europeos, se habilita la opción de arbitraje por el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, de la Junta de Andalucía). Esta posibilidad ha sido muy bien explicada por el profesor GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 549-564), que analiza el concreto ámbito de esta fórmula de resolución extrajudicial de conflictos. La ausencia de referencia en la LCSP 2017 significa que no existe una regla básica y que los arbitrajes en este ámbito han vuelto a regirse por las reglas generales y, por tanto, en el ámbito de la Administración General del Estado, esto supone para su utilización la necesidad de autorización del Consejo de Ministros (58).

(56) Vid. GIMENO FELIÚ, J.M. (2019), donde se señala que en la nueva LCSP de 2017 desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública optar por esta posibilidad (aplicando, claro, las previsiones de la Ley vigente de Arbitraje).

(57) hay que recordar que este arbitraje —desde la STC núm. 75, de 30 de abril de 1996— no es obligatorio, sino que se fundamenta en la libertad de pactos, por lo que en modo alguno existe merma de garantías jurídicas, de ahí que el legislador estatal en 2017 se decante por la libertad de arbitraje para todo tipo de poder adjudicador.

(58) Así lo explica también BALLESTEROS PANIZO, C. (2019, pp. 191-218) quien señala que la ausencia de previsión expresa en uno u otro sentido no elimina la opción del arbitraje si bien tampoco la favorece. .

V. A MODO DE CONCLUSIONES

La finalidad de cualquier procedimiento contractual es satisfacer una necesidad pública con el mayor nivel de eficacia y eficiencia asegurando un óptimo nivel de calidad. En prestaciones complejas, en concreto en la gestión de determinadas infraestructuras, resulta conveniente, para conseguir ese nivel de eficacia y eficiencia, utilizar fórmulas flexibles que faciliten un modelo colaborativo donde, sobre la base de un coste objetivo, se seleccione una oferta que permita articular un arquitectura contractual cooperativa de carácter horizontal, que promueva un sistema de cumplimiento sobre la idea del *win/win*.

La LCSP permite, sin demasiados problemas interpretativos, dar la respuesta jurídica para impulsar un modelo de este tipo, que se deberá cimentar sobre unos pliegos bien pensados tanto en la fase de adjudicación como, especialmente, de ejecución, en los que deben quedar claros la auditoría de costes y el mecanismo de medición de resultados, con el objeto de asegurar el correcto cumplimiento y determinar la retribución pactada. Y donde se especificarán límites en el importe de los riesgos (el cuadro inferior resume una matriz tipo utilizada en contratación internacional).

	Riesgo	Cliente	Contratista	Compartido
1	Accesos	•		
2	Expropiaciones	•		
3	Geológico (conocido; aplicación de límites)		•	•
4	Geológico (desconocido)	•		
5	Contaminación (conocida)		•	•
6	Contaminación (desconocida)	•		
7	Otras condiciones del terreno (conocidas)		•	•
8	Otras condiciones del terreno (desconocidas)	•		
9	Servicios afectados identificados		•	•
10	Servicios afectados no identificados	•		
11	Aprobaciones gubernamentales del proyecto	•		
12	Cumplimiento de aprobaciones y otras aprobaciones propias de construcción		•	
13	Cambios en aprobaciones, normativas o fiscalidad	•		

14	Desarrollo de las actividades propias de diseño y construcción		•	
15	Progreso tecnológico			•
16	Decisiones unilaterales del cliente	•		
17	Cambios (instruidos por cliente)	•		
18	Defectos		•	
19	Seguridad & Salud	•	•	
20	Cambios de Ley	•		
21	Fuerza Mayor			
22	Inflación	•		
23	Contaminación (conocida)		•	•

En este modelo colaborativo (en concreto, de *target costing*) se deberá utilizar, como exigencia técnica de todo el proceso de licitación y de cumplimiento, la metodología BIM con el fin de conseguir una mayor eficacia y eficiencia, y un ajustado control que mejore la rendición de cuentas y la transparencia de todo el proceso (evitando sobrecostes innecesarios). El impulso de la metodología BIM en estos procesos públicos colaborativos de construcción y edificación es, además, una oportunidad para avanzar en el diseño de una moderna estrategia de gobernanza de las infraestructuras públicas sostenibles, que pivote sobre la estrategia (proyectos) y no en la burocracia formal (procedimiento). La metodología BIM permite pensar en clave de valor y de inversión y no de ahorro y precio, donde la colaboración público-privada debe ser una herramienta para satisfacer el interés general.

Por otra parte, resulta imprescindible igualmente, un diseño organizativo diferente, de carácter horizontal, con una implicación menos formal y burocrática y más funcional de los diferentes actores implicados. Por supuesto del órgano promotor y del operador económico, cuyos intereses deben estar correctamente alineados (de ahí la importancia del proceso de negociación), pero también del responsable del contrato y de los órganos de fiscalización interna, que deben adoptar en estos modelos un rol proactivo (y no meramente reactivo) en tiempo real, que permita validar rápidamente las diferentes cuestiones financieras y presupuestarias (59).

Estos modelos son, además, una oportunidad para poner en jaque la práctica de comprar a precio más bajo (FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., 2022, pp. 209-262) y, en la «eterna búsqueda de la piedra filosofal» (BACA NONETO, V. 2021)

(59) *De lege ferenda*, en aras a «reforzar la seguridad jurídica», podría ser conveniente incluir una previsión normativa mediante articulado en la LCSP que contemplase de forma expresa esta modalidad, regulando sus aspectos más sustanciales.

orientar la contratación pública a la estrella polar de la contratación pública caracterizada por la calidad y el mayor valor en el resultado de la prestación, que son la seña de identidad de una gestión pública moderna y proactiva al servicio de políticas públicas (GIMENO FELIÚ, J.M., 2023b).

VI. BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUADO I CUDOLA, V. (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BACA ONETO, V. (2021): «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal» en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú).
- BERNAL BLAY, M.A. (2011): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, Cizur Menor.
- BALLESTEROS PANIZO, C (2019): «El arbitraje en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200.
- CAAMAÑO, F., GIMENO, J.M., QUINTEROS, G, y SALA P. (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego. Profit. Barcelona*.
- CANO CAMPOS, T. (2023): «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible». *Revista de estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 19.
- DEMING, W.E (1982): *Quality, Productivity and Competitive Position*. MIT Press, Cambridge.
- DE GUERRERO MANZO, C. (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en esta REVISTA, núm. Extra 19 (ejemplar dedicado a: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental).
- DELGADO FERNÁNDEZ, R. (2016): «El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa», *Revista Gabilex* núm. 7.
- DOLAN, C y BARRERO ZALLES, D. (2021): *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2020) .«Umbral de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas», en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica). <http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las>.

- ESTEBAN RÍOS, J. (2022a): «La imposición de límites para el acceso a los contratos públicos por parte de licitadores, bienes y servicios de países terceros: evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior», *Observatorio de Contratación Pública* (Revista electrónica).
- (2022b) «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: Evitar la “competencia desleal” para reforzar el mercado interior», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 217.
- ESTEVE PARDO, J. (2021): *Principios de derecho regulatorio*, Marcial Pons, Barcelona.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2022): «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en libro colectivo, dirigido por X. Lazo, *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014): «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2018): «UTEs y contratación pública: algunas consideraciones desde las perspectivas de defensa de la libre competencia y concursal», *Observatorio de los contratos públicos 2017* (dir. Gimeno Feliú y coord. De Guerrero Manso), Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020): «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», José María Gimeno Feliú (dir.) y Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2021a): «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en libro colectivo, dirigido por J. Esteve Pardo, *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid.
- (2021b): «Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214.
- (2021c): «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», en *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria*, en esta REVISTA, Monográfico núm. XX.

- (2022a): «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59.
 - (2022b): «A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60.
 - (2022c): «Los fondos Next Generation: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial», *Informe Comunidades Autonomas 2021*. IDP. 2022, pp. 59-90.
 - (2022d): «Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia», *Observatorio de contratación pública 2021 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2023a): «La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?», en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2023b): «Reflexiones sobre la aplicación de la normativa contratación pública en España: en búsqueda de la estrella polar», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Aranzadi. Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, J.M, y GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2020): *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GÓMEZ GÚZMAN, J.C. (2016): «Contrataciones de libro abierto». Publicado en *Observatorio de Contratación Pública* (Revista electrónica). <https://www.obcp.es/opiniones/contrataciones-de-libro-abierto>.
- (2018): *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, La Ley.
- HUERTA BARAJAS, J.A. (2008): «La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El diálogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 44.
- LÓPEZ MIÑO, A. (2019): *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ MONTES, G. (2022): Calidad y precio en la contratación pública. Los umbrales de saciedad y su sentido estratégico», en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica) <http://www.obcp.es/opiniones/calidad-y-precio-en-la-contratacion-publica-los-umbrales-de-saciedad-y-su-sentido>.

- MORCILLO MORENO, J. (2016): «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», en esta REVISTA, 47-48.
- MORENO MOLINA, J.A. (2018): *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, 2018, Valencia.
- (2022): *Compra pública socialmente responsable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2021): «La colaboración público-privada a propósito de los fondos europeos Next Generation (NG-EU) PERTE, agrupaciones, consorcios y sociedades de economía mixta». En libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2020*, coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.).
- PALACÍN SÁENZ, B. (2022): *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid.
- PEÑA OCHOA, A. (2018): «Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector público de 2017», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PORTER, M. (con E. TEISBERG) (2006): *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press.
- QUIROS CASTRO, C. (2021): «La (tan) necesaria auditoría de resultados en el mecanismo de recuperación y resiliencia». en esta REVISTA, núm. extra 20 (ejemplar dedicado a: Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría).
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2021): «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Gallega de Administración Pública* núm. 62.
- RUIZ DAMIEL, M. (2018): «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». Observatorio de Contratación Pública (revista electrónica). <https://obcp.es/opiniones/el-responsable-del-contrato-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico>.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2021): «El reto de las administraciones españolas para gestionar los fondos europeos para la recuperación», Cuadernos de Derecho Local núm. 55.
- SANMARTIN MORA, A. (2012): «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SCHARMER, O. (2017): *Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*. Eleftheria.

- TORNOS MAS, J. (2008): El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», libro colectivo Libro *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza.
- ZÁRATE MIRANDA, R. (2022): «¡Todos para uno y uno para todos!: Los contratos colaborativos y derecho de la construcción. Breve reflexión desde la contratación pública», publicado en *Observatorio de Contratación Pública* (revista electrónica).
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2022): «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública* núm. 217.
- ZIMINA, D., BALLARD, G. y PASQUIRE, C. (2012): «Target value design: Using collaboration and a lean approach to reduce construction cost», en la revista (Reino Unido) *Construction Management and Economics*, núm. 30 (5). <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01446193.2012.676658>.

MARCO NORMATIVO SOBRE LOS PARQUES EÓLICOS MARINOS EN ESPAÑA(*)

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA ENERGÍA EÓLICA MARINA: 1. Aspectos tecnológicos y perspectivas de futuro: eólica marina flotante. 2. Régimen de fomento: el programa Renmarinas Demos.– III. REFERENCIA AL MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO.– IV. ENERGÍAS RENOVABLES Y EÓLICA MARINA: 1. Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética. 2. Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030.– V. MORATORIA EN LA TRAMITACIÓN DE PROYECTOS DE EÓLICA MARINA.– VI. PLANES DE ORDENACIÓN DEL ESPACIO MARÍTIMO (POEM).– VII. PLAN DE DESARROLLO DE LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA 2021-2026.– VIII. NUEVO MARCO NORMATIVO PARA EL DESARROLLO DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS.– IX. CONCLUSIONES.– X. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto examinar aspectos conceptuales sobre la tecnología de la eólica marina y sus perspectivas de futuro, con especial detenimiento en el régimen de fomento previsto para que esta tecnología pueda jugar un papel clave en el actual proceso de descarbonización y lucha contra el cambio climático. En particular, examinamos la hoja de ruta regulatoria en relación con la energía eólica marina, lo que exige profundizar en campos como la ordenación del espacio marítimo (POEM), los planes de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica para el horizonte 2021-2026 y, en especial, el futuro marco normativo (real decreto) para el desarrollo de las instalaciones eólicas marinas, que recientemente ha recibido numerosas alegaciones tras someterse a la fase de consulta pública previa.

Palabras clave: transición energética; energías renovables; tecnología eólica marina flotante; planes de ordenación del espacio marítimo; red de transporte de electricidad.

MAPPING POLICY AND LEGAL FRAMEWORK FOR THE OFFSHORE WIND IN SPAIN

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to examine conceptual aspects of offshore wind technology and its future prospects, with special attention to the promotion regime planned so that this technology can play a key role in the current process of decarbonization and fight against climate change. In particular, we examine the*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 05/04/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 16/05/2023.

regulatory roadmap in relation to offshore wind energy, which requires further exploration of fields such as Spanish maritime spatial planning, the development plan for the Spanish electricity transmission network for the 2021-2026 horizon and, in particular, the future regulatory framework (royal decree) for the development of offshore wind facilities, which has recently received numerous allegations in the prior public consultation phase.

Keywords: energy transition; renewable energy; floating offshore wind technology; maritime spatial planning plans; electricity transmission network.

I. INTRODUCCIÓN

La energía eólica marina es una fuente de energía renovable y limpia obtenida a partir del aprovechamiento de la fuerza del viento que se produce en alta mar, donde se alcanzan velocidades mayores y más constantes que en tierra. Se pueden utilizar superficies muy extensas, lo que permite que los parques eólicos tengan cientos de megavatios de capacidad instalada. Esta tecnología permite solventar la problemática suscitada como consecuencia del limitado espacio en tierra para el desarrollo de parques eólicos y su uso competitivo. Además, el impacto ambiental de la eólica marina será menor que en el caso terrestre (M. D. ESTEBAN, J. J. DÍEZ, J.S. LÓPEZ y V. NEGRO, 2011: 444), aunque la incidencia de esta tecnología sobre el entorno ecológico sigue siendo una materia que requiere especial análisis (C. SORIA, 2018: 173-174).

Los parques eólicos marinos otorgan valor estratégico medioambiental y socioeconómico, lo que los convierte en una de las fuentes de energía renovable más relevantes para lograr una economía europea climáticamente neutra en el horizonte 2050. Desde esta perspectiva europea, cabe subrayar que la Estrategia de Crecimiento Azul, adoptada por la Comisión Europea en 2012, reconocía la importancia de los mares y los océanos como motores de la economía europea, y atribuyó a la energía de origen marino la denominación de energía azul. Así, la eólica marina se concibe como una alternativa que contribuye la consecución de los objetivos de descarbonización y un área prioritaria para proporcionar un crecimiento sostenible.

Para que la eólica marina cumpla con esta función crucial es necesario que se desarrolle un marco regulatorio estable y actualizado, capaz de proporcionar una planificación detallada en el medio y largo plazo. La tramitación normativa necesaria debe venir acompañada de un adecuado consenso social, que ratifique que esta tecnología es compatible con otras actividades que se desarrollan en torno a la costa española. Todo parece indicar que si existe un desarrollo normativo adecuado, nos convertiremos en una potencia exportadora de energía eléctrica procedente de la tecnología eólica marina, como ya viene sucediendo en el ámbito de la eólica terrestre.

El presente trabajo tiene por objeto analizar ciertos aspectos conceptuales sobre la tecnología de la eólica marina y sus perspectivas de futuro, con especial mención del plan de fomento previsto para que estas tecnologías irrumpen con fuerza en el mercado. Asimismo, examinamos la hoja de ruta regulatoria en esta materia, lo que exige profundizar en campos como la ordenación del espacio marítimo (POEM), los planes de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica 2021-2026 y, en especial, el marco normativo (real decreto) para el desarrollo de las instalaciones eólicas marinas, que actualmente ha recibido numerosas alegaciones tras someterse a la fase de consulta pública previa.

II. LA ENERGÍA EÓLICA MARINA

1. Aspectos tecnológicos y perspectivas de futuro: eólica marina flotante

La energía eólica terrestre se sitúa en el centro de la transición energética en España. En la actualidad, la tecnología eólica representa cerca del 30% de la potencia total instalada renovable en España (muy próxima a los 30 GW instalados) (1). Ello convierte a la eólica en la energía renovable con más potencia instalada de todo el sistema eléctrico español. El sector eólico en España representa un caso de éxito en lo que se refiere al desarrollo industrial y al suministro en toda la cadena de valor. Destacadamente, el parque eólico terrestre español ha representado el 4 % de la potencia total instalada de eólica *onshore* a nivel mundial (GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL, 2022: 109) (2).

Los éxitos logrados en el sector de la eólica terrestre deben ser tomados como referencia a la hora de regular y fomentar las instalaciones de eólica *offshore*, habida cuenta de nuestra privilegiada posición geográfica con una amplia costa (con más de 7.000 kilómetros) que ofrece grandes oportunidades para aprovechar el viento de alta mar, así como por la variedad de regímenes marítimos existentes y los avances tecnológicos y en I+D en el sector eólico (J.L. DEL VALLE, 2013: 37-39). Necesitamos un marco regulatorio estable y que proporcione una planificación de detalle en el medio y largo plazo. Así, España debe convertirse en una potencia líder en el sector de la eólica marina, para

(1) Véase la web institucional de Red Eléctrica: <https://www.ree.es>. A mayor abundamiento, los datos ofrecidos acumulados a fecha 28 de febrero de 2023 muestran que: *i*) la generación eólica en servicio es de 29,7 GW; *ii*) la generación eólica no en servicio y con permisos de acceso concedidos es de 41,4 GW; *iii*) la generación eólica no en servicio y sin permiso de acceso concedido, pero sí solicitado, es de 10,9 GW; y *iv*) la generación eólica no en servicio y con permiso de acceso denegado es de 27,3 GW.

(2) Seguido de India (5%), Alemania (7%), Estados Unidos (17%) y China (40 %).

lo cual debemos aprovechar el gran potencial eólico industrial existente en términos de fabricación de equipos y de generación de electricidad. Por su parte, las energías del mar presentan un nivel de desarrollo industrial inferior, y es deseable que las tecnologías más idóneas (corrientes de mareas, undimotriz o energía de las olas) experimenten mejoras en términos de costes.

La tecnología eólica marina permite obtener electricidad renovable mediante el uso del potencial que ofrece el viento de alta mar. Al no existir barreras naturales (como las montañas o las zonas urbanas), la velocidad es ampliamente superior (entre un 30 y un 50%) a la alcanzada por el viento en tierra. Con esta tecnología se van a poder diversificar las fuentes de energía renovables, lo que contribuye positivamente a la consecución de los objetivos climáticos y energéticos definidos a nivel europeo e internacional (3). En particular, a nivel europeo, se ha fijado el objetivo de 60 GW y de 300 GW de eólica marina instalada para 2030 y 2050, respectivamente (COMISIÓN EUROPEA, 2020: 1-2). Por su parte, el PNIEC 2023-2030 contempla una capacidad eólica —tanto terrestre como marina— de 50 GW para 2030.

Las dimensiones de los aerogeneradores son cada vez mayores y se han experimentado mejoras muy significativas en términos de mantenimiento y operación de las instalaciones. En relación con la eólica marina, cabe significar que las turbinas —que son el elemento que mayor coste representa en un parque eólico (X. WU, Y. HU, Y. LI y otros, 2019: 380-382)— deben presentar mayor tamaño que las de aerogeneradores de tierra, lo que supone mayor complejidad de las subestructuras. La primera tecnología desarrollada fue la eólica marina con estructura de cimentación fija, que está montada sobre el fondo marino y admite, aproximadamente, entre 50 y 60 metros de profundidad. De forma que si la profundidad es mayor, existirán problemas de costes y de operación técnica de las instalaciones. Aunque hay que destacar que esta tecnología ha tenido buena acogida, en tanto se han utilizado aerogeneradores de mayor tamaño, lo que permite un mayor aprovechamiento del recurso eólico y una reducción de costes (DELOITTE, 2022: 32-33).

A pesar de estos avances, existe otra tecnología que ofrece mayores oportunidades al sector eólico marino: la tecnología eólica marina flotante. Con esta tecnología los parques eólicos se van a instalar sobre plataformas flotantes ancladas al fondo marino por unos tensores. Estos nuevos elementos tecnológicos suponen un incremento de los límites geográficos de las zonas marinas susceptibles de aprovechamiento hasta los 1.000 metros, frente al máximo de 50 metros que permitía la cimentación fija, y permiten obtener un recurso eólico más constante e intenso (L. CASTRO y V. DÍAZ, 2014: 11-13) Las

(3) A mayor abundamiento sobre los objetivos véase R.M. FERNÁNDEZ EGEA, 2018, 99-123, I. ZAMORA SANTA BRÍGIDA, 2018, 1-30 y R. GALÁN VIOQUE, 2020, 305-322.

plataformas flotantes marinas para turbinas eólicas han sido propuestas desde hace muchos años, pero esta tecnología ha madurado en tiempos recientes. Esta madurez se considera suficiente como para superar los desafíos técnicos necesarios para el diseño de la maquinaria, como ya se hiciese en tiempos pasados en la industria del gas y el petróleo en alta mar, aunque presentan ciertas dificultades derivadas de los amarres de las plataformas con el fondo marino (INSTITUTO TECNOLÓGICO DE CANARIAS, 2022: 31-32). Sin embargo, los retos que deben aún examinarse son de naturaleza económica, en tanto debe procurarse un nuevo modelo tecnológico rentable para todos. Es muy importante introducir e implementar métodos y tecnologías innovadoras y rentables en este ámbito. En este contexto, no hay que perder de vista que las operaciones marítimas, debido a la participación humana, el medio ambiente y la vida marina, son de especial importancia (R. CHITTEH RAMACHANDRAN, C. DESMOND, F. JUDGE, J.J. SERRARIS y J. MURPHY, 2021: 27). Las perspectivas de futuro de esta tecnología son muy positivas, en tanto estas estructuras flotantes podrían ser fabricadas en los propios puertos y astilleros —para después ser remolcadas a su destino—, minimizan los costes y el impacto ambiental —permitiendo instalar aerogeneradores de forma compatible con otras actividades (como la navegación o la pesca)— y revierten positivamente —desde el punto de vista económico— en el sector naval y en las comunidades costeras (DELOITTE, 2022: 33-34). Quizá menos optimistas son las previsiones de costes del cableado de corriente continua necesario para conectar los parques eólicos, ya que existe en la actualidad una congestión en el mercado de este tipo de componentes, donde los proveedores (que fundamentalmente son las compañías europeas *Nexans*, *NKT* y *Prysmian*) están dando plazos de entrega a solicitantes de entre 40 y 50 semanas. En cualquier caso, este problema de suministro de cables submarinos de alta tensión no afecta por el momento a España, ya que estamos en una fase aún prematura de implantación de estas tecnologías: aún no tenemos la normativa aprobada para poder celebrar subastas de eólica marina y se prevé que los proyectos empiecen su construcción entre 2027 y 2028, para ser concluidos entre 2029 y 2030 (4).

Por tanto, la tecnología eólica marina flotante está llamada a presidir este cambio disruptivo en el sector eléctrico. Las plataformas flotantes permiten alejar las infraestructuras de las costas, al admitir mayor profundidad, reduciendo con ello el impacto visual y el daño ambiental. Además, se prevén reducciones significativas de costes que permitan una mayor competitividad en el mercado, acercándose a los logros obtenidos en la tecnología de cimentación fija (P. GARCÍA, 2021: 280-284). En especial, los sistemas insulares son los primeros beneficiados por esta previsible entrada al mercado de la tecnología eólica

(4) Véase <https://elperiodicodelaenergia.com/no-hay-cable-para-tanto-parque-eolico-marino-hasta-50-semanas-de-espera-para-las-entregas/>.

flotante, ya que las plantas de generación de energía eléctrica convencionales presentan mayores costes que en la península.

2. Régimen de fomento: el programa *Renmarinas Demos*

El régimen de fomento de la tecnología eólica *onshore* ha favorecido a que España se posicione como exportador de energía eólica en el mercado internacional (ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA, 2019: 11-15). En relación con la eólica marina, debería implantarse también un modelo de fomento adecuado y capaz de garantizar su incorporación al mercado. En este contexto, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (en adelante, MITERD) ha aprobado su primera línea de ayuda para proyectos piloto demostradores y plataformas de ensayo de renovables marinas: el denominado programa *Renmarinas Demos*. Estas ayudas son otorgadas en régimen de concurrencia competitiva y se instrumentarán como subvenciones a fondo perdido que el IDAE adelanta a los adjudicatarios, siendo solo admisibles aquellos proyectos que no hayan iniciado su ejecución antes de la fecha de solicitud de la ayuda. Los proyectos concedidos no pueden causar un daño significativo al medio ambiente y la previsión es que estén finalizados antes del 15 de enero de 2026.

Esta línea de ayudas está prevista en la «Hoja de Ruta para el desarrollo de la Eólica Marina y las Energías del Mar en España» (5) y se enmarca en el componente 7 «Despliegue e integración de energías renovables», del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para la ejecución de los fondos *Next Generation EU*. Dentro de este componente, y de la inversión 1, las ayudas van a contribuir al hito CID 116 «conseguir al menos seis avances adjudicados en el primer trimestre de 2023 que fomenten nuevos proyectos, tecnologías o instalaciones de infraestructuras de energías renovables marinas». Además, este programa de ayudas se contempla en el Proyecto Estratégico para la Recuperación y la Transformación Económica (PERTE) de Energías Renovables, Hidrógeno Renovable y Almacenamiento (ERHA) (6). En concreto, el programa *Renmarinas Demos*, con una dotación total prevista de 240 M€, impulsa varias actuaciones a través de distintos subprogramas: i) Subprograma 1 (90 M€): Creación y adaptación y/o refuerzo de plataformas de ensayo para renovables marinos por Organismos de Investigación. Está destinado a organismos de investigación para la ampliación de las plataformas de ensayo existentes o la creación de nuevas infraestructuras de experimentación de tec-

(5) MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2021), *Hoja de ruta eólica marina y energías del mar en España*, dentro del Marco Estratégico de Energía y Clima, Financiado por la Unión Europea (*Next GenerationEU*), Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 124 págs.

(6) Que fue aprobado en Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2021.

nologías renovables marinas; *ii*) Subprograma 2 (60 M€): Creación o refuerzo de plataformas de ensayo para renovables marinas. Proyectos de las mismas características que el subprograma 1, pero desarrollados por empresas, consorcios o agrupaciones empresariales; *iii*) Subprograma 3 (45 M€): Desarrollo de demostradores tecnológicos renovables marinos, prototipos y soluciones tecnológicas vinculadas a la energía eólica marina flotante y de cimentación fija, energía de las olas, de las corrientes, solar fotovoltaica flotante e híbridos. Se trata de proyectos innovadores de los desarrolladores tecnológicos en el sector de las renovables marinas, para implantar y validar sus modelos experimentales en las plataformas de ensayo que sean reforzadas o de nueva creación en las costas y aguas españolas; y *iv*) Subprograma 4 (45 M€): Proyectos conjuntos de demostradores tecnológicos renovables marinos ligados a una plataforma de ensayos, cuando ambos se desarrollen en una misma actuación y emplazamiento marino.

Tras el oportuno trámite de información pública, se han publicado las bases reguladoras y la primera convocatoria de ayudas. La primera, a través de la Orden TED/1204/2022, de 2 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para el programa de concesión de ayudas a la inversión en proyectos piloto y plataformas de ensayo e infraestructuras portuarias para renovables marinas, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Programa MARINAS DEMOS) (7). Por su parte, la primera convocatoria ha sido publicada en la Resolución de 21 de diciembre de 2022, del Consejo de Administración del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), M.P., por la que se formaliza la primera convocatoria para la concesión de ayudas a la inversión en proyectos piloto y plataformas de ensayos e infraestructuras portuarias para renovables marinas, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (1^ª Convocatoria – Programa RENMARINAS DEMOS) (8). De esta resolución obtenemos dos extractos relativos a cada subprograma de ayudas (siendo al fecha fin de plazo para presentar solicitudes el 24 de marzo de 2023): *a*) Extracto de la Resolución de 21 de diciembre de 2022, del Consejo de Administración de la E.P.E. Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), M.P., por la que se formaliza la Primera convocatoria correspondiente al «Subprograma 1: Plataforma de ensayo por organismo de investigación», incluido en la Primera convocatoria para la concesión de ayudas a la inversión en proyectos piloto y plataformas de ensayos e infraestructuras portuarias para renovables marinas, PRTR (9); y *b*) Extracto de la Resolución de 21 de diciembre de 2022, del Consejo de Administración de la E.P.E. Instituto para la Diversificación y Ahorro de la

(7) BOE núm. 292, de 06 de diciembre de 2022.

(8) Sesión número 342, de 21 de diciembre de 2022.

(9) BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022.

Energía (IDAE), M.P., por la que se formaliza Primera convocatoria correspondiente a los «Subprogramas 2, 3 y 4», incluidos en la Primera convocatoria para la concesión de ayudas a la inversión en proyectos piloto y plataformas de ensayos e infraestructuras portuarias para renovables marinas, PRTR (10).

En definitiva, esta primera convocatoria de ayudas ha sido bien recibida, en tanto constituye un gran impulso de la energía eólica marina en España. El sector de la eólica marina presenta grandes sinergias con otros sectores industriales y con el sector naval, y un fomento adecuado y ambicioso implica caminar hacia la erradicación definitiva de los combustibles fósiles y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Es necesario aprovechar las favorables condiciones climáticas que tenemos en España, así como los avances de ingeniería civil acontecidos en el sector de la construcción naval, en materiales y en equipamientos. Así pues, esta primera línea de ayudas ha sido muy acertada y se espera alcanzar importantes e innovadores proyectos tras la celebración del proceso en concurrencia competitiva.

III. REFERENCIA AL MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO

La energía eólica marina está prevista, aún de forma indirecta, en distintos instrumentos de Derecho Internacional del mar. Los primeros instrumentos versan sobre programas de protección del medio marino, el principio de precaución en el desarrollo de parques eólicos, emplazamientos alternativos y seguridad de las instalaciones, y están contenidos en: Convenio sobre protección del medio marino de la zona del Mar Báltico (1974); Convenio de Barcelona para la protección del mar Mediterráneo (1976); y Convenio sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (1979).

Destacadamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), de diciembre de 1982, aunque no se refiere expresamente a la tecnología eólica marina, hace alusión a la obtención de energía a partir de los vientos. En particular, se otorga a los Estados el derecho para construir, autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de instalaciones y estructuras destinados a la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos. Por otro lado, encontramos el Convenio para la protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (OSPAR), que puede considerarse el convenio de mayor relevancia para la protección del mar a nivel mundial. En el marco de este convenio se ha incentivado que la Unión Europea colabore en el desarrollo de criterios que faciliten a las autoridades la autorización de la construcción de eólicas marinas, así como el desarrollo de mejoras técnicas para la construcción, explotación y eliminación

(10) BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022.

de parques eólicos marinos. En la última reunión de 2021 se ha adoptado una nueva estrategia —Estrategia Ambiental del Atlántico Nordeste— para el periodo 2021-2030.

En este plano internacional, destaca la reciente configuración de objetivos globales de las Naciones Unidas como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible para 2030, entre los que localizamos el impulso de la eólica marina dentro del objetivo 7 «Energía asequible y no contaminante». Por su parte, en el marco de la COP 27 —Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)—, que se ha celebrado recientemente en Egipto (noviembre de 2022), se ha podido observar cómo la mayoría de los países se encuentran aún muy lejos de alcanzar los objetivos previstos sobre eólica marina. En este orden de cosas, la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA) ha estimado que el mundo necesitaría una capacidad instalada de 380 GW y de 2.000 GW de eólica marina para el horizonte 2030 y 2050, respectivamente. (IRENA, 2022: 9 y 24). Para lograr este objetivo sería necesario instalar cada año una capacidad promedio superior a 24 GW, pero esto va a ser una tarea complicada, habida cuenta de que la planificación y la obtención de autorizaciones para construir eólica marina se demora varios años (generalmente, entre cuatro y cinco años). En este punto, sería aconsejable que estos plazos de autorización se redujesen significativamente, facilitando así la implantación de esta tecnología.

A nivel europeo, cabe destacar la Estrategia de Crecimiento Azul, adoptada por la Comisión, que estableció una hoja de ruta, a largo plazo, de apoyo al crecimiento sostenible de los sectores marino y marítimo. En esta estrategia se fijó el objetivo del 14 % de la demanda eléctrica europea proporcionada por energía eólica marina en 2030. Por otra parte, el Pacto Verde Europeo (2019) estableció tres principios —suministro asequible y seguro; mercado integrado, digitalizado e interconectado; y eficiencia energética y energías renovables— que pueden ser desarrollados en Europa a través de la tecnología eólica marina, entre otras.

La normativa comunitaria también respalda a la tecnología eólica marina. La Directiva 2014/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo (11), fomenta el crecimiento sostenible de las economías marinas y desarrollo sostenible de los espacios marinos, así como el aprovechamiento de los recursos marinos (entre los que localizamos la eólica marina). Esta directiva pone de manifiesto dos cuestiones muy relevantes: la conexión entre tierra y mar como elemento esencial y la concepción de la ordenación del espacio marítimo como

(11) DOUE núm. 257, de 28 de agosto de 2014.

instrumento que permite identificar y promover usos múltiples, imponiendo la necesidad de una planificación global (V. DÍAZ, 2016: 16). También localizamos la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (12), que establece el objetivo de, al menos, el 32 % de consumo final de energía procedente de fuentes renovables para 2030.

Por último, la Comisión Europea adoptó, en 2020, la «Estrategia UE sobre las Energías Renovables Marinas» (13), que apuesta decididamente por el despliegue de turbinas eólicas marinas (fijas y flotantes), habida cuenta del gran avance tecnológico e industrial que han experimentado. Ello ofrece grandes oportunidades a las cuencas marítimas de la Unión Europea (la mediterránea y atlántica, las de los mares del Norte, Negro y Báltico), así como a zonas costeras e insulares específicas y a algunas zonas de interior. La estrategia estableció como objetivo específico lograr el incremento de la capacidad de producción de energía eólica marina en la Unión Europea desde los niveles existentes a esa fecha (12 GW) hasta los 60 GW y 300 GW para 2030 y 2050, respectivamente. Ello se verá complementado con 40 GW de energía oceánica y otras tecnologías para 2050 (en especial, energía undimotriz y energía de las corrientes). La estrategia confirma que la eólica marina es adecuada en términos de costes, lo que permite que sea competitiva con otras tecnologías basadas en combustibles fósiles. Asimismo, se fomentan los mecanismos de cooperación regional, que incluye la promoción de una cadena de suministro paneuropea y la mejora de la ordenación del espacio marítimo, para un mejor despliegue de las energías renovables marinas. Para que esto tenga lugar habrá que incluir estos objetivos dentro de los planes nacionales de ordenación del espacio marítimo y proponer un modelo adecuado en relación con el Reglamento (UE) n.º 347/2013, relativo a infraestructuras energéticas transeuropeas (Reglamento RTE-E) (14).

IV. ENERGÍAS RENOVABLES Y EÓLICA MARINA

1. Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (en adelante, LCCyTE) (15) reconoce un papel muy importante a la eólica marina, al fijar objetivos climáticos que se ha evidenciado que pueden ser

(12) DOUE núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

(13) COMISIÓN EUROPEA (2020), *Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina para un futuro climáticamente neutro*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2020) 741 final. Bruselas, 19 de noviembre de 2020.

(14) DOUE núm. 115, de 25 de abril de 2013.

(15) BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2021.

alcanzados a través de esta tecnología. La norma española refleja los objetivos y compromisos sobre descarbonización adquiridos por España a nivel europeo e internacional. La LCCyTE plantea como objetivo alcanzar la neutralidad de las emisiones de gases de efecto invernadero y crear un modelo más predecible que lance adecuadas señales económicas a los inversores.

Los objetivos específicos pasan por lograr, para 2030, una reducción de gases de efecto invernadero de, al menos, un 23% respecto a las emisiones existentes en el año 1990. En relación con las energías renovables, su nivel de penetración debe alcanzar el 42 % del consumo final y un sistema eléctrico con un 74%, al menos, de generación a partir de energías de origen renovable. En lo referido a eficiencia energética, se plantea la reducción del consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5% respecto a la línea base. Para el escenario 2050 se deberá alcanzar la neutralidad climática, dando cumplimiento a todos los compromisos adquiridos. Este objetivo debe alcanzarse en el periodo de tiempo más corto posible y utilizando exclusivamente fuentes de generación de origen renovable. Así pues, la tecnología eólica marina va a jugar un papel fundamental en la consecución de estos ambiciosos objetivos climáticos establecidos en la LCCyTE.

2. Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (en adelante, PNIEC 2021-2030) (16) se ha aprobado en el marco del Reglamento 2018/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima (17). Se trata de un instrumento de gobernanza del clima y energía que permite delimitar el marco de actuación contra el cambio climático en España. Para la consecución de un modelo de ciudad verde, el PNIEC 2021-2030 apuesta por una necesaria coordinación entre todas las administraciones territoriales, habida cuenta del modelo de distribución de competencias español. Sin embargo, esta coordinación no queda reflejada en el texto a través de herramientas concretas que adopte un modelo real de coordinación entre todos los niveles territoriales (L. PRESICCE, 2021: 17).

El PNIEC 2021-2030 recoge varias medidas dirigidas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero muy significativamente. En concreto, dentro

(16) Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021.

(17) DOUE núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

de la medida 1.1, que se refiere al desarrollo de instalaciones nuevas de generación eléctrica con energías renovables, localizamos un instrumento de actuación sobre programas específicos para determinadas actividades que cuenten con recursos naturales y con un alto potencial de implementación local que permita desarrollar la curva de aprendizaje, entre las que destaca la tecnología dedicada a la eólica marina, entre otras (energías del mar, biomasa, geotermia...). Destacadamente, dentro del objetivo del 42% de renovables sobre el uso final de la energía, se prioriza la innovación en tecnología eólica marina, al presentar ésta una posición altamente competitiva. Además, se fija como objetivo de capacidad eólica —que incluye terrestre y marina— los 50 GW para 2030,

La tecnología más adecuada es la eólica marina flotante, al ser la menos invasiva sobre el medio marino, la que permite aprovechar más zonas potenciales de implantación y la que mayor reducción de costes está experimentando. Así las cosas, se propone un calendario concreto de subastas con un volumen de potencial reducido, lo que podría venir acompañado de una inyección de financiación pública. Estos volúmenes de potencia de futuras convocatorias de subastas y las herramientas de apoyo necesarias deben ir adaptándose al nivel de competitividad que exista en cada momento, lo que deberá ser observado con detenimiento habida cuenta de la progresiva reducción de costes de la tecnología eólica marina flotante. En este orden de cosas, el MITERD ha comunicado su intención de lanzar la primera subasta de energía eólica marina en el primer semestre de 2023.

En particular, se destaca el importante papel que pueden jugar los territorios insulares en relación con el despliegue de la tecnología eólica marina, lo que puede redundar en sendos beneficios para el sistema eléctrico y en una disminución notable de emisiones de gases de efecto invernadero y de costes asociados al sistema eléctrico. El PNIEC apuesta por la promoción del estudio y análisis de la evolución y potencial de ciertas tecnologías, lo que ha resultado en la configuración de una hoja de ruta para la tecnología eólica marina.

V. MORATORIA EN LA TRAMITACIÓN DE PROYECTOS DE EÓLICA MARINA

El MITERD suspendió los nuevos proyectos de eólica marina en aguas territoriales de España a través del Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua (en adelante, RDL 12/2021) (18). Esta

(18) BOE núm. 151, de 25 de junio de 2021.

norma se refiere a las solicitudes de autorización administrativa de instalaciones presentadas en el marco de la normativa vigente para la autorización de instalaciones en el mar territorial: el Real Decreto 1028/2007, de 20 de junio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial (en adelante, RD 1028/2007) (19).

La disposición adicional tercera del RDL 12/2021 estableció que desde la entrada en vigor de la norma y hasta que el Gobierno aprobase un nuevo marco normativo para las instalaciones de generación de electricidad, no se admitirían solicitudes nuevas de reserva de zona de instalaciones de generación eólica marina en el marco de los procedimientos regulados en el RD 1028/2007. Esta disposición también estableció que no se admitirían solicitudes nuevas de autorización administrativa de otras tecnologías de generación marinas distintas a la eólica, y ubicadas en el mar territorial, sobre la base del procedimiento simplificado a que se refiere el RD 1028/2007.

Así las cosas, aquellas solicitudes de autorización que fuesen cursadas con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 12/2021 continuaron con su tramitación, según señala el RD 1028/2007. Han sido numerosas las solicitudes de eólica marina cursadas, las cuales, hasta junio de 2021, alcanzaron la reserva de zona de más de 13 GW. A la vista de este creciente interés por esta tecnología, el Gobierno anunció que quiere sacar a concurso las zonas donde se podrán desarrollar la eólica marina (concurso de derechos marítimos), de forma que se seleccione a proyectos y se decida la capacidad a desarrollar, el emplazamiento físico concreto y el momento en que se va a llevar a cabo. De esta forma se estarían alquilando las aguas marinas para que puedan instalarse los parques eólicos, y para que todo ello funcione correctamente es necesario configurar un marco normativo estable, predecible y con capacidad suficiente para fomentar el desarrollo de la tecnología eólica marina flotante.

VI. PLANES DE ORDENACIÓN DEL ESPACIO MARÍTIMO (POEM)

Existen numerosas actividades humanas que inciden sobre el medio marino. Los usos del medio marino proporcionan bienes y servicios que favorecen al desarrollo económico y social de nuestro país. Así, la utilización del espacio marino debe ajustarse a criterios de ordenación y planificación establecidos por las autoridades competentes. Esta ordenación del espacio marino (OEM) consiste en un proceso a través del cual las autoridades analizan y organizan las actividades humanas a desarrollar sobre el medio marino, con el fin de

(19) BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2007.

lograr objetivos sociales, económicos y, sobre todo, medioambientales. La OEM se va a sustanciar por medio de los denominados Planes de Ordenación del Espacio Marítimo (POEMs), que define un plan detallado de ordenación para cada demarcación marina. Se trata de un instrumento de zonificación que delimita las zonas más adecuadas para el desarrollo de la tecnología eólica marina, atendiendo a las posibles interacciones con otros usos del mar y a la viabilidad técnica y ambiental acreditada.

Los POEM están previstos en la Hoja de Ruta de la energía eólica marina y otras energías del mar, incluida en la reforma C7.R4 del Componente 7 «Despliegue e integración de energías renovables» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. A través de estos POEM se realiza la identificación y análisis de las zonas en las que se podría contemplar la implantación de instalaciones eólicas marinas, asegurando su compatibilidad con otros usos y con actividades presentes y futuras. Las instalaciones de generación eólica requieren de estudios, ensayos y diversos análisis que, por la gran envergadura que presentan, deben abarcar un periodo de tiempo amplio, motivo por el cual se debe reservar un determinado territorio con permiso de investigación o reserva de zona, que posteriormente va a dar lugar a la concesión de la explotación (20).

Los POEM, como cualquier programa o plan, fueron sometidos a evaluación ambiental estratégica. El procedimiento de evaluación ambiental estratégica, detallado en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (en adelante, Ley 21/2013) (21), distingue entre cuatro documentos preceptivos:

i) Documento inicial estratégico. En este documento se van a establecer los parámetros básicos de referencia y de la evaluación ambiental estratégica, elaborado por el órgano promotor —la Dirección General de la Costa y el Mar (en adelante, DGCyM) del MITERD;

ii) Elaboración del documento de alcance del estudio ambiental estratégico. Este documento es elaborado por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (en adelante, DGCyEA) del MITERD, tras recibir la solicitud de inicio, y el documento inicial estratégico, y debe atender las respuestas recibidas tras el proceso de consultas previas a las administraciones afectadas y al público interesado. Se trata de un documento que facilita el estudio, pero no implica un compromiso firme por parte del promotor de la Administración.

(20) Véase Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo) núm. 4951/2014 (ECLI:ES:AN:2014:4951), de 04 de diciembre de 2014, p. 7. A mayor abundamiento sobre el análisis de esta sentencia véase BLASCO HEDO, Eva (2015), «Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, Ponente: Isabel García García-Blanco», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 42 (enero), pp. 97-99.

(21) BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2013.

iii) Estudio ambiental estratégico (EsAE). Es elaborado por la DGCyM — órgano promotor— para estructurar la información sobre identificación, análisis e incorporación de los aspectos ambientales en la OEM. Este documento debe acompañar a los cinco borradores de POEM y se debe someter a información pública.

iv) Declaración ambiental estratégica (DAE). Ésta es emitida por la DGCyEA —órgano ambiental—, que se encargará de examinar y valorar los POEM, junto al informe de alegaciones y al EsAE. La DGCyEA analiza el proceso de integración de la variable ambiental en la definición de los POEM. Se debe publicar en el BOE y sus valoraciones se introducen en la versión final de los POEM. Así las cosas, esta declaración ha concluido recientemente por medio de la Resolución de 2 de diciembre de 2022, de la Dirección General de Calidad y Evaluación, por la que se formula declaración ambiental estratégica de los «Planes de ordenación del espacio marítimo» (22). En esta DAE se han eliminado algunas de las zonas que inicialmente se habían asignado a la tecnología eólica marina, con el fin de minimizar el impacto que podría tener sobre el turismo, la pesca o la biodiversidad. Se ha reducido, por tanto, la propuesta inicial, al eliminar cuatro emplazamientos para el desarrollo de esta tecnología: la zona más al sur de Gran Canaria (CAN-GC1), el emplazamiento más próximo al estrecho de Gibraltar (ESAL1); la demarcación situada frente a la localidad de Sa Mesquida, en Menorca (LEBA5); y el emplazamiento ubicado frente al Parque Natural del Cabo de Gata-Níjar, en Almería (LEBA1). A la vista de esta última relación de zonas aptas para instalar eólica marina, son varios los proyectos que no podrían desarrollarse: el parque Mar de Ágata, de 300 MW, promovido por las compañías *Sener* y *Bluefloat* y el parque *Alwind* de 300 MW, promovido por la compañía *Cobra*; ambos en la zona LEBA1. Asimismo, hay otras zonas que han sido reducidas significativamente: NOR1, NOR3, NOR5, NOR6, NOR7, NOR8 y ESAL4.

Finalmente, los POEM han sido aprobados a través del Real Decreto 150/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas (en adelante, RD 150/2023) (23). Cabe subrayar que los POEM no modifican los criterios de compatibilidad establecidos en el Real Decreto 79/2019, de 22 de febrero, por el que se regula el informe de compatibilidad y se establecen los criterios de compatibilidad con las estrategias marinas (24), si bien el MITERD y el resto de administraciones tendrán en cuenta las previsiones de la planificación espacial marina en todas sus actuaciones. En relación con la

(22) BOE núm. 301, de 16 de diciembre de 2022.

(23) BOE núm. 54, de 04 de marzo de 2023.

(24) BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2019.

ordenación del espacio marítimo, en los POEM se identifican zonas de uso prioritario (ZUP) y zonas de alto potencial (ZAP). En un primer borrador, se incluyó el desarrollo de la energía eólica marina dentro de las ZUP, pero en la versión final se ha eliminado esta consideración, para pasar a integrarse dentro de las ZAP, y en concreto dentro de una categoría específica denominada «zonas de alto potencial para la energía eólica marina» (ZAPER). Se trata de zonas que cumplen con criterios técnicos de proximidad, profundidad e idoneidad del recurso eólico, y que no se ubican en zonas incompatibles.

Los POEM constituyen un primer paso para el desarrollo de la eólica marina, pero deben venir acompañados de un marco regulatorio estable que defina los distintos parámetros a seguir para la tramitación de esta tecnología. Los POEM aparecen en un texto de gran extensión que, en nuestra opinión, incluyen excesivas recomendaciones (al incluir expresiones como: «siempre que sea posible», «preferiblemente», «se procurará», entre otras), lo que rebaja la fuerza normativa que se le pretende otorgar y refleja su posible carácter de *soft law* (M. GARCÍA, 2022: 45). Estos POEM son una herramienta fundamental para garantizar el funcionamiento eficaz de las futuras convocatorias de subastas (que, previsiblemente, tendrán lugar en el primer semestre de 2023) y la adecuada tramitación de los proyectos que sean adjudicados. Por tanto, es necesario que se avance a un ritmo competitivo con el resto de los países de nuestro entorno, especialmente en relación con la regulación para la tramitación de proyectos, el diseño de las subastas, la elaboración de un calendario que proporcione suficiente visibilidad y, en especial, la planificación de la red necesaria por la que va a discurrir la electricidad procedente de la tecnología eólica marina.

VII. PLAN DE DESARROLLO DE LA RED DE TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA 2021-2026

Para una integración precisa de la generación eléctrica de origen renovable es necesaria una planificación y diseño adecuados de la red de transporte de electricidad. El recurso renovable no se encuentra en zonas coincidentes con los centros de consumo, y por este motivo es necesario un diseño adecuado del mallado de red de electricidad. La planificación aparece como un instrumento clave para el desarrollo de las infraestructuras eléctricas que son necesarias para garantizar un suministro seguro a largo plazo y para impulsar el proceso de transición ecológica. Se busca con ello reforzar la fiabilidad donde sea necesario impulsar el desarrollo de nuevas demandas.

En general, resulta conveniente reforzar los procedimientos de planificación, para con ello garantizar que las redes se desarrollan en las zonas y plazos previstos, y para mejorar las señales informativas, permitiendo a

los distintos agentes tener un conocimiento más profundo de los riesgos que asumirían (J. DE QUINTO, 2007: 110). Esta planificación va a ser vinculante en sede transporte, mientras que el resto de la planificación eléctrica será indicativa, tal y como establece el artículo 4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) (25). Así las cosas, el gobierno español ha aprobado la planificación de la Red de Transporte de Electricidad 2021-2026, con la intención de desarrollar las infraestructuras necesarias para que el suministro de electricidad tenga altos niveles de calidad y pueda seguir avanzando en términos de descarbonización y de lucha contra el cambio climático.

El procedimiento de planificación de la red de transporte distingue entre varias etapas definidas en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro (26). En primer lugar, se deben elaborar propuestas de desarrollo de la red de transporte por parte del MITERD, a solicitud del operador del sistema y gestor de la red de transporte (la empresa Red Eléctrica, perteneciente al grupo Redeia). El inicio del procedimiento se da a conocer a los distintos agentes del sistema eléctrico, a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas, a los promotores de proyectos y al resto de ciudadanos, de manera que todos ellos tengan la posibilidad de participar en este proceso elaborando propuestas de desarrollo que satisfagan las distintas necesidades. Este inicio tuvo lugar con ocasión de la publicación de la Orden TEC/212/2019, de 25 de febrero, por la que se inicia el procedimiento para efectuar propuestas de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica con Horizonte 2026 (27). Seguidamente, el MITERD, tras estudiar la propuesta remitida por el operador del sistema, y el informe preceptivo que emite sobre ésta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) (28), elaboró una propuesta de documento de planificación que fue sometida a trámite de audiencia e información pública (29) y a un nuevo informe de la CNMC (30). En último lugar, tras recibirse informe favorable

(25) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

(26) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2000.

(27) BOE núm. 52, de 01 de marzo de 2019.

(28) Informe de la CNMC de 22 de abril de 2020.

(29) Anuncio de la Dirección General de Política Energética y Minas por el que se somete a trámite de audiencia, consulta a las Administraciones Públicas afectadas y a las personas interesadas e información pública, a los efectos tanto del trámite sustantivo como del trámite ambiental, la propuesta de planificación de la red de transporte de energía eléctrica para el periodo 2021-2026 y su estudio ambiental estratégico. BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2021.

(30) Informe emitido en fecha 27 de mayo de 2021.

sobre la evaluación ambiental (31), según lo dispuesto en la Ley 21/2013, la planificación de la red de transporte para el horizonte 2026 fue finalmente aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022, publicado por Resolución de 8 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Energía (32). Esta resolución establece que la nueva planificación para el horizonte 2026 permitirá la integración efectiva del 68% de renovables en el sistema peninsular, previendo una nueva conexión e integración de 37.000 MW de nueva generación renovable.

Por tanto, la planificación de la red de transporte dará respuesta a las necesidades de evacuación de energía eléctrica procedente de los parques eólicos que van a ser desarrollados. El documento de planificación vinculante definió ciertas zonas consideradas como de uso prioritario (ZUP) para la eólica marina en el primer borrador de los POEM, con recurso eólico superior a 7,5 m/s y con profundidad no superior a los 100 metros. Sin embargo, como hemos señalado *supra*, la versión final de los POEM elimina esta categoría de uso prioritario para la tecnología eólica marina, para pasar a considerarse zonas de alto potencial para el desarrollo de la eólica marina (ZAPER). Por otra parte, debemos tener en cuenta que los proyectos a desarrollar deben ser coherentes con la capacidad real del sistema eléctrico, siendo necesaria la coordinación entre la ubicación de los mismos y la capacidad de acceso y conexión a los nudos de la red eléctrica. En este sentido, a pesar de que el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (33), prevé la posibilidad de realizar los denominados concursos de capacidad de acceso a través de criterios tecnológicos, sería conveniente que esta norma se adecúe a las nuevas exigencias de conexión de este tipo de tecnología eólica *offshore*. Debemos configurar un marco normativo sobre acceso y conexión coordinado con los marcos sobre ocupación del dominio público marítimo-terrestre y con los marcos sobre impulso de la inversión. Asimismo, deben reconsiderarse el régimen de responsabilidades y obligaciones de los distintos agentes implicados y deben analizarse las posibles sinergias con el marco de interconexiones eléctricas con otros Estados miembros.

(31) Resolución de 9 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, por la que se formula declaración ambiental estratégica del «Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Energía Eléctrica 2021-2026». BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 2021.

(32) BOE núm. 93, de 19 de abril de 2022.

(33) BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020.

VIII. NUEVO MARCO NORMATIVO PARA EL DESARROLLO DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS MARINAS

La Administración General del Estado tiene asumida la competencia en materia de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, ex artículo 3 LSE, por lo que, en la actualidad, es el MITERD el órgano competente para ello. En la actualidad, la norma de referencia para autorizar instalaciones eólicas marinas en el mar territorial español es el Real Decreto 1028/2007 (34). Esta norma, por los motivos ya aducidos, debe ser actualizada a las necesidades reales que demanda nuestra hoja de ruta sobre la tecnología eólica *offshore*. Los promotores han manifestado gran interés en inversiones en eólica marina, hasta el punto de que el RDL 12/2021 tuviese que paralizar los procedimientos de autorización previstos en el RD 1028/2007 (Títulos II y III) hasta que llegue un nuevo marco normativo, salvo en lo referido a solicitudes registradas con anterioridad a la entrada en vigor del citado real decreto-ley.

El nuevo marco normativo deberá configurarse en absoluta consonancia con lo dispuesto en los POEM recientemente aprobados por medio del RD 150/2023. Además, la nueva norma debería adecuarse a la planificación de la red de transporte para el horizonte 2026, así como al resto de normativa eléctrica, dando prioridad al acceso y conexión de parques eólicos a las redes eléctricas. La adecuada implementación de la tecnología eólica marina también necesitará de un modelo de fomento basado en convocatorias de impulso de la inversión celebradas en régimen de concurrencia competitiva, para lo que será necesario delimitar un calendario donde se fijen los objetivos a alcanzar, dando la mayor visibilidad posible a esta tecnología emergente. Por otra parte, la nueva normativa debería eximir a determinadas instalaciones del régimen de

(34) A mayor abundamiento sobre el régimen jurídico aplicable véase MARCO CIRIA, Berta (2011), «El régimen jurídico de la energía eólica marina», en BLASCO HEDO, Eva (dir.), *Estudios sobre parques eólicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 175-203; SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2014), «La energía eólica marina en el marco de la ordenación de los espacios marinos», en ALENZA GARCÍA, José Francisco (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 387-425; ALENZA GARCÍA, José Francisco (2009), «La autorización de parques eólicos marinos», en GARCÍA PÉREZ, Marta y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, pp. 503-521; VÁZQUEZ GARCÍA, Daniel (2009), «Un nuevo impulso a las energías renovables en España: los parques eólicos marinos u offshore», en *Diario La Ley*, núm. 7197, pp. 1-5; SORO MATEO, Blanca (2011), «La autorización de parques eólicos marinos en España», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 2, núm. 2, pp. 1-43; y BUITRAGO MONTORO, Isabel y GARAY IBARRECHE, Borja (2010), «El régimen jurídico de la energía eólica: energía eólica marina», en BECKER ZUAZUA, Fernando, CAZORLA PRIETO, Luis María y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián (dirs.), *Tratado de energías renovables*, vol. 2 (Aspectos jurídicos), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 299-338.

autorizaciones cuando tienen por objeto la investigación y el desarrollo tecnológico, ya que ésta es una posibilidad reservada al Gobierno (artículo 53.3 LSE). De no contemplarse esta opción, al menos debería preverse un procedimiento simplificado para aquellas instalaciones de proyectos experimentales en zonas de ensayo, para con ello favorecer el desarrollo y la innovación tecnológica.

Así las cosas, el MITERD ha planteado una consulta pública —con plazo de presentación de alegaciones abierto hasta 22 de junio de 2022—, solicitando a los participantes que respondan a todas o a parte de las preguntas que se plantean: «1. *¿Está de acuerdo con los elementos planteados como base del marco normativo? ¿Qué otras cuestiones considera indispensables?*; 2. *¿Qué interacciones con marcos normativos o instrumentos de planificación existentes deberían tenerse en cuenta en esta regulación (europeos, estatales, autonómicos, insulares, locales)?*; 3. *¿Qué información considera que es necesaria para el desarrollo de proyectos eólicos marinos y de energías del mar?*; 4. *¿Qué requisitos y criterios de diseño deberían establecerse en el desarrollo de proyectos eólicos marinos y de energías del mar?*; 5. *¿Cómo se podría favorecer la participación de todos los agentes sociales y económicos en el desarrollo de la eólica marina y las energías del mar? ¿Cómo podrían establecerse canales de diálogo efectivo con todos los agentes interesados?*; 6. *¿Qué características debe tener el instrumento de apoyo económico de este tipo de proyectos?*; 7. *¿Qué modelo de conexión de los proyectos para su evacuación considera el más apropiado (radial, centralizado, híbrido...)? En el caso de optar por un modelo centralizado, ¿quién considera que debe de ser el titular de la instalación de evacuación?*; 8. *¿Qué criterios y parámetros se deben considerar en la valoración de las ofertas en el proceso de competencia competitiva? ¿Cuál sería la ponderación de cada uno de esos criterios y como se podrían valorar cuantitativamente?*; 9. *¿Qué medidas se podrían adoptar para potenciar los impactos socioeconómicos positivos a nivel local y nivel nacional?*; 10. *¿Qué medidas se podrían adoptar para favorecer el desarrollo industrial de la cadena de valor?*; 11. *¿Se debería dar un tratamiento especial a los proyectos experimentales en zonas de ensayo? ¿Cuál sería ese tratamiento?».* Por tanto, solo queda esperar a que el MITERD atienda las sugerencias del sector a la hora de elaborar la norma, adecuando el articulado a las consideraciones incluidas en la versión final de los POEM (RD 150/2023). Sería conveniente un nuevo marco normativo antes de que finalice el primer semestre de 2023, pues solo de esta forma podría quedar garantizada la finalización de los proyectos para la fecha previsible de 2029-2030. Actualmente, existen 15 proyectos de eólica marina presentados a consulta pública, lo que pone de manifiesto un gran interés por parte de los desarrolladores (35). Todo parece

(35) Véase la información ofrecida por la Asociación Empresarial Eólica (AEE) en su página web institucional: <https://aeelica.org>.

indicar que este mercado alcanzará grandes dimensiones y que tendrá un gran potencial en términos de desarrollo industrial. Estos proyectos se van a desarrollar en el marco de concursos celebrados en régimen de concurrencia competitiva, que resultarán en: la concesión de un contrato por el precio a largo plazo para la venta de electricidad procedente de este tipo de tecnología; el otorgamiento del uso del espacio marítimo donde se ubicaría el proyecto; y la concesión de permisos de acceso y conexión a las infraestructuras de red eléctrica de transporte.

IX. CONCLUSIONES

El desarrollo de las tecnologías renovables constituye una necesidad global, ya que nos encontramos en un proceso de transición que busca sustituir gradualmente los combustibles fósiles por fuentes limpias. La tecnología eólica ha experimentado gran evolución tecnológica y ha demostrado grandes avances en términos de eficiencia, y por ello es necesario explorar nuevos horizontes y buscar nuevos emplazamientos. En este contexto, la energía eólica marina está llamada a asumir un papel protagonista, al presentar un gran potencial y contribuir a la consecución de los objetivos de política energética y medioambiental definidos a nivel europeo e internacional. En este orden de cosas, es necesario configurar un marco normativo estable y actualizado, con un calendario fijado que permita establecer una planificación precisa en el medio y largo plazo. En particular, la tecnología eólica marina flotante es la más adecuada, ya que, al admitir mayor profundidad, permite alejar las instalaciones de las costas españolas, reduciendo el daño ambiental. Esta tecnología debe experimentar una notable reducción de costes, lo que le va a permitir competir con la tecnología eólica marina de cimentación fija. Habrá que esperar a que los proyectos que hay encima de la mesa demuestren la viabilidad económica y técnica de esta tecnología, pero todo parece indicar que los resultados alcanzados serán muy positivos.

Por todo ello, es fundamental configurar un régimen de fomento de esta tecnología adecuado. En este sentido, se ha publicado una primera convocatoria de ayudas, lo que constituye un gran impulso de la energía eólica marina en España. Esta línea de ayudas ha sido muy acertada y se espera alcanzar importantes e innovadores proyectos tras la celebración del proceso en concurrencia competitiva. El sector de la eólica marina presenta grandes sinergias con otros sectores industriales y con el sector naval, y un adecuado régimen de fomento permite caminar hacia la descarbonización y la reducción progresiva de los combustibles fósiles.

Por su parte, los POEM —recientemente aprobados por Real Decreto 150/2023— han eliminado algunas de las zonas que inicialmente se iban a

asignar a la tecnología eólica marina, y otras zonas se han visto significativamente reducidas, con la finalidad de minimizar el impacto que ello habría tenido sobre la biodiversidad, el turismo o la pesca de fondo. También se ha eliminado la categoría de uso prioritario (ZUP) para la eólica marina, para integrar esta tecnología dentro de las zonas de alto potencial (ZAPER). Esto ha resultado positivo, ya que estas zonas cumplen con criterios técnicos de profundidad, proximidad e idoneidad del recurso eólico, y no se ubican en zonas incompatibles. En este punto, la planificación de la red de transporte 2021-2026 debería incorporar estos nuevos cambios, ya que ésta todavía alude a la versión inicial e incluye ciertas zonas de alto potencial que han sido suprimidas o reducidas, así como también incluye a la eólica marina dentro de las ZUP.

Han sido numerosas las solicitudes de eólica marina cursadas hasta la fecha en el marco del Real Decreto 1028/2007. A la vista de este creciente interés por esta tecnología, el Gobierno anunció que quiere sacar a concurso las zonas donde se podrían desarrollar los proyectos de eólica marina (concurso de derechos marítimos), de forma que se seleccionará a proyectos y se decidirá la capacidad a desarrollar, el emplazamiento físico concreto y el momento en que se ejecutarán. Ello implica el alquiler de las aguas marinas para que puedan instalarse estos parques eólicos. Así pues, para que todo ello funcione correctamente, es necesario configurar un marco normativo estable, predecible y capaz de fomentar el desarrollo de la tecnología eólica marina flotante. El MITERD debe prestar atención a todas las alegaciones que ha planteado el sector durante el periodo de consulta pública a que fue sometido la propuesta normativa. Además, debe adecuarse la redacción final a las observaciones incluidas en la versión final de los POEM (RD 150/2023). Sería aconsejable una nueva norma antes de que finalice el primer semestre de 2023, para que quede garantizada la finalización de los proyectos en la fecha estimada de 2029-2030.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2009): «La autorización de parques eólicos marinos», en GARCÍA PÉREZ, Marta y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, pp. 503-521.
- ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA (AEE) y MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO (2019): *Agenda Sectorial de la industria eólica*, 112 pp.
- BLASCO HEDO, Eva (2015): «Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, Ponente:

- Isabel García García-Blanco», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 42 (enero), pp. 97-99.
- BUITRAGO MONTORO, Isabel y GARAY IBARRECHE, Borja (2010): «El régimen jurídico de la energía eólica: energía eólica marina», en BECKER ZUAZUA, Fernando, CAZORLA PRIETO, Luis María y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián (dirs.), *Tratado de energías renovables*, vol. 2 (Aspectos jurídicos), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 299-338.
- CASTRO-SANTOS, Laura y DÍAZ CASÁS, Vicente (2014): «Perspectivas de futuro de los parques eólicos marinos flotantes», en *Dínamo técnica: revista gallega de energía*, núm. 14, pp. 11-13.
- CHITTEH RAMACHANDRAN, Rahul, DESMOND, Cian, JUDGE, Frances, SERRARIS, Jorrit-Jan y MURPHY, Jimmy (2021): «Floating offshore wind turbines: installation, operation, maintenance and decommissioning challenges and opportunities», en *Wind Energy Science Discussions*, núm. 2021, 1-32.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): *Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina para un futuro climáticamente neutro*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2020) 741 final. Bruselas, 19 de noviembre de 2020, 30 pp.
- DELOITTE (2022): *Libro Blanco de la industria eólica marina en España*, elaborado para la Asociación Empresarial Eólica, 114 pp.
- DEL VALLE DOBLADO, José Luis (2013): «Presente y futuro de la energía eólica terrestre y marina», en *Industria y minería*, núm. extra 395 (Ejemplar dedicado a: Energía), pp. 37-39.
- DE QUINTO ROMERO, Javier (2007): «La planificación de la red de transporte eléctrico en un entorno competitivo», en *Economía Industrial*, núm. 364, pp. 103-111.
- DÍAZ LAGARES, Vicente (2016): «Los retos de la energía eólica marina en España: el papel de las CC.AA. y la ordenación de los espacios marinos ante la Directiva 2014/89/UE», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 56 (abril), pp. 8-28.
- ESTEBAN, Dolores, Díez, Javier, LÓPEZ, José y NEGRO, Vicente (2011): «Why offshore wind energy?», en *Renewable energy*, núm. 36 (2), pp. 444-450.
- GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL (2022): *Global Wind Report 2022*, 156 págs.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (2018): «Los nuevos objetivos y compromisos climáticos del Acuerdo de París», en BORRÀS PENTINAT, Susana y VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola Milenka (dirs.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?: análisis jurídico y perspectivas futuras*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 99-123.

- GALÁN VIOQUE, Roberto (2020): «Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático en el paquete de energía limpia para todos los europeos», en JIMÉNEZ GUANIPA, Henry, LUNA LEAL, Marisol y HUBER, Florian (dirs.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, vol. 2 (Protección del medio ambiente, derechos humanos y transición energética), Ed. Fundación Heinrich Böll, Colombia, pp. 305-322.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2022): «La eólica marina ante la ordenación del espacio marino: as cousas polos seus pasos», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 121 (Sección «Comentarios»), pp. 43-53.
- GARCÍA PÉREZ, Paula (2021): «La energía eólica marina», en DÍAZ PERALTA, Pedro (dir.), *Riesgos emergentes. Tutela jurídica efectiva y desafíos regulatorios*, Ed. Atelier, pp. 261-284.
- INSTITUTO TECNOLÓGICO DE CANARIAS (2022): *Estrategia de las energías renovables marinas de Canarias*, vol. 1, 117 pp.
- IRENA and *Global Wind Energy Council* (2022): *Global Offshore Wind Report 2022*, 29.06.2022, 106 págs.
- MARCO CIRIA, Berta (2011): «El régimen jurídico de la energía eólica marina», en BLASCO HEDO, Eva (dir.), *Estudios sobre parques eólicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 175-203.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2021): *Hoja de ruta eólica marina y energías del mar en España*, dentro del Marco Estratégico de Energía y Clima, Financiado por la Unión Europea (*Next GenerationEU*), Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 124 pp.
- PRESICCE, L. (2020): «Buscando instrumentos de coordinación para la gobernanza climática multinivel en España», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101 (mayo), pp. 13-33.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2014): «La energía eólica marina en el marco de la ordenación de los espacios marinos», en ALENZA GARCÍA, José Francisco (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 387-425.
- SORIA RODRÍGUEZ, Carlos (2018): «La Directiva de Evaluación Ambiental y su protección frente al desarrollo de las energías renovables marinas», en Giles Carnero, Rosa María (dir.), *Desafíos de la Acción Jurídica Internacional y Europea frente al cambio climático*, Ed. Atelier, pp. 173-185.
- SORO MATEO, Blanca (2011): «La autorización de parques eólicos marinos en España», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 2, núm. 2, pp. 1-43.
- VÁZQUEZ GARCÍA, Daniel (2009): «Un nuevo impulso a las energías renovables en España: los parques eólicos marinos u offshore», en *Diario La Ley*, núm. 7197, pp. 1-5.

- WU, Xiaoni, YU, HU, YE, LI and others (2019): «Foundations of offshore wind turbines: A review», en *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 104, Elsevier, pp. 379-393.
- ZAMORA SANTA BRÍGIDA, Ignacio (2018): «Ordenación jurídica de la transición energética en la Unión Europea a la luz del cuarto paquete legislativo», en *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 211-212, pp. 1-23.

EL NECESARIO IMPULSO AL VEHÍCULO ELÉCTRICO Y SU INFRAESTRUCTURA DE RECARGA EN ARAS DE LA DESCARBONIZACIÓN^(*)()**

JOSÉ ALBERTO ESPAÑA PÉREZ

Contratado postdoctoral en la Universidad de Málaga

SUMARIO: I. El vehículo eléctrico como elemento para una movilidad más sostenible.– II. La promoción del vehículo eléctrico en España: 1. Plan Integral de Automoción. 2. Estrategia Integral para el Impulso del Vehículo Eléctrico. 3. Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas. 4. Plan Nacional Integrado de Energía y Clima. 5. Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica del Coche Eléctrico y Conectado. 6. Acciones de fomento para la adquisición privada de vehículos eléctricos.– III. MARCO NORMATIVO PARA EL ESTÍMULO DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO: 1. Nivel comunitario. 2. Nivel interno.– IV. LOS OBSTÁCULOS A LA EXPANSIÓN DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO: LA FALTA DE UNA ADECUADA RED DE INFRAESTRUCTURA DE RECARGA: 1. Procedimiento administrativo para la instalación de puntos de recarga. 2. La discrecionalidad administrativa ante el despliegue de puntos de recarga interurbanos.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El vehículo eléctrico se ha erigido como una herramienta fundamental para reducir las emisiones contaminantes a la atmósfera y avanzar hacia la tan ansiada descarbonización. De ahí, que las últimas políticas públicas en movilidad y lucha contra el cambio climático se focalicen en el vehículo movido por electricidad como medio para conseguir unos desplazamientos más sostenibles y respetuosos con el medioambiente. A partir de esta premisa, este trabajo analiza el marco planificador y normativo del vehículo eléctrico, e identifica uno de los principales obstáculos en su expansión, cual es, la falta de una infraestructura de recarga acorde a sus pretensiones.

Palabras claves: vehículo eléctrico; eficiencia energética; movilidad sostenible.

THE NECESSARY IMPULSE OF THE ELECTRIC VEHICLE AND ITS CHARGING INFRASTRUCTURE IN SUPPORT OF DECARBONISATION

ABSTRACT: The electric vehicle has emerged as a fundamental tool to reduce polluting emissions into the atmosphere and move towards the long-awaited decarbonization.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 01/01/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 03/05/2023.

(**) Este artículo se publica en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia «La digitalización al servicio de la descarbonización de la actividad económica: desafíos jurídico-administrativos» (PID2021 124031NB-C42).

Hence, the latest public policies on mobility and the fight against climate change focus on the vehicle powered by electricity as a means to achieve more sustainable and environmentally friendly journeys. Based on this premise, this work analyzes the planning and regulatory framework of the electric vehicle, and identifies one of the main obstacles in its expansion, which is the lack of a charging infrastructure according to its claims.

Key words: electric vehicle; energy efficiency; sustainable mobility.

I. EL VEHÍCULO ELÉCTRICO COMO ELEMENTO PARA UNA MOVILIDAD MÁS SOSTENIBLE

El transporte es uno de los sectores que más contribuyen a acelerar el calentamiento global. A nivel mundial, el transporte terrestre produce más del 70% de las emisiones totales de gases efecto invernadero (GEI); el resto proceden del tráfico marítimo y aéreo (1). En la Unión Europea, representa casi una cuarta parte del CO₂ que se vierte a la atmósfera, siendo el que discurre por carretera el responsable del 71,7% de las emisiones (por encima de otros sectores como el residencial y comercial; el suministro energético; la industria y la agricultura) (2). De ese porcentaje, el 60,6% corresponden a los coches (3). Además, es el único ámbito de actividad que ha aumentado en términos absolutos sus emisiones de GEI en el período 1990-2020 (concretamente, un 33,5%) (4).

En España, el transporte representa el 25% del total de las emisiones de gases de efecto invernadero. Una cifra que no ha parado de aumentar como consecuencia del incremento de la demanda de movilidad (especialmente, por carretera) (5). En relación con la demanda energética, el transporte es

(1) Según los datos proporcionados por la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA). Vid. <https://www.eea.europa.eu/es/themes/transport/intro>. Ante esas cifras, la Unión Europea ha alertado que la contaminación atmosférica causa más muertes que los accidentes de carretera. Vid. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA). (2020). *Informe sobre la calidad del aire en Europa*. Disponible en <https://www.eea.europa.eu/publications/air-quality-in-europe-2020-report>.

(2) El 27,1% se atribuye a los camiones pesados, el 11% a los camiones ligeros y el 1,3% a las motocicletas.

(3) Según los últimos datos proporcionados por la Agencia Europea del Medio Ambiente, para 2019. Vid. PARLAMENTO EUROPEO (14 de junio de 2022). «Emisiones de CO₂ de los coches: hechos y cifras (infografía)». Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20190313STO31218/emisiones-de-co2-de-los-coches-hechos-y-cifras-infografia>.

(4) EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY.(30 de mayo de 2022). *Annual European Union greenhouse gas inventory 1990-2020 and inventory report 2022* [EEA/PUBL/2022/023]. Disponible en <https://www.eea.europa.eu/publications/annual-european-union-greenhouse-gas-1>.

(5) Según los datos proporcionados por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Vid. <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/transporte.aspx#:~:text=Las%20emisiones%20del%20transporte%20en,movilidad%20de%20pasajeros%20y%20mercanc%C3%ADas>.

el sector que más energía consume en España (41,7%) (6). De hecho, utiliza más de la mitad de los productos petrolíferos (53%), con preferencia por el gasóleo (7). Esto aumenta la vulnerabilidad de la economía española, ya que nuestro país depende de las importaciones de petróleo (8). Es más, en España la dependencia energética del exterior es del 73,9% (9).

Frente a este panorama, el sector automovilístico está viviendo una evolución para lograr ser más eficiente. En tal sentido, el vehículo eléctrico está ganando terreno y goza de gran impulso por las instituciones y el ámbito empresarial (10). De hecho, es una opción óptima para cumplir con las exigencias marcadas por la Unión Europea, ya que los motores de este tipo de vehículos reducen las emisiones de dióxido de carbono y la utilización de energía fósiles (11). Un matiz relevante, si tenemos en cuenta el veto comunitario a los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos diésel y gasolina, para 2036. Antes, en 2030, se opta por la reducción de emisiones en un 55% para los turismos y en un 50% para las furgonetas.

Como es sabido, los vehículos necesitan de energía para poder ponerse en marcha. Los tradicionales utilizan combustibles fósiles, los cuales, con un motor de combustión interna son transformados en movimiento y se posibilita el despla-

(6) El sector industrial era tradicionalmente el mayor consumidor de energía, sin embargo, el aumento de la movilidad de personas y mercancías ha propiciado un cambio. Vid. <http://guiaenergia.idae.es/el-consumo-energia-en-espana/>.

(7) MURCIA, J. (21 de marzo de 2019). «El transporte por carretera se come la mitad del petróleo». *El Correo*. Disponible en <https://www.elcorreo.com/economia/tu-economia/transporte-carretera-come-20190320173735-nt.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>.

(8) El mercado de este hidrocarburo es el mayor del mundo, con unos volúmenes de negociación altos y un carácter estratégico que encierra un gran entramado de geoestrategias e intereses políticos que ocasionan (y han ocasionado) numerosos conflictos.

(9) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). (2020). *España en cifras 2019 (energía)*. Disponible en https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2019/40/#zoom=z. A raíz de la situación bélica entre Ucrania y Rusia, el ejecutivo ha implantado diferentes medidas para evitar esa dependencia energética del exterior.

(10) Según la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos [DOUE de 28 de octubre de 2014], se entiende por vehículo eléctrico aquel vehículo de motor equipado de un grupo de propulsión con al menos un mecanismo eléctrico no periférico que funciona como convertidor de energía y está dotado de un sistema recargable de almacenamiento de energía eléctrica, que puede recargarse desde el exterior (artículo 2.2).

(11) De hecho, «la electricidad puede incrementar la eficiencia energética de los vehículos de carretera y contribuir a la reducción del CO₂ en el transporte» (Considerando 23 de la Directiva 2014/94/UE relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos). Sin embargo, en los diferentes planteamientos no se contemplan las emisiones producidas en el proceso de generación de la electricidad, un aspecto que sería interesante de abordar.

miento de las ruedas (12). Contrariamente, el coche eléctrico es «aquel que utiliza uno o más motores eléctricos para impulsarse. Frente al motor de combustión interna que está diseñado específicamente para funcionar quemando combustible, un vehículo eléctrico obtiene la tracción de los motores eléctricos» (13).

Debido a los costes ambientales y sociales del sector automovilístico tradicional, los nuevos modelos de coches eléctricos (ya sean puros, híbridos, enchufables o no) (14), suponen un cambio en el ámbito de la movilidad sostenible (15). Son más limpios que aquellos que funcionan con gasolina o gasóleo y pueden contribuir a la ansiada neutralidad climática a la que aspira la Unión Europea.

Por sus ventajas para con el medioambiente, este tipo de vehículos constituye, por el momento, la iniciativa más impulsada por las diferentes políticas públicas. La electromovilidad se ha convertido en una aliada para cumplir con los compromisos medioambientales y de ahorro energético propugnados por las instituciones (16). Así, la Estrategia europea a Largo Plazo para 2050 reivindica el uso de la electricidad para descarbonizar completamente el suministro energético de Europa, electrificando el transporte por carretera, la navegación y el ferrocarril. A nivel interno, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, para el período 2021-2030, pretende ecologizar el transporte mediante un cambio modal y la utilización de energías renovables (17).

(12) J.C. ARISO (2009: 25).

(13) M.A. MONTORO SÁNCHEZ y A.M. ROMERO MARTÍNEZ (2010: 90).

(14) Sobre las especificaciones técnicas de su funcionamiento, *vid.* R. ALÁEZ, M. BARNETO, C. GIL [*et al.*] (2010:95-108).

(15) La oferta actual de vehículos eléctricos se puede resumir en: vehículos híbridos no enchufables (combinan el motor de combustión interna con un pequeño motor eléctrico adicional), vehículos híbridos enchufables (la propulsión es eléctrica y procede de la red) y vehículos eléctricos (utilizan solo energía eléctrica).

(16) No obstante, la crisis energética derivada del conflicto entre Ucrania y Rusia puso de relieve un asunto controvertido en relación a los vehículos eléctricos. Debido a tal situación, a finales de 2022, Suiza anunció un paquete de medidas de austeridad energética para no depender del gas ruso y se planteó prohibir el uso del coche eléctrico para ahorrar energía. Así, en casos de severa escasez eléctrica, se consideró limitar la utilización privada de este tipo de vehículos a los desplazamientos absolutamente necesarios. Finalmente, la medida no se llevó a cabo. Por su parte, en Francia se barajó establecer unas franjas horarias para recargar estos vehículos. *Vid.* J. ROIG VALOR (14 de diciembre de 2022). «Suiza plantea prohibir el uso del coche eléctrico para ahorrar energía». *Abc.es*. Disponible en <https://www.abc.es/motor/economia/suiza-plantea-prohibir-coche-electrico-ahorrar-energia-20221213224139-nt.html>.

(17) En tal sentido, se pretende fomentar la movilidad eléctrica, entendiendo como tal la conformada tanto por los vehículos con baterías como los de hidrógeno con pila de combustible. Por su parte, la Estrategia europea de Movilidad Sostenible e Inteligente considera que «[a] día de hoy, los fabricantes están invirtiendo cuantiosamente en vehículos eléctricos con batería. La aceptación comercial está creciendo, especialmente la de los automóviles, furgonetas y autobuses utilizados en zonas urbanas, mientras que la de los camiones y autocares

Aboga por impulsar la adquisición de nuevos vehículos eléctricos y desplegar las infraestructuras de recarga de éstos (18). Es más, se espera alcanzar un parque de este tipo de vehículos de cinco millones en 2030 (entre turismos, furgonetas, autobuses y motos); y un ahorro de energía final de 3.524,2 ktep/año, de un total de 13.888 ktep que representa el sector transporte, para el período 2021-2030. De hecho, en menos de treinta años, el Ejecutivo español espera que la movilidad sea «[...] transformada por la difusión del automóvil eléctrico, que será cada vez más económico y competitivo, y que constituirá el grueso del parque móvil español a mediados de siglo» (19).

Dada su notable contribución a la consecución de una movilidad más sostenible, en los siguientes apartados se analizan los diferentes planes y programas que tratan de fomentar el vehículo eléctrico en nuestro país; la normativa reguladora de este tipo de coches, tanto a nivel comunitario como interno, y; por último, se identifican los principales escollos que impiden su desarrollo, prestando especial atención a la falta de una adecuada infraestructura de recarga.

II. LA PROMOCIÓN DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO EN ESPAÑA

Desde hace varios años, el Ejecutivo español ha desarrollado diversas actuaciones para impulsar el vehículo de energías alternativas, especialmente, el vehículo eléctrico. Así, se localizan diferentes iniciativas que tratan de fomentar el desarrollo de este tipo de transporte, ya sea desde el punto de vista industrial como de promoción de la demanda, de la oferta y del despliegue de su infraestructura.

En primer lugar, repararemos brevemente la atención en los planes históricos que han nacido para impulsar el vehículo de energía eléctrica hasta llegar a los actualmente vigentes (principalmente, el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica del Coche Eléctrico y Conectado). Ese recorrido nos permitirá comprobar la evolución en las medidas adoptadas.

empieza a despuntar». Vid. COMISIÓN EUROPEA. (9 de diciembre de 2020). Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro*. [COM/2020/789] (p. 5).

(18) Según la Estrategia española de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada se prevé un importante aumento en el PIB de las áreas de conectividad, electrificación y coche eléctrico para 2030. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. (10 de diciembre de 2021). *Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030* (pp. 8 y 40). Disponible en https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/esmovilidad/ejes/211223_es.movilidad_accesibilidad_BAJA_vf.pdf.

(19) Según el Plan España 2050. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia. (20 de mayo de 2021). *Plan España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo* (p. 187). Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.

Ello se completa con la exposición de multitud de acciones administrativas de fomento para animar la adquisición privada de vehículos eléctricos, ya que las ayudas públicas a particulares han sido la tónica habitual para la promoción de la electrificación del transporte.

1. Plan Integral de Automoción (20)

En 2009 el Gobierno dio luz verde al Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (21) con diferentes medidas económicas, financieras y fiscales. Entre ellas, se aprobó el denominado Plan Integral de Automoción, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. El objetivo del mismo era apoyar el tejido industrial automovilístico. Una de las acciones que se consiguieron fue la promoción del vehículo eléctrico propulsado total o parcialmente por electricidad.

Del Plan Integral de Automoción nació el Programa de Reindustrialización, el Plan de Competitividad y el Plan MOVELE. El primero, potencia el desarrollo de la industrialización de componentes de los vehículos eléctricos. El Plan de Competitividad buscaba reorientar la producción hacia vehículos más sostenibles y seguros (22). Y el proyecto MOVELE pretendía consolidar la movilidad energética eficiente en los entornos urbanos. Como objetivo se marcó la introducción de dos mil vehículos eléctricos en zonas urbanas durante un período de tiempo determinado y la instalación de diferentes puntos de recarga.

2. Estrategia Integral para el Impulso del Vehículo Eléctrico (23)

La Estrategia Integral para el Impulso del Vehículo Eléctrico 2010-2014 (24) contenía diferentes medidas para modernizar el sector automovilístico, aupando

(20) GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia. (13 de febrero de 2009). «Aprobado el Plan Integral de Automoción». Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/paginas/archivo/130209-enlaceautomocion.aspx>.

(21) GOBIERNO DE ESPAÑA. (6 de mayo de 2009). *Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo*. Disponible en <http://www.plane.gob.es>.

(22) En la Orden ITC/21/2009, de 16 de enero, se concretaron las ayudas de este Plan [BOE núm. 17, de 20 de enero de 2009].

(23) GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (6 de abril de 2010). *Estrategia Integral para el Impulso del Vehículo Eléctrico*. Disponible en <https://www.mincotur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/documents/estrategiaintegralveh%C3%A9dculoelectrico060410.pdf>.

(24) Previamente a la Estrategia, el Gobierno celebró en 2009 la Cumbre del Vehículo Eléctrico donde se reunió con directivos de empresas de diferentes sectores afectados por el vehículo eléctrico y representantes de distintas Administraciones. Se creó un grupo de trabajo multidisciplinar coordinado por el Ministerio de Industria que sirvió, entre otros aspectos, para elaborar la Estrategia Integral para el Impulso del Vehículo Eléctrico.

la electromovilidad. A partir del encuadre establecido por la Estrategia nacieron diferentes programas y planes de acción.

Para impulsar la demanda, se concretaron dos iniciativas: el Programa de Impulso a la Demanda y el Programa de Ventajas Urbanas. Con el primero se proporcionaban ayudas para comprar vehículos eléctricos (25). Con respecto al segundo, se articulaban medidas para que los Ayuntamientos pudieran favorecer el vehículo eléctrico en detrimento del de combustión interna, con acciones como aparcamientos preferentes en las vías públicas, circulación en zonas restringidas, rebaja de tributos, etc.

En cuanto a la industrialización y la investigación, se dio luz verde a dos acciones: el Programa de Fomento del Desarrollo e Industrialización de los vehículos eléctricos y el Programa de I+D+i. Con el primero, se hacía hincapié en la industrialización de componentes del vehículo eléctrico e híbrido enchufable y se establecían líneas de fabricación de este tipo de automóviles en el sector manufacturero español. El Programa de I+D+i se centró en la investigación para adaptar la industria a las especificaciones técnicas de la electromovilidad.

En relación con el fomento de la infraestructura de recarga y gestión de la demanda energética, se idearon dos programas: el Programa de Despliegue de la Infraestructura de Recarga y el Programa de Gestión de la Demanda Energética. Mediante el primero se fomentaban los acuerdos entre empresas de servicios energéticos, fabricantes, comercializadores de vehículos y la Administración para desplegar las infraestructuras de los vehículos eléctricos y los servicios de suministro en determinados espacios públicos y privados. El Programa de Gestión de la Demanda Energética se articuló en dos acciones. Una, para los consumidores con contrato liberalizado, que pretendía desarrollar la normativa para introducir un elemento de gestión de la demanda de modulación. Otra, para los consumidores con tarifa de último recurso, con el objeto de potenciar la discriminación horaria para impulsar el uso del vehículo eléctrico.

(25) Vid. Real Decreto 648/2011, de 9 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos durante 2011, en el marco del Plan de acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España 2010-2014 [BOE núm. 111, de 10 de mayo de 2011]. Real Decreto 1700/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 648/2011, de 9 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos durante 2011, en el marco del Plan de Acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España 2010-2014, para prorrogar el plazo de admisión de solicitudes de ayuda [BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011]. Real Decreto 417/2012, de 24 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 648/2011, de 9 de mayo, de concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos, en el marco del Plan de Acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España 2010-2014 [BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2012]. Real Decreto 294/2013, de 26 de abril, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos en 2013, en el marco de la Estrategia integral para el impulso del vehículo eléctrico en España 2010-2014 [BOE núm. 101, de 27 de abril de 2013].

3. Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas (26)

En 2015, el Consejo de Ministros aprobó la Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas 2014-2020 (VEA), la cual, perseguía adaptar la industria automovilística a las tecnologías claves del futuro, con diferentes medidas para situar a España como un país referente en el sector de las energías alternativas aplicadas al transporte, a raíz de la promulgación de la Directiva 2014/94/UE (27).

Se pretendía impulsar los vehículos de energías alternativas, como la electricidad, en el marco de los desafíos energéticos y medioambientales suscritos por España dentro de la Unión Europea (28). Para ello, la Estrategia pivotaba sobre tres ejes: industrialización, mercado e infraestructura. En relación con el primero, se impulsó la industria de los vehículos con energías alternativas y de los puntos de suministros asociados. En segundo lugar, se quería favorecer una red de infraestructura para desarrollar un mercado en este ámbito. Y, por último, se introdujeron acciones de impulso de la demanda (29).

4. Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (30)

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 busca una reducción de un 23% de emisiones de gases de efecto invernadero en relación con 1990. En ese objetivo, el transporte tiene una gran importancia. Por ello, incluye un conjunto de medidas que se refieren al vehículo eléctrico: formación profesional, planificación de redes eléctricas de transporte y distribución (con

(26) GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (26 de junio de 2015). *Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas (VEA) en España (2014-2020)*. Disponible en <https://industria.gob.es/es-ES/Servicios/estrategia-impulso-vehiculo-energias-alternativas/Documents/Estrategia-Impulso-Vehiculo-Energ%C3%ADas%20Alternativas-VEA-Espa%C3%B1a-2014-2020.pdf>.

(27) Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos [DOUE de 28 de octubre de 2014]. La Estrategia se enmarca en la Agenda para el Fortalecimiento del Sector Industrial en España.

(28) En relación con la movilidad eléctrica, el objetivo era llegar a los 150.000 vehículos eléctricos para 2020, con una red compuesta por 1.190 puntos de recarga urbanos de libre acceso en vías públicas. Entre las medidas más reseñables se dispusieron acciones para el fomento de la adquisición de este tipo de vehículos, (no solo por los particulares, también por las Administraciones públicas); mantenimiento de la tarificación supervalve para recargar los coches en horario nocturno de manera más económica, y la identificación de los vehículos de energías alternativas.

(29) Sobre esta Estrategia, *vid.* C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2016: 174-179).

(30) GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. (20 de enero de 2020). *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030*. Disponible en https://www.miteco.gob.es/images/es/pniec completo_tcm30-508410.pdf.

relación a la mayor demanda de las infraestructuras del vehículo eléctrico), etc. Particularmente, contiene una línea específica de impulso a este tipo de vehículo con diferentes mecanismos de actuación. Así, se concretan programas de ayudas públicas a fondo perdido a particulares y empresas para la adquisición de vehículos eléctricos y la instalación de puntos de recarga; acciones fiscales como la reforma de los impuestos que afectan al transporte (Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (31), impuesto de matriculación, impuestos a la compra o el uso del vehículo) para gravar a aquellos medios más contaminantes; y, por último, acciones comunicativas destinadas a facilitar información a los ciudadanos sobre el vehículo eléctrico, el precio, la localización de los puntos de recarga, etc.

5. Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica del Coche Eléctrico y Conectado (32)

Actualmente, la promoción más completa del vehículo eléctrico se concentra en el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) dedicado al coche eléctrico y conectado (PERTE VEC), que fue aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2021, y el cual, está enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (33). Este proyecto se basa en crear el ecosistema necesario para que en el país se puedan desarrollar y fabricar vehículos eléctricos y conectados para convertir a España en referente en electromovilidad.

Se concibe como una iniciativa integral sobre la cadena de valor industrial del vehículo eléctrico que incluye dos líneas de actuación. La primera, centrada

(31) Sobre este impuesto y la forma de medir las emisiones de CO₂, vid. J. CALVO VÉRGEZ (2021: 19-31).

(32) GOBIERNO DE ESPAÑA. (julio de 2021). *PERTE para el desarrollo del vehículo eléctrico y conectado. España Hub Europeo de Electromovilidad — Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Disponible en <https://www.mincotur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2021/documents/memoria%20descriptiva%20perte%20vec.pdf>. Y Orden PCM/756/2021, de 16 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2021, por el que se declara como Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica el desarrollo de un ecosistema para la fabricación del Vehículo Eléctrico y Conectado [BOE núm. 170, de 17 de julio de 2021].

(33) Asimismo, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia contempla dentro de su «Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos» un «Plan de incentivos a la instalación de puntos de recarga, a la adquisición de vehículos eléctricos y de pila de combustible y a la innovación en electromovilidad, recarga e hidrógeno verde». El cual, ha quedado concretado en el Plan MOVES III, que se expondrá más adelante. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA. (27 de abril de 2021). *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: España Puede*. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

en la existencia de las infraestructuras, instalaciones, procesos, procedimientos y mecanismos necesarios para crear el entorno de interacción del sector con los agentes, proveedores y demás elementos involucrados. La segunda, focalizada en medidas facilitadoras de este tipo de vehículos (como actuaciones normativas). En esta ocasión, la acción se centra más en la perspectiva industrial, para producir vehículos eléctricos a un ritmo superior al que se viene haciendo. Muchas de las medidas que contempla el PERTE VEC están a la espera de su plasmación práctica.

6. Acciones de fomento para la adquisición privada de vehículos eléctricos

En aras de estimular la compra de vehículos eléctricos por parte del consumidor privado, ha sido recurrente la puesta en marcha de diferentes iniciativas basadas en la concesión de ayudas para adquirir un vehículo de este tipo. A lo largo de los años, se han promulgado diferentes planes y programas que tenían como objetivo renovar el parque de vehículos de nuestro país, en aras de hacerlo más sostenible y ecológico (34).

Inicialmente, se elaboró el Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE) (35), consistente en otorgar subvenciones a los particulares, con el obje-

(34) Sobre las medidas de fomento para el ahorro y la eficiencia energética en el transporte, *vid.* C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2016).

(35) En el marco del Plan de Acción 2008-2012 de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012. *Vid.* GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Economía. (28 de noviembre de 2003). *Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012*. Disponible en https://www.idae.es/sites/default/files/documentos/publicaciones_idae/documentos_xxxx_estrategiaaeyee_e4_2003_6e709456.pdf.

El Programa PIVE ha tenido ocho convocatorias: Resoluciones de 28 de septiembre de 2012 y 31 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por las que se publicaron las de 24 de septiembre de 2012 y de 30 de enero de 2013, del Consejo de Administración del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. Y Real Decreto 575/2013, de 26 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-3)» [BOE núm. 179, de 27 de julio de 2013], Real Decreto 830/2013, de 25 de octubre, por el que regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-4)» [BOE núm. 259, de 29 de octubre de 2013], Real Decreto 35/2014, de 24 de enero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-5)» [BOE núm. 24, de 28 de enero de 2014], Real Decreto 525/2014, de 20 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-6)» [BOE núm. 155, de 26 de junio de 2014], Real Decreto 124/2015, de 27 de febrero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-7)» [BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015].

El último ha sido el Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-8), plasmado en el Real Decreto 380/2015, de 14 de mayo, por el que se regula la concesión directa de

tivo de sustituir vehículos antiguos por otros más eficientes (36). Con el mismo propósito y funcionamiento nacería, posteriormente, el programa MOVELE (37). En los siguientes años, las ayudas públicas directas se expanden no solo a la adquisición de vehículos, también a la instalación de puntos de recarga como ocurre en el Plan de Impulso a la Movilidad con Vehículos de Energías Alternativas (MOVEA) (38), en el Plan MOVALT (39) o en el Programa de incentivos a la Movilidad Eficiente y Sostenible (MOVES) (40).

subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-8)» [BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2015] y el Real Decreto 1071/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 380/2015, de 14 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente, PIVE-8» [BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 2015].

(36) Para consultar los informes finales de gestión de los diferentes planes, *vid.* <https://www.idae.es/ayudas-y-financiacion/para-movilidad-y-vehiculos/convocatorias-cerradas/beneficiarios-ayudas-pive>.

(37) Real Decreto 414/2014, de 6 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos en 2014, en el marco de la Estrategia Integral para el Impulso del vehículo eléctrico en España 2010-2014 (Programa MOVELE 2014) [BOE núm. 141, de 11 de junio de 2014] y el Real Decreto 287/2015, de 17 de abril, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos en 2015 (Programa MOVELE 2015) [BOE núm. 93, de 18 de abril de 2015].

Los beneficiarios podían ser autónomos, personas físicas mayores de edad, empresas privadas constituidas en España, entidades locales y entidades públicas vinculadas a ellas, Administraciones Autonómicas y las entidades públicas vinculadas a ellas, y otras entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado. Para consultar los informes finales de gestión de los programas MOVELE 2014 y 2015, *vid.* <https://www.idae.es/ayudas-y-financiacion/para-movilidad-y-vehiculos/convocatorias-cerradas/beneficiarios-ayudas-pive>.

(38) Englobado en la Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas en España 2014-2020. Real Decreto 1078/2015, de 27 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2016, MOVEA [BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 2015]. Y Real Decreto 617/2017, de 16 de junio, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2017 (Plan MOVEA 2017) [BOE núm. 149, de 23 de junio de 2017].

(39) El Plan MOVALT se dividía en MOVALT Vehículos y MOVALT Infraestructuras. El primero de ellos, articulaba ayudas para que los particulares compraran vehículos eléctricos. *Vid.* Resolución de 14 de noviembre de 2017, del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, por la que se publica la de 7 de noviembre de 2017, del Consejo de Administración, por la que se establecen las bases reguladoras de convocatoria de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas (Plan MOVALT) [BOE núm. 277, de 15 de noviembre de 2017]. El Programa ya ha finalizado. Para consultar sus resultados, *vid.* el *Informe final del Programa MOVALT Vehículos*. Disponible en https://www.idae.es/sites/default/files/documentos/ayudas_y_financiacion/informe_final_web_3.pdf.

El Plan MOVALT Infraestructuras contaba con ayudas para la implantación de infraestructuras de recarga de vehículos eléctricos. En este caso, se subvencionaba, con una entrega

Actualmente, continúa vigente hasta 2023, el Plan MOVES III (41) para financiar la compra de vehículos eléctricos e híbridos enchufables como turismos, furgonetas o motocicletas (42), así como, la instalación de infraestructuras de recarga (43).

III. MARCO NORMATIVO PARA EL ESTÍMULO DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO

Desde el Libro Blanco sobre el Transporte, que la Comisión Europea aprobó en 2001 (44), ya se aprecia la preocupación comunitaria por adoptar medidas, tanto legislativas como planificadoras, tendentes a desarrollar una política común de transportes más sostenible. En virtud de ello, la descarbonización del sector ha ido ocupando un papel relevante en las diferentes políticas procedentes de la Unión Europea. El primer gran empuje se centró en

dineraria sin contraprestación, la obra civil, el cableado y su instalación desde el cuadro eléctrico final del que deriva el circuito hasta el punto de conexión del vehículo. Los receptores de las ayudas eran las empresas privadas, las entidades locales, las Administraciones Autonómicas y las entidades públicas.

(40) Real Decreto 72/2019, de 15 de febrero, por el que se regula el programa de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible (Programa MOVES) [BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2019]. Contó con una nueva edición en 2020: Real Decreto 569/2020, de 16 de junio, por el que se regula el programa de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible (Programa MOVES II) y se acuerda la concesión directa de las ayudas de este programa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla [BOE núm. 169, de 17 de junio de 2020].

(41) Real Decreto 266/2021, de 13 de abril, por el que se aprueba la concesión directa de ayudas a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla para la ejecución de programas de incentivos ligados a la movilidad eléctrica (MOVES III) en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Europeo [BOE núm. 89, de 14 de abril de 2021].

(42) Se otorgan ayudas a la adquisición de vehículos eléctricos de hasta 1.300 € por motocicleta, 7.700 € por coche y 9.900 € por vehículo comercial ligero. Cantidad modesta en comparación con los actuales precios de venta.

(43) Las ayudas a la instalación de infraestructura de recarga llegan al 40% para las grandes empresas, al 50% para medianas empresas, al 60% para pequeñas empresas y al 80% para familias, comunidades de propietarios, autónomos y Administración pública. Además, establece la obligación de que las infraestructuras de recarga de acceso público que sean subvencionadas por el Programa tenga operatividad durante, al menos, cinco años y de que posibiliten la recarga puntual a los usuarios de vehículos eléctricos sin que exista contrato con el operador del punto de recarga.

(44) COMISIÓN EUROPEA (28 de marzo de 2011). *Libro Blanco del transporte: Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible* [COM(2011) 144 final]. Disponible en https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2011_white_paper/white-paper-illustrated-brochure_es.pdf.

la movilidad eléctrica, en los vehículos movidos por electricidad (45). Actualmente, la senda comunitaria avanza hacia el estímulo del vehículo de energías alternativas, no circunscribiéndose únicamente al eléctrico.

En cualquier caso, el coche eléctrico representa uno de los elementos más avanzados de la movilidad sostenible y se conecta con la eficiencia energética del transporte y la reducción de emisiones contaminantes (según se desprende de las diferentes políticas públicas) (46). En consecuencia, se ha originado un marco normativo para regular el vehículo eléctrico (tanto a escala de la Unión Europea como interna) donde se pueden distinguir normas dedicadas a la progresiva descarbonización de los combustibles que hacen referencia a la electromovilidad; y, normas centradas en la implantación de infraestructuras de recarga de los coches eléctricos (47).

1. Nivel comunitario

A escala de la Unión Europea, el marco normativo del vehículo eléctrico ha sufrido un nuevo impulso en los últimos tiempos. Así, se ha promulgado el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/392 (48) sobre seguimiento y notificación de los datos de las emisiones de CO₂ de los turismos y los vehículos comerciales ligeros; el cual, detalla las normas sobre los procedimientos para seguir y notificar, por parte de los Estados miembros y los fabricantes, la información relativa al dióxido de carbono que emiten los turismos y los vehículos comerciales ligeros nuevos, así como, el consumo de combustible o energía obtenidos en condiciones reales de dichos vehículos (49).

(45) En el ámbito del vehículo eléctrico, hay que tener en cuenta la multitud de sujetos implicados en el proceso: fábricas de automóviles, compañías eléctricas, productores de baterías, gobiernos, compañías de software, etc. Consecuentemente, el despliegue de estos vehículos genera dos mercados nuevos como son el mercado de la instalación y el de la explotación de la infraestructura de recarga.

(46) Vid. I. GONZÁLEZ RÍOS (2017: 191-193).

(47) Para profundizar sobre este tema, vid. A. FORTES MARTÍN (2018: 475-499).

(48) Reglamento de Ejecución (UE) 2021/392 de la Comisión de 4 de marzo de 2021 relativo al seguimiento y la notificación de los datos sobre las emisiones de CO₂ de los turismos y los vehículos comerciales ligeros de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 1014/2010, (UE) núm. 293/2012, (UE) 2017/1152 y (UE) 2017/1153 de la Comisión [DOUE de 5 de marzo de 2021].

(49) El primer gran impulso comunitario a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes se produjo en el marco de la elaboración de criterios relativos a los impactos energéticos y medioambientales en la contratación pública y privada en el sector de los transportes. Así, 2009 se aprobó la Directiva 2009/33/CE [DOUE de 15 de mayo de 2009] sobre la promoción de vehículos por carretera limpios y energéticamente eficientes, modificada por la Directiva 2019/1161 [DOUE de 12 de julio

A principios de 2023 se aprobó una modificación del Reglamento (UE) 2019/631 (50) para introducir medidas más ambiciosas sobre el CO₂ del transporte, en aras de lograr la neutralidad climática en el territorio de la Unión Europea (51). Concretamente, para 2035 se prohíbe la venta de vehículos de gasolina y diésel; y para 2030, se consigna la reducción de las emisiones de dióxido de carbono de turismos y furgonetas nuevos en un 55% y 50%, respectivamente.

Estas medidas suponen el más reciente espaldarazo comunitario a la electrificación del sector automovilístico. Se recurre a la energía eléctrica como forma eficiente de lograr la descarbonización y se condena al motor diésel y gasolina al destierro. No obstante, esa prohibición de venta de vehículos que recurren al petróleo ha sido bastante polémica. Contó con las reticencias significativas de Estados como Italia (52) o Alemania (53) (principalmente), que se

de 2019]. Entre sus disposiciones, ordena a los poderes adjudicadores, a las entidades adjudicadoras que tengan en cuenta los impactos energéticos y medioambientales a la hora de comprar vehículos.

Particularmente, pretende influir en el mercado de los vehículos producidos a gran escala como los turismos, los autobuses y los autocares para asegurar un nivel de demanda de vehículos por carretera limpios y energéticamente eficientes que aliente a los fabricantes y a la propia industria a invertir en estos tipos de vehículos. La norma supone un impulso para que la contratación pública opte por vehículos limpios y respetuosos con el entorno. Se introducen, así, los criterios medioambientales en la contratación pública, no como meros principios orientadores sino taxativamente. De manera que los poderes y entidades adjudicadoras deben tener en cuenta los impactos energéticos durante la vida útil de los vehículos a adquirir.

(50) Reglamento (UE) 2019/631 el Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, y por el que se derogan los Reglamentos (CE) 443/2009 y (UE) 510/2011.

(51) Esto fue ratificado por el Consejo de Europa el 28 de marzo de 2023. El Reglamento se publicará en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y entrará en vigor a los veinte días de su publicación. *Vid.* Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/631 en lo que respecta al refuerzo de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, en consonancia con la mayor ambición climática de la Unión [COM/2021/556 final].

(52) Italia admitía la importancia de descarbonizar el sector transporte, pero no estaba de acuerdo en dejar la electrificación como la única vía para lograr las cero emisiones. En tal sentido, consideraba que este proceso requería cambios significativos en todo el sector automotriz, que debían planificarse para evitar impactos económicos, industriales y sociales indeseables. Aducía que forzar la electrificación podía conllevar a la no aceptación por parte del mercado y perjudicar a los fabricantes de automóviles y furgonetas. Consecuentemente, no apoyaba la aprobación de la norma propuesta y apostaba por el desarrollo de una cadena de valor para motores eléctricos y baterías en la Unión, un suministro sostenible y diversificado de las materias primas necesarias, infraestructura adecuada de recarga y repostaje, y una mejora de la red eléctrica que pudiera hacer frente al aumento de la demanda (entre otras medidas). Hizo campo de batalla en permitir los combustibles sintéticos en el transporte. *Vid.*

oponían vehementemente a tal restricción. Para que la medida saliera adelante se cedió a las pretensiones de estos países y a pesar de que se mantiene el veto reseñado, se deja la puerta abierta para que los combustibles sintéticos puedan ser utilizados en el transporte (54).

Continuando esta senda, se contemplan incentivos regulatorios para vehículos de cero y bajas emisiones, que estarán en vigor desde 2025 hasta 2029. Por ejemplo, si un fabricante cumple con determinados niveles de referencia para las ventas de vehículos de baja emisión o cero emisiones, podrá suscribir objetivos de CO₂ menos estrictos (55).

A esto se unen las normas que reparan en las infraestructuras de recargas, aspecto esencial para el despliegue del vehículo eléctrico. Así, se promulgó la Directiva 2014/94/UE (56) sobre la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, la cual, establece un conjunto de medidas comunes para estas instalaciones y minimizar la dependencia de los trans-

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (27 de marzo de 2023). *Statements Draft Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2019/631 as regards strengthening the CO₂ emission performance standards for new passenger cars and new light commercial vehicles in line with the Union's increased climate ambition*. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6740-2023-ADD-1-REV-2/en/pdf>.

(53) Alemania también ha sido uno de los países de la Unión Europea que más se han mostrado en contra de la prohibición de vender automóviles nuevos con motor de combustión interna para el año 2035. No estaba de acuerdo en preponderar tanto la electrificación del transporte y abogaba por los combustibles sintéticos. *Vid.* O. HERNÁNDEZ (25 de marzo de 2023). «Alemania cede y la UE aprueba la prohibición de los vehículos diésel y gasolina a partir de 2035». *El Correo.com*. Disponible en <https://www.elcorreo.com/economia/alemania-cede-ue-aprueba-prohibicion-vehiculos-diesel-20230325111419-nrc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

(54) Los combustibles sintéticos se obtienen de precursores químicos y no del petróleo. Dependiendo del proceso y de la fuente de energía, es neutro en emisiones, en principio.

(55) A esto se unen las normas que reparan en las infraestructuras de recargas, aspecto esencial para el despliegue del vehículo eléctrico. Así, se promulgó la Directiva 2014/94/UE sobre la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, la cual, establece un conjunto de medidas comunes para desplegar dichas instalaciones y minimizar la dependencia de los transportes que usan petróleo.

Por su parte, la Directiva (UE) 2018/844 [DOUE de 19 de junio de 2018] que regula la eficiencia energética en edificios incluye artículos para obligar a los inmuebles residenciales nuevos o que se reformen y tengan más de 20 plazas de aparcamiento a incluir la infraestructura necesaria para instalar un punto de recarga en cada una. Para los edificios no residenciales nuevos o que sufran reformas, y tengan más de diez plazas, deberán incorporar un punto de recarga, como mínimo, y el cableado que se requiera para, al menos, una de cada cinco plazas (artículo 8).

(56) Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos [DOUE de 28 de octubre de 2014].

portes que usan petróleo. Por su parte, la Directiva (UE) 2018/844 (57), que regula la eficiencia energética en edificios, incluye artículos para obligar a los inmuebles residenciales nuevos o que se reformen y tengan más de 20 plazas de aparcamiento a incluir la infraestructura necesaria para instalar un punto de recarga en cada una de ellas.

2. Nivel interno

A nivel interno, es preciso referenciar, primeramente, la Ley de Cambio Climático y Transición Energética (58), la cual, dedica varios preceptos al transporte y la movilidad sin emisiones (59). En tal sentido, establece que se adoptarán medidas para que en 2050 se logre un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO₂ (artículo 14). Las medidas más importantes en relación con el vehículo eléctrico se focalizan en el desarrollo de la infraestructura de recarga. Obliga a instalar puntos en las estaciones de servicio que tengan unas ventas de gasolina y gasóleo A en 2019 igual o superior a cinco millones de litros al año. Esas infraestructuras tendrán que disponer de una potencia, al menos, de 150 kW. En las instalaciones cuyo volumen anual de ventas sea igual o superior a cinco millones de litros y menor a 10 millones de litros, tendrán que disponer de, al menos, un puesto de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW (artículo 15.2 y 3).

(57) Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética [DOUE de 19 de junio de 2018].

(58) Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética [BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2021]. La Ley transpone parcialmente dos Directivas. En primer lugar, la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE [DOUE de 14 de junio de 2019]; y la Directiva 2018/844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética [DOUE de 19 junio de 2018].

(59) Aspectos que ya se potenciaban en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible [BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011], que transpone la Directiva 2009/33/CE, al incluir un conjunto de obligaciones para que las Administraciones modernicen tecnológicamente el transporte y la movilidad en aras de su eficiencia energética. Concretamente, establece la necesidad de incentivar la renovación de la flota de vehículos de transporte colectivo de pasajeros y de mercancías mediante vehículos energéticamente más eficientes y la obligación de tener en cuenta en la contratación pública de vehículos de transporte por carreteras los impactos energéticos y medioambientales durante la vida útil del vehículo, entre otras cuestiones. Según el artículo 82.2, se prevé que el gobierno nacional, junto con las Administraciones autonómicas y locales, aprueben programas y medidas para impulsar el vehículo eléctrico.

Si en una provincia, Ciudad Autónoma o isla no existe ninguna instalación de suministro de combustible cuyo volumen anual de venta en 2019 sea superior o igual a cinco millones de litros, se instalará, al menos, una infraestructura de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW (artículo 15.4). Además, si se reforma la instalación mediante revisión del título administrativo, independientemente del volumen de venta, se deberá instalar, al menos, una infraestructura de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW en corriente continua, que deberá prestar servicio desde la puesta en funcionamiento de la instalación o finalización de la reforma (artículo 15.5). Todas estas obligaciones normativas significa cubrir, aproximadamente, un 10% de la red de carreteras, lo que supone menos de 1.100 estaciones de servicio (60).

A su vez, la Ley emplaza al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, con la participación de las Comunidades Autónomas, a elaborar el listado de las instalaciones de suministro de combustibles y carburantes obligadas por los mandatos anteriormente citados (artículo 15.6). Esto se ha hecho efectivo en la Orden TED/1009/2022 (61), la cual, establece el procedimiento para listar las estaciones de servicio que deben instalar infraestructuras de recarga eléctrica, así como, sus excepciones.

Con respecto a los municipios de más de 50.000 habitantes y los territorios insulares, el artículo 14.3 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética señala que tendrán que introducir en la planificación urbana medidas de mitigación de las emisiones de la movilidad como el fomento del uso de medios de transportes eléctricos privados, incluyendo puntos de recarga, y medidas de impulso de la movilidad eléctrica compartida (62).

Por otro lado, en los últimos tiempos se han producido diferentes modificaciones relativas a la regulación del sector eléctrico, que influye en la electrificación del transporte. Así, es preciso citar el Real Decreto-ley 23/2020 (63)

(60) A. JIMÉNEZ y R. GERO (23 de junio de 2021). «Los puntos de recarga del vehículo eléctrico: novedades legislativas y consideraciones técnicas». *El Economista*. Disponible en <https://revistas.economista.es/energia/2021/junio/los-puntos-de-recarga-del-vehiculo-electrico-novedades-legislativas-y-consideraciones-tecnicas-EY8144125>.

(61) Orden TED/1009/2022, de 24 de octubre, por la que se establecen el listado de instalaciones de suministro de combustibles y carburantes obligadas a instalar infraestructuras de recarga eléctrica y las excepciones e imposibilidades técnicas para su cumplimiento [BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2022].

(62) Con el objetivo de mitigar los efectos adversos del cambio climático sobre la salud de las personas, ya que la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética incluye entre sus principios rectores la protección y promoción de la salud. Sobre este aspecto, *vid.* J.F. ALENZA GARCÍA (2021: 1-28).

(63) Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica [BOE núm. 175, de 24 de junio de 2020].

que modifica la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico con el fin de facilitar el despliegue de una red de estaciones de recarga (64). Igualmente, el Real Decreto-ley 29/2021 (65) adopta medidas en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables. Contiene acciones para promover instalaciones de recarga, introduce las declaraciones responsables para poner en funcionamiento un punto de recarga, refuerza el régimen sancionador, así como, nuevas exigencias sobre la dotación de estaciones en edificios existentes de uso distinto al residencial privado (66).

Por último, a principios de 2022, se aprobó el Real Decreto 184/2022 (67) que regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos (68). Como principio general establece que «el servicio de recarga energética tiene como función principal la entrega de energía a título gratuito u oneroso a través de servicios de carga de vehículos eléctricos en unas

(64) En general, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico [BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013], contempla las condiciones para la puesta en funcionamiento de las infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW y para la prestación del servicio de recarga energética (artículos 53 y 48, principalmente). La norma permite que los propios consumidores, personas físicas o jurídicas, adquieran la energía para su propio consumo y para la prestación de servicios de recarga energética de vehículos. Añade que los servicios de recarga energética podrán ser prestados por cualquier consumidor siempre que se cumplan con los requisitos reglamentarios que se establezcan. No se puede exigir por parte de las Administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa, tan solo se deberá presentar ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, con carácter previo al inicio de su actividad, comunicación de inicio de actividad acompañada de declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos que se determinen reglamentariamente. Sobre la perspectiva del ahorro y la eficiencia energética que se localiza en esta norma, *vid.* M.I. JÁIMEZ GAGO (2016: 114-116).

(65) Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables [BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 2021].

(66) A nivel reglamentario, también se localiza el Real Decreto 1053/2014 [BOE núm. 316, de 31 de diciembre de 2014] que aprueba una nueva Instrucción Técnica Complementaria, la ITC, BT 52 sobre «Instalaciones con fines especiales. Infraestructura para la recarga de vehículos eléctricos» que contiene el reglamento para la infraestructura de recarga de los vehículos eléctricos, con las especificaciones técnicas para favorecer la implantación del vehículo eléctrico. La norma establece las dotaciones mínimas de la estructura para la recarga del vehículo eléctrico en edificios o estacionamientos de nueva construcción y en vías públicas. Como sostiene la profesora ÁVILA RODRÍGUEZ, «no constituye más que un tratamiento específico respecto de unas instalaciones receptoras [...]». *Vid.* C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2017: 89).

(67) Real Decreto 184/2022, de 8 de marzo, por el que se regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos [BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2022].

(68) La aprobación de esta norma se encontraba entre los hitos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

condiciones que permitan la carga de forma eficiente y a mínimo coste para el propio usuario y para el sistema eléctrico» y el cual, «puede ser prestado por cualquier consumidor» (artículo 4.1 y 2).

IV. LOS OBSTÁCULOS A LA EXPANSIÓN DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO: LA FALTA DE UNA ADECUADA RED DE INFRAESTRUCTURA DE RECARGA

Pese a que desde el plano institucional y empresarial se están llevando a cabo diferentes medidas que tratan de impulsar el despliegue del vehículo eléctrico, éste aún no goza de las capas de implantación que cabría esperar. Hay diferentes factores que actúan como muro de contención al desarrollo de este tipo de movilidad. En primer lugar, el coste. La diferencia de precios entre un coche eléctrico y uno con motor de combustión interna es bastante amplia. De hecho, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima estima que la electrificación masiva del parque de vehículos solo se conseguirá cuando los precios de los coches eléctricos sean asequibles (69).

Otro factor a tener en cuenta es la disponibilidad de energía eléctrica frente al potencial incremento de la demanda. Aunque se podrían discriminar horas para realizar la recarga en función del tramo con menor consumo eléctrico, la red debe contemplar la posibilidad de que se efectúen recargas en horas de máximo consumo. A su vez, la autonomía y el tiempo de recarga de las baterías también actúan como frenos, ya que por el momento tienen una limitada acumulación de energía en comparación con el coche de motor de combustión (70).

No obstante, uno de los problemas de mayor envergadura lo constituyen el equipamiento logístico del vehículo eléctrico, que son esenciales para su despliegue. En general, las infraestructuras desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de los países, tanto en el plano social como económico (71), y son una importante área productiva de la economía de cualquier Estado. E incluso, algunos autores consideran que es «un sector estratégico de primer orden» (72). En el ámbito de la electromovilidad, la carencia de una adecuada infraestructura que permita aportar a los vehículos la energía que precisan, lastra por completo todos los incentivos y programas de ayudas a su uso.

(69) Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (p. 140).

(70) Sobre la carga, las distintas variantes y los tiempos de ésta, *vid.* M. GARÍN (2013: 80 y ss.).

(71) La correlación entre infraestructura y riqueza ha sido constatada por Patricio Rozas y Ricardo Sánchez, de manera que, una fuerte inversión en infraestructura revierte en un crecimiento económico. *Vid.* P. ROZAS y R. SÁNCHEZ (2004: 1-75).

(72) F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2011: 463-464).

Sin una red global de puntos de recarga, difícilmente se podrá incentivar la compra del coche eléctrico.

A esto hay que sumar que las zonas de recarga no son rentables para los inversores, por el momento (73). El escaso parque de vehículos eléctricos existente en nuestro país provoca que no se amortice el elevado coste de instalación que precisan (74). De ahí que se reivindique las ayudas públicas para el despliegue de las infraestructuras, con una cuantía mayor en los puntos de carga de mayor velocidad (75).

Por su parte, la Directiva 2014/94/UE considera que el número adecuado de estaciones de recarga debe ser equivalente al menos en un cargador cada diez vehículos, teniendo en cuenta el número estimado de vehículos eléctricos matriculados en cada Estado miembro (76). Actualmente, existen en España

(73) Un informe elaborado, en 2012, por un grupo de expertos de la Unión Europea destacó la ausencia de una infraestructura armonizada para los combustibles alternativos a nivel de los diferentes Estados miembros. Un aspecto que obstaculiza la comercialización de estos vehículos y retrasa la consecución de sus beneficios medioambientales. Vid. COMISIÓN DE INDUSTRIA, INVESTIGACIÓN Y ENERGÍA DE LA UNIÓN EUROPEA. (6 de junio de 2021). *Informe sobre CARS 2020: hacia una industria europea del automóvil fuerte, competitiva y sostenible* [2013/2062(INI)]. Elaborado por el Grupo de expertos de Alto Nivel CARS 21. Y COMISIÓN EUROPEA. (8 de noviembre de 2012). *CARS 2020: Plan de Acción para una Industria del Automóvil Competitiva y Sostenible en Europa* [COM(2012) 0636 final].

De hecho, Europa considera que la falta de un desarrollo armonizado de una infraestructura para los combustibles alternativos «impide la obtención de economías de escala en el plano de la oferta y una movilidad a escala de la Unión en el plano de la demanda. Así, es necesario crear nuevas redes de infraestructuras, por ejemplo, para la electricidad, el gas natural y, en su caso, el hidrógeno». Vid. Considerando 32 de la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos.

(74) Los costes asociados son los siguientes: el equipo de recarga, el coste de la instalación (estudio de viabilidad técnica, costes de obra civil, toma de corriente y cableado, etc.) y el alta del punto de suministro, así como los costes por el término de potencia. Vid. el informe realizado por la consultora Everis para *Transport & Environment*: F.M. RUIZ BARRIENTOS, E. GÁMIZ MARTÍNEZ, I. ASPIAZU PÉREZ [et al.], *Estudio sobre el despliegue de la infraestructura de carga del vehículo eléctrico en España*, 2021, p. 12.

(75) «[D]urante los primeros años de despliegue de infraestructura de recarga el peso de la inversión del Gobierno debe ser más fuerte, y se irá diluyendo a medida que el desarrollo de infraestructura avance, la adopción del vehículo eléctrico aumente y el negocio de los puntos de recarga comience a ver atisbos de rentabilidad». Vid. *Ibid.*, p. 41.

(76) Considerando 23 de la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos.

La media europea se encuentra en 52 puntos de recarga por cada 100.000 habitantes, en nuestro país la ratio es de 17 por cada 100.000. Vid. EUROPA PRESS. (19 de marzo de 2019). «España, a la cola de la UE en puntos de recarga de vehículos eléctricos». Europa Press. Disponible en <https://www.europapress.es/motor/coches-00640/noticia-espana-cola-puntos-recarga-vehiculos-electricos-20190319164649.html>.

más de 7.600 puntos de recarga pública (un 65% en entornos urbano), de los cuales 1.849 suministran más de 22 kW (carga de 3 horas), 548 de más de 40 kW (carga de 1,5 horas), 159 de más de 100 kW (carga de 40 minutos) y ocho de más de 250 kW (carga de menos de 15 minutos) (77). Entre ellos, «muchos necesitan una transformación para su adaptación a la normativa actual» (78). E incluso, la Comisión Europea ya ha advertido de la falta de zonas de recarga en aglomeraciones urbanas de España (79).

En efecto, en el ámbito de la movilidad eléctrica, se requiere garantizar un suministro de electricidad para que los coches movidos por energía eléctrica puedan recargarse fácilmente, para ello, es necesario una adecuada red de distribución, aún inexistente en nuestro país (80). Como apuntan MIRANDA HERNÁNDEZ e IGLESIAS GONZÁLEZ, «[p]arece unánime la consideración de que la escasa presencia y la lenta implantación de las infraestructuras de recarga son un importante freno para el crecimiento de las ventas de vehículos eléctricos y en general para la electrificación del transporte por carretera que en este momento aporta muchas ventajas» (81).

Sin usuarios de este tipo de coches, ninguna empresa siente interés en desarrollar infraestructuras para los mismos. De igual modo, sin infraestructuras donde recargar estos vehículos, nadie quiere comprarse un coche eléctrico. Si no se repara en el despliegue de una adecuada infraestructura se imposibilita la movilidad eléctrica por toda la geografía española de manera cómoda, eficaz y segura, en paridad con los vehículos de combustión interna. De ahí que las políticas públicas de los últimos años (y la normativa), no solo se basen en potenciar la adquisición de automóviles eléctricos por los particulares (y en las flotas de la Administración pública), sino también de desarrollar una amplia red de puntos de recarga para los mismos, como ocurre con el Plan MOVEA, MOVALT Infraestructuras o la actual edición del Plan MOVES. Consecuentemente, estos dos aspectos (adquisición de vehículos eléctricos e infraestructuras) son dos circunstancias que deben estar presente en toda

(77) Según establece la Estrategia Española de Movilidad Sostenible, Segura y Conectada 2030 (p. 227).

(78) Según el ya citado Plan de Impulso del Vehículo de Tecnología Alternativas (p. 13).

(79) Tal y como se recoge en la evaluación del Marco de Acción Nacional español. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA. Grupo Interministerial para la coordinación del Marco de Acción Nacional de Energías Alternativas en el Transporte. (14 de octubre de 2016). *Marco de Acción Nacional de Energías Alternativas en el Transporte. Desarrollo del mercado e implantación de la infraestructura de suministro*. Disponible en <https://industria.gob.es/es-ES/Servicios/Documents/marco-energias-alternativas.pdf>.

(80) En este sentido, la Comunicación europea *Hacia el mayor uso posible de los combustibles alternativos* [COM(2017) 652 final] propone combinar las instalaciones de recarga con otras infraestructuras (por ejemplo, farolas).

(81) J.M. MIRANDA HERNÁNDEZ y N. IGLESIAS GONZÁLEZ (2015: 82).

política de fomento de la electromovilidad, ya que ambas cuestiones son a la vez causa y efecto una de la otra.

Así, para lograr una implantación generalizada del vehículo eléctrico es necesario que las infraestructuras de recarga estén plenamente disponibles (82). El cambio de modelo hacia una movilidad eléctrica necesita, entre otras medidas, de una red completa con estaciones para recargar en localizaciones estratégicas y, así, asegurar la autonomía del vehículo eléctrico (83), tanto en el ámbito privado y doméstico como en el desplazamiento urbano o interurbano. Más allá del marco técnico, que está avanzado y continúa en progreso, es necesario atender a la ordenación de los cargadores para animar su implantación.

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA INSTALACIÓN DE PUNTOS DE RECARGA

En cuanto al despliegue de este tipo de infraestructuras por el territorio, tenemos que recordar la Directiva 2014/94/UE sobre las infraestructuras para los combustibles alternativos, que aborda la introducción de medidas comunes en el mercado interior para estas instalaciones, así como, la disponibilidad suficiente de las mismas y la necesidad de proporcionar más información a los consumidores sobre la compatibilidad de los combustibles y los vehículos. En su artículo 4.8 consagra la libertad que tienen los gestores de puntos de recarga accesibles al público para comprar electricidad a cualquier proveedor de la Unión, teniendo que garantizar los Estados miembros que los gestores de redes de distribución cooperen sobre una base no discriminatoria con toda persona que instale o explote puntos de recargas accesibles al público. Los gestores del cargador pueden prestar el servicio en régimen contractual o en nombre y por cuenta de otros proveedores. Además, en el artículo 4.9, se dispone que todos los puntos accesibles al público proporcionarán la posibilidad de recarga puntual a los usuarios de vehículos eléctricos, sin que medie contrato con el proveedor de electricidad o gestor de que se trate. En cuanto a las tarifas, la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que los precios cobrados por los gestores de las estaciones de carga sean razonables, fáciles y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios, según reza el artículo 8.9.

(82) M. GARÍN (2013:75-88).

(83) Según el Marco de Acción Nacional de Energías Alternativas de Transporte esa «[...] red pública salvaguarda la posible ansiedad psicológica de conductores particulares por la autonomía y sirve para dar cobertura al sector logístico y a los servicios públicos (taxi eléctrico)».

La Directiva 2014/94/UE fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 639/2016 (84), que contiene acciones concretas para asegurar la creación de una infraestructura de combustible alternativo como la energía eléctrica y acciones destinadas a proporcionar mayor información a los usuarios sobre la misma (85).

En consonancia con el marco comunitario, el artículo 4 del citado Real Decreto, concreta las condiciones mínimas que deberán tener las estaciones de recarga para vehículos eléctricos. Así, los gestores de cargas tienen libertad para comprar electricidad a cualquier comercializador de energía eléctrica de la Unión Europea, atendiendo a lo dispuesto en la normativa sectorial. Éstos pueden prestar servicios de recarga en régimen contractual o en nombre y por cuenta de otros proveedores de servicios que cumplan los requisitos previstos en la normativa sectorial. Además, todos los puntos permitirán la posibilidad de recarga puntual a los usuarios de vehículos eléctricos, sin necesidad de que medie contrato con el comercializador de electricidad o con el gestor de que se trate. El suministro de electricidad podrá contratarse con otros comercializadores de energía eléctrica distintos del comercializador que efectúa el suministro de electricidad del edificio o de los locales en que esté situado dicho punto de recarga (86).

En relación con la prestación del servicio de recarga debemos acudir a la Ley del Sector Eléctrico (87). En su artículo 48 se establece que tal servicio puede ser prestado por cualquier consumidor siempre que cumpla los requisitos reglamentarios. Para poder instalar un punto de recarga se precisa de declaración responsable, que deberá contener una manifestación explícita del

(84) Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos [BOE núm. 298, de 10 de diciembre de 2016].

(85) Según la profesora Carmen María Ávila Rodríguez: «La transposición ha sido parca y escueta limitándose tan sólo a regular las obligaciones de información a los usuarios y los requisitos técnicos de los puntos de recarga de vehículos eléctricos y para repostaje de gas natural e hidrógeno». Vid. C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ, «Marco jurídico para la implantación de infraestructuras para las energías alternativas en el transporte en España» [comunicación científica]. Congreso del Instituto García Oviedo. Disponible en <http://iugo.us.es/images/congreso/comunicaciones/modulo2-1.pdf>.

(86) En cuanto a los requisitos técnicos de los puntos de recarga de baja tensión, deben cumplir con lo establecido en el mencionado Real Decreto 1053/2014 por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) BT 52, según especifica el Real Decreto 639/2016 en su artículo 4.1.

(87) Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Teniendo presente las modificaciones operadas por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores [BOE núm. 242, de 6 de octubre de 2018].

cumplimiento de los requisitos exigibles (88). En ningún caso, podrá exigirse por las Administraciones públicas licencia o autorización previa de obras, instalaciones, de funcionamiento o de actividad, de carácter medioambiental ni otras de clase similar o análogas, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico con la categoría de bien de interés cultural, según el artículo 48.5 de la Ley del Sector Eléctrico. Con la declaración responsable se permite realizar la instalación del cargador e iniciar el servicio de recarga energética desde el mismo día de su presentación (89).

No obstante, para la puesta en funcionamiento de infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW o modificación de las existentes, se requerirá las siguientes autorizaciones, según el artículo 53 de la Ley del Sector Eléctrico (90): autorización administrativa previa, que se tramitará con el anteproyecto de la instalación y, en su caso, conjuntamente con la evaluación de impacto ambiental; autorización administrativa de construcción, que permite al titular realizar la construcción de la instalación cumpliendo los requisitos técnicos exigibles; autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación (91). Aunque la Administración pública competente podrá establecer reglamentariamente determinados tipos de modificaciones no sustanciales en las estaciones de recarga de potencia superior a 250 Kw, que no queden sometidas a la autorización administrativa previa que se tramitará con el anteproyecto de la instalación y, en su caso, conjuntamente con la evaluación de impacto ambiental; y a la autorización

(88) Que deberá cumplir con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común [BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015]. Además, las Administraciones públicas competentes fijarán los elementos esenciales de la declaración responsable (artículo 48.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

(89) El IDAE ha elaborado una guía que resalta los pasos para la instalación de puntos de recarga en una vivienda, para el ámbito privado de una empresa o Administración o para uso público. Vid. INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACIÓN Y AHORRO DE LA ENERGÍA. (20 de febrero de 2019). *Guía de movilidad eléctrica para las Entidades locales*. Disponible en https://www.ree.es/sites/default/files/downloadable/Guia_movilidad_electrica_para_entidades_locales.pdf.

(90) Es necesario recordar que la Administración General del Estado tiene competencia para autorizar la instalación de las infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW, que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (artículo 3.13 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

(91) En el caso de instalaciones móviles de la red de transporte o red de distribución que deban implantarse transitoriamente por un periodo inferior a dos años y que se conecten a dichas redes, con carácter previo a la autorización de explotación, requerirán de una autorización administrativa de construcción que recibirá el nombre de autorización de implantación, quedando eximidas de la autorización administrativa previa (artículo 58.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).

administrativa de construcción. Asimismo, reglamentariamente se podrá eximir a determinadas instalaciones de producción de pequeña potencia tal régimen de autorizaciones (92).

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48, se promulga el Real Decreto 184/2022 que regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos (93). Este establece los principios generales del servicio de recarga energética y las diferentes modalidades existentes (artículo 5 Real Decreto 184/2022). Crea la figura del operador del punto de recarga, titular de los derechos de explotación de la infraestructura; y añade a la empresa proveedora de servicios para la movilidad eléctrica, tercero que presta servicios de valor añadido al usuario de un vehículo eléctrico. La norma también señala los derechos y obligaciones que tienen estos dos entes (artículo 6 y 7 Real Decreto 184/2022) y regula los denominados acuerdos de interoperabilidad que gozan de una amplia libertad, ya que se podrán suscribir con el objetivo de tener unos bajos costes tanto para el usuario como para el sistema eléctrico (artículo 8 Real Decreto 184/2022).

Así, se observa que en los últimos tiempos se ha producido una liberalización en la prestación del servicio de recarga eléctrica y se quiere avanzar hacia una simplificación administrativa. En primer lugar, se flexibiliza la actividad de suministro energético. Cualquier consumidor de energía eléctrica puede prestar el abastecimiento energético a vehículos movidos por electricidad. Esto posibilita una electrificación del parque automovilístico más veloz. De manera que cualquier operador de un estacionamiento, por ejemplo, puede constituirse como prestador de recarga energética. En segundo lugar, se intenta agilizar el propio procedimiento administrativo (94). Se opta por la declaración responsable para poner en funcionamiento un punto de carga (salvo en aquellas de potencia superior a los 250 kW). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el despliegue de este tipo de infraestructuras intervienen diferentes Administraciones (estatal, autonómica y local). A pesar de que se elimina la necesidad de obtener licencia o autorización de obras, instalaciones, funcionamiento o actividad medioambiental o de otra clase, el interesado se enfrenta a otras trabas burocráticas.

En este sentido, el artículo 48.5 de la Ley del Sector Eléctrico especifica que la declaración responsable deberá contener la documentación acreditativa

(92) Artículo 53.2 y 3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

(93) Real Decreto 184/2022, de 8 de marzo, por el que se regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos [BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2022].

(94) Como afirma Ricardo Rivero Ortega, las declaraciones responsables se plantean con el objetivo de «facilitar la iniciativa empresarial, sin sobrecargarla de trámites administrativos y exigencias documentales». Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo (2023): *Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 202.

del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente. Además, puede ser necesario recabar otro tipo de autorizaciones y concesiones, por ejemplo, en materia de ordenación del territorio y urbanismo, como especifica el artículo 53.6 de la mencionada Ley. Y no debemos olvidar el pago de los correspondientes tributos (que generalmente serán de carácter local). Por lo tanto, pese a que se pretenda agilizar el procedimiento en la norma, en la práctica esa pretensión puede verse empañada. La intervención de los diferentes niveles administrativos en el desarrollo de los puntos de recargas genera trabas burocráticas, que alarga en el tiempo el propio procedimiento y, todo ello, complica un despliegue ágil de este tipo de infraestructuras, desincentivando su puesta en marcha.

2. La discrecionalidad administrativa ante el despliegue de puntos de recarga interurbanos

En cuanto a la Red de Carreteras del Estado y sus correspondientes zonas de dominio público y protección debemos tener presente la Ley 37/2015 de Carreteras (95) y el Reglamento General de Carreteras (96). Así, los puntos de recarga eléctrica se pueden emplazar en las zonas de protección de estas vías, según el artículo 28.2 de la Ley de Carreteras. Tal precepto establece la posibilidad de que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana autorice «la colocación de instalaciones fácilmente desmontables entre el borde exterior de la zona de dominio público y el de la zona de limitación a la edificabilidad, siempre que no resulten menoscabadas la seguridad viaria o la adecuada explotación de la carretera y no se comprometa la utilización de la zona de servidumbre». Esto «será especialmente aplicable a los puntos de recarga de vehículos y a las marquesinas e instalaciones que estos precisen para su correcto funcionamiento, siempre que puedan considerarse fácilmente desmontables». De manera que, siempre que las instalaciones de recarga eléctrica tengan carácter provisional o sean desarmables se podrán ubicar en el borde exterior de la zona de servidumbre y la línea límite de edificación (97).

La autorización de instalar puntos de recarga eléctrica en una instalación ya existente impone obligaciones tanto al titular del punto de recarga como

(95) Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras [BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2015].

(96) Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras [BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 1994].

(97) Además, *vid.* artículo 87 del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras [BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 1994].

al de la instalación principal. La autorización podrá otorgarse a cualquiera de los dos, pero deberá acreditarse la conformidad de este último. Cuando la instalación principal tenga acceso a la carretera o vía de servicio estatal, la autorización para instalar una estación de carga conllevará la integración de la autorización del acceso existente con las obligaciones dimanantes de la nueva autorización. En este sentido, el Reglamento General de Carreteras distingue entre las autorizaciones que impliquen una ocupación del dominio público por tener acceso a una vía estatal y aquellas donde no se produzca dicha ocupación. En el primer caso, los requisitos son más exigentes.

Junto a estas normas, es preciso citar la Orden Ministerial TMA/178/2020 (98), que regula los accesos a las carreteras del Estado, las vías de servicio y la construcción de instalaciones en tales espacios. Esta Orden, que viene a modernizar la anterior de 1997, incorpora referencias a la instalación de puntos de recarga eléctrica.

De este modo, según dispone la citada norma, el titular de la instalación principal siempre responderá frente a la Dirección General de Carreteras de todas las obligaciones establecidas en la autorización, pero se admite que los titulares de la instalación principal y de la instalación de recarga eléctrica puedan pactar la responsabilidad solidaria de este último ante la Administración de carreteras. Asimismo, cuando se pretenda transmitir a un tercero la titularidad de la autorización principal o de la instalación de recarga eléctrica, deberá acreditarse fehacientemente que la transmisora conoce y acepta las obligaciones que le impone la autorización, notificándolo previamente a la Administración, aportando el compromiso en documento público.

No solamente en este caso será necesaria la intervención de notario, según la Orden Ministerial. También en aquellos casos en que la instalación principal tenga acceso directo a una vía de titularidad estatal o cualquier otro supuesto que ocupe el dominio público. Con ella, se quiere garantizar la identidad de los otorgantes, su capacidad y legitimación, la validez del consentimiento y de la adecuación de los contratos a la legalidad y la voluntad debidamente informada.

La Dirección General de Carreteras podrá, en cualquier momento, modificar o suspender temporal o definitivamente la autorización de acceso a las instalaciones por los motivos previstos en el artículo 106 del Reglamento General de Carreteras, sin que pueda obstar a ello ningún litigio ni controversia entre el titular de la instalación principal y el de la instalación de recarga eléctrica.

(98) Orden TMA/178/2020, de 19 de febrero, por la que se modifica la Orden, de 16 de diciembre de 1997, por la que se regulan los accesos a las carreteras del Estado, las vías de servicio y la construcción de instalaciones de servicios [BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2020].

Asimismo, este órgano podrá, por causa justificada, modificar o suspender temporal o definitivamente la autorización de la instalación de recarga, debiendo los interesados retirar todas las instalaciones que se encuentren dentro de la zona de limitación a la edificabilidad a su costa y sin derecho a ninguna indemnización. Por motivos tales como resultar incompatible con normas aprobadas con posterioridad, por daños en el dominio público o impedir su utilización para actividades de interés público, alteración de supuestos determinantes para su otorgamiento, incumplimiento de las cláusulas de la autorización o modificación del uso y características del acceso, o como consecuencia del planeamiento de las carreteras estatales que requiera así para su ampliación, mejora o desarrollo (99).

Cualquier cambio en las instalaciones de recarga ya existente deberá ser nuevamente autorizado, ya se trate de una modificación cualitativa o cuantitativa. Esa autorización podrá ser denegada si se incrementa el tráfico generado, o si se afecta negativamente a la seguridad viaria o a la explotación de la carretera. En tal caso, se podrá exigir la adecuación de los accesos a la legislación vigente.

Como se aprecia en la Orden Ministerial, ésta introduce una serie de medidas que afectan al despliegue de los puntos de recarga en las zonas interurbanas. El aspecto más llamativo de esta nueva regulación es que se recurre a una Orden Ministerial para regular la instalación de estaciones de carga eléctrica en zonas de las carreteras estatales. Además, se preferencia el contrato para ordenar las obligaciones de los titulares de las mismas, incluso si pertenecen al mismo grupo empresarial, y para determinar el régimen de responsabilidades aplicables. Ante la incertidumbre que generan algunas estipulaciones de la mencionada norma se precisa un negocio jurídico entre el titular de la instalación de servicio y del titular del punto de recarga para aclarar ciertos aspectos y evitar inseguridades jurídicas entre las partes.

Asimismo, destaca el elenco de causas por las cuales la Administración podrá modificar y suspender la autorización otorgada. Son motivos bastante amplios que van en contra de la seguridad jurídica que debe guiar las relaciones con la Administración pública y que pueden actuar como elemento disuasorio en el despliegue de estaciones de recarga en zonas de las carreteras estatales. Entre ellos, se cita la incompatibilidad con normas aprobadas con posterioridad a la instalación, daños en el dominio público o impedimentos de su utilización para actividades de interés público, o modificación del uso y características del acceso, entre otras. Se tratan de supuestos muy generales, faltos de concreción, que otorgan un gran poder discrecional a la Administración. En tales casos, recordemos, el titular (de la instalación principal y, en su

(99) Artículo único de la Orden Ministerial TMA/178/2020.

caso, el de la instalación de recarga) deberá retirar todas las instalaciones a su costa y sin derecho a ninguna indemnización.

Ese papel preponderante de la Administración también se observa si se procede a reformar las instalaciones de recarga a instancias del titular. Cualquier modificación debe ser autorizada nuevamente y la misma puede ser denegada por una serie de causas contempladas, que se juzgan, excesivamente amplias y dotadas de poca especificidad. Así, por ejemplo, se cita como motivo de denegación el incremento en el tráfico generado, pero no se concreta más allá, no se establece en cuánto debe consistir ese aumento. En la misma línea, se alude a «cualquier cambio, cualitativo o cuantitativo» pero no se detalla cómo debe ser ese cambio o de qué tipo para impedir la concesión.

Todo ello, aumenta el poder discrecional de la Administración y repercute en la seguridad jurídica del operador de estaciones de recarga en estas áreas de las carreteras estatales. La falta de concreción que presenta la Orden Ministerial puede jugar en contra del pretendido despliegue de este tipo de instalaciones y, por consiguiente, del vehículo eléctrico. Se precisa de una normativa clara, concreta, que vele por el adecuado despliegue de las estaciones de recarga en zonas interurbanas para lograr el establecimiento verdadero de una red de recarga en todo el territorio nacional.

V. CONCLUSIONES

1. El vehículo eléctrico goza de una gran relevancia en la consecución de una movilidad más sostenible, que redunde en la descarbonización del sector transporte, según se deduce de las diferentes políticas públicas. De hecho, en los últimos tiempos han aparecido multitud de planes, estrategias y programas que tratan de fomentar la presencia del vehículo movido por energía eléctrica. Éste se ha configurado como un elemento esencial en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; y se localizan cuantiosas acciones (continuadas en el tiempo) destinadas a la adquisición de vehículos de este tipo por parte de los particulares (como el actual MOVES III).

2. El interés por adoptar medidas planificadoras del vehículo eléctrico ha venido acompañado por diferentes acciones legislativas que se han ido sucediendo en el tiempo. Así, podemos localizar un marco normativo con disposiciones dedicadas a la descarbonización de los combustibles que referencian a la electrificación del transporte; y, normas destinadas a la implantación de las infraestructuras de recarga para los coches eléctricos.

A nivel comunitario, son relevantes las últimas medidas adoptadas (en desarrollo del Fit for 55). Así, se prohíbe para 2035 la venta de turismos y

furgonetas con motor de gasolina o diésel, y se refuerzan los objetivos en reducción de emisiones contaminantes procedentes del transporte. El veto efectuado por la Unión Europea a los vehículos de motor de combustión interna es un paso importante para aupar la electrificación del transporte, y manda un mensaje importante al sector (y a la ciudadanía) para que apueste por la electrificación. Sin embargo, sus efectos aún están por ver.

A nivel interno son varias las normas que hay que traer a colación, destacando, especialmente, la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética, que introduce importantes obligaciones en relación al vehículo movido por electricidad; y la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, cuyas últimas reformas afectan a la electromovilidad.

3. Para lograr un despliegue efectivo del vehículo eléctrico en nuestro país, y cumplir así con los compromisos adquiridos en materia de descarbonización, es necesario disponer de una verdadera red de infraestructura recarga eléctrica de acceso público por todo el mapa nacional. Hasta que recargar un vehículo con electricidad no sea tan fácil como llenar el depósito de gasolina o gasoil, no será posible que la electromovilidad sea preferente.

En este sentido, la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética supone un verdadero espaldarazo a la consolidación de una red de recarga por el territorio al establecer obligaciones concretas al respecto. Mandata a la instalación de infraestructuras de recarga en las estaciones de servicios que superen unas determinadas ventas anuales (o en función de la localización), así como, en las nuevas instalaciones o aquellas que sufran una reforma que requiera revisión del título administrativo.

El Legislador es consciente de que este tipo de infraestructura necesita un impulso, por ello, a pesar de tratarse de una norma programática en muchos aspectos, contiene preceptos específicos para los titulares de las estaciones de servicio, que redundará en una mayor presencia de infraestructuras de recarga en las gasolineras. Si de verdad se quiere lograr que la movilidad eléctrica sea preferente hay que eliminar uno de los obstáculos que detraen la adquisición de un coche eléctrico, cual es, la limitada cantidad de espacios de recarga que existen. De nada sirve establecer medidas de adquisición de este tipo de vehículos por los particulares o acciones de fomento si después el usuario no tiene posibilidad real de cargarlos. Esto genera miedo en el usuario y se convierte en una amenaza para la electromovilidad. Por tanto, las medidas contenidas en la referida norma ahondan en el objetivo de erradicar los coches de combustión, en aras de la descarbonización, y ayudará a consolidar un entramado de zonas de puntos de recarga por toda la geografía española que redundará en un mayor uso del vehículo eléctrico.

4. Asimismo, es necesario reparar en las normas del sector eléctrico. Las principales disposiciones a tener en consideración son la Ley del Sector Eléctrico

y el Real Decreto 184/2022 (dictado al amparo del artículo 48 de la referida Ley). Esta última norma se hizo esperar en el tiempo (bastante), de manera que, a pesar de que la Ley del Sector Eléctrico ampliaba el suministro de energía de vehículos eléctrico para que pudiera realizarlo cualquier consumidor, no se especificaban los requisitos para llevar a cabo ese abastecimiento (la Ley emplazaba al desarrollo futuro). Así, hasta el Real Decreto 184/2022 había que estar a lo establecido en Real Decreto 842/2002 (Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión), cuyo carácter era eminentemente técnico.

En cualquier caso, en la actual regulación para desplegar las infraestructuras de recargas se observa una mayor flexibilización y liberalización. El permitir que cualquier consumidor pueda prestar el servicio de recarga energética promueve una mayor electrificación del parque automovilístico. Un servicio cuya función principal queda configura como la entrega de energía a título gratuito u oneroso a través de servicios de carga de vehículos eléctricos en condiciones que posibiliten la carga eficiente y a mínimo coste para el usuario y el sistema eléctrico.

En la actual regulación también se aprecia un intento de agilizar el procedimiento administrativo para desplegar este tipo de infraestructuras. Así, se elimina la necesidad de recabar licencia o autorización previa de obras, instalaciones, funcionamiento o actividad, de carácter medioambiental y otras de clase similar, sustituyéndolas por una declaración responsable (salvo en determinadas estaciones). Esta medida que trasluce buenas intenciones se enfrenta a una relativa efectividad, ya que para la puesta en marcha de puntos de recarga se involucran a diferentes Administraciones públicas (estatal, autonómica y local).

La declaración responsable debe acompañarse de documentación acreditativa de cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente (artículo 48.5 de la Ley del Sector Eléctrico), y puede necesitar otras autorizaciones o concesiones previas (especialmente en materia de urbanismo y ordenación territorial — artículo 53.6 de la Ley del Sector Eléctrico); a esto se le suma la presentación del justificante de haber satisfecho los impuestos y tasas correspondientes (que generalmente serán locales).

Así, en la práctica, esa pretendida agilización del procedimiento administrativo no se ve satisfecha. El interesado tiene que enfrentarse a diferentes trámites burocráticos que ralentizan el despliegue de la puesta en funcionamiento de una zona de recarga. Por lo tanto, es necesario abogar por eliminación de trabas administrativas que desincentivan la puesta en marcha de estas instalaciones. Sería conveniente, pues, actualizar la normativa vigente simplificando el procedimiento en toda su extensión, para que la presentación de una declaración responsable no se vea lastrada por la imbricación de diferentes trámites procedentes de varios niveles administrativos (sin menoscabo de las garantías jurídicas). E incluso, se podría abogar por reducir los tributos

exigidos para poner en marcha un punto de recarga como medida de fomento de la electromovilidad (algo que no se contempla expresamente en las políticas públicas más recientes).

5. Por último, en relación con el despliegue de la infraestructura de recarga, a nivel interurbano, destaca la Orden Ministerial TMA/178/2020 reguladora de los accesos a las carreteras estatales, las vías de servicio y la construcción de instalaciones en estas áreas. La norma ordena el emplazamiento de puntos de recarga en determinadas zonas de las carreteras estatales. El primer aspecto que llama la atención es que se ha utilizado una orden ministerial para llevar a cabo esta ordenación. No se entiende tal razonamiento jurídico, cuando habría sido más pertinente optar por una disposición general de mayor rango como un Real Decreto (o una Ley) para abordar un asunto tan relevante.

Además, se trata de una orden que aumenta el papel discrecional de la Administración, con estipulaciones abiertas, que afectan a la seguridad jurídica del agente de las estaciones de recarga. Así, por ejemplo, ante cualquier modificación de la instalación se deberá obtener nuevamente autorización y la misma puede ser denegada por una serie de causas excesivamente amplias. Como motivo de denegación se encuentra el incremento en el tráfico generado, pero no se establece en cuánto debe consistir ese aumento; o se alude a motivos de tipo, cualitativo o cuantitativo, sin detallar cómo debe ser ese cambio o de qué tipo para impedir la autorización.

Asimismo, se consagra que la Administración podrá modificar y suspender la autorización otorgada, en base a una serie de supuestos, bastantes amplios que atentan contra la seguridad jurídica que debe guiar las relaciones con la Administración pública. Se cita la incompatibilidad con normas aprobadas con posterioridad a la instalación, daños en el dominio público o impedimentos de su utilización para actividades de interés público, o modificación del uso y características del acceso, entre otras. En general, se está ante motivos muy amplios, faltos de concreción, que otorgan un gran poder discrecional a la Administración. En caso de suspensión, el titular (de la instalación principal y, en su caso, el de la instalación de recarga) deberá retirar todas las instalaciones a su costa y sin derecho a ninguna indemnización.

E incluso se emplaza al contrato entre las partes implicadas (titular de la instalación de servicio y del titular del punto de recarga) para establecer el régimen de responsabilidades y las obligaciones de las mismas (aunque pertenezcan al mismo grupo empresarial).

Todo ello, genera un panorama incierto que no ayuda a consolidar una red de puntos de recarga en tramos de las carreteras estatales. En tal sentido, la regulación establecida puede actuar como un elemento disuasorio y desincentivar la inversión en este tipo de infraestructuras. Por ello, hubiera sido más acertado optar por otra fuente jurídica y ordenar de manera clara y sólida la

instalación de estos puntos en zonas específicas de las carreteras del Estado para proporcionar certezas en el operador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ, Ricardo; BARNETO, Maite; GIL, Carlos [et al.] (2010): «Del motor de combustión interna al vehículo eléctrico. Cuatro alternativas técnicas», *Economía Industrial*, 377, pp. 95-108. Disponible en <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/377/95.pdf>.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2021): «La protección de la salud en la Ley de Cambio Climático y Transición Energética», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2, pp. 1-28.
- ARISO, Juan Carlos (2009): «El vehículo eléctrico ha llegado para quedarse», *Anales de Mecánica y Electricidad*, 86, p. 24-27. Disponible en https://www.icaei.es/contenidos/publicaciones/anales_get.php?id=1774.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María (2016): «Normativa comunitaria y nacional sobre ahorro y eficiencia energética en el sector de los transportes» en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (dir.): *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética. Especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 153-194.
- (2017): «El impulso de los vehículos limpios: previsiones comunitarias y medidas legislativas y administrativas adoptadas en España», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 313, pp. 65-108.
 - «Marco jurídico para la implantación de infraestructuras para las energías alternativas en el transporte en España» [comunicación científica]. Congreso del Instituto García Oviedo. Disponible en <http://iugo.us.es/images/congreso/comunicaciones/modulo2-1.pdf>.
- CALVO VÉRGEZ, Juan (2021): «El nuevo sistema de emisiones de vehículos WLTP y su incidencia en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte», *Revista Quincena Fiscal*, 7, pp. 19-31.
- FORTES MARTÍN, Antonio (2018): «Los retos actuales del transporte en la ciudad. El nuevo paradigma de la movilidad sostenible en los desplazamientos urbanos» en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (dir.): *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, Madrid, Dykinson, pp. 475-499.
- GARÍN, Manuel (2013): «Vehículo eléctrico: el reto de la recarga», *Economía Aragonesa*, 52, pp. 75-88. Disponible en http://gorilaa.com/v/443/r_e_a_ibercaja_no_52.html#page/80.

- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2017): «Nuevos retos en materia de eficiencia energética en España tras el paquete energético de la UE de 2016» en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel y GALÁN VIOQUE, Roberto (dirs.): *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 171-210.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando (2011): «Un paso más en el camino hacia la debida sinergia del transporte y la movilidad sostenible: aportaciones más destacables de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación con tal temática. Comentario de los artículos 93 a 106 y de las Disposiciones Adicionales 3ª, 4ª y 6ª» en BELLO PAREDES, Santiago A.: *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, Madrid, La Ley, pp. 457-531.
- JÁIMEZ GAGO, María Isabel (2016): «La normativa nacional sobre ahorro y eficiencia energética: aspectos generales» en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (dir.). *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética. Especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 109-123.
- MIRANDA HERNÁNDEZ, José María e IGLESIAS GONZÁLEZ, Nieves (2015): «Las infraestructuras de recarga y el despegue del vehículo eléctrico», *Observatorio Medioambiental*, 18, pp. 57-85. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5360351&orden=0&info=link>.
- MONTORO SÁNCHEZ, María Ángeles y ROMERO MARTÍNEZ, Ana María (2010): «El coche eléctrico como fuente de explotación de oportunidades emprendedoras», *Economía Industrial*, 377, pp. 86-94.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2023): *Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ROZAS, Patricio y SÁNCHEZ, Ricardo (2004): «Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual», *Serie. Recursos Naturales e Infraestructuras*, 75, pp. 1-75. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6441/1/S048642_es.pdf.

DEBATES

LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. VISIONES REGULATORIAS EN LAS CIUDADES DE SAN FRANCISCO, NUEVA YORK, LONDRES, BERLÍN Y AMSTERDAM^(*)

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO
Profesor titular de Derecho Administrativo (acred.)
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. SAN FRANCISCO: 1. Concepto de alquiler a corto plazo. 2. Obligaciones del propietario. 3. Procedimiento. 4. Plataformas de hospedaje.– III. NUEVA YORK: 1. Regulación del alquiler de corta duración. 2. Obligaciones de los propietarios y plataformas.– IV. LONDRES: 1. Regulación del uso a corto plazo. 2. Obligaciones de los propietarios y plataformas de reservas. 3. Alquiler de habitaciones. 4. Alquiler vacacional.– V. BERLÍN: 1. Zweckentfremdungsverbot-Gesetz (ZwVbG). 2. Procedimiento, infracciones y tasas. 3. Impacto en el alquiler vacacional de las medidas normativas adoptadas. 4. Perfiles de anfitriones y huéspedes en el ámbito del alojamiento turístico: Airbnb Berlín.– VI. ÁMSTERDAM: 1. Inicios regulatorios. 2. Figuras de alojamiento. 3. Alquiler vacacional. 4. Bed & Breakfast. 5. Memorándum de entendimiento (MOU) con Airbnb.– VII. CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El fenómeno de las viviendas de uso turístico ha generado en los últimos años un abundante tratamiento doctrinal en España desde diversos puntos de vista. No obstante, se aprecia la inexistencia de estudios que analicen dicha problemática más allá de nuestras fronteras. En un momento en el cual el alquiler vacacional se ha conectado con el ámbito urbanístico y con su incidencia en el mercado del alquiler residencial, resulta interesante acudir al ámbito internacional para dar cuenta de cómo se han enfrentado diversas ciudades a estas problemáticas. Para ello, se analizarán algunos casos, en concreto, los de San Francisco, Nueva York, Londres, Berlín y Ámsterdam.

Palabras clave: alquiler de corta duración; turismo; Airbnb; alojamiento turístico; alquiler vacacional.

ABSTRACT: The phenomenon of houses for tourist use has generated in recent years an abundant doctrinal treatment in Spain from various points of view. However, the lack of studies that analyse this problem beyond our borders is appreciated. At a time when vacation rentals have been connected to the urban sphere and with their impact on the

(*) Trabajo realizado en el grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23R (BOA núm. 80 de 28/04/2023).

residential rental market, it is interesting to go to the international arena to account for how various cities have faced these problems. To this end, various cases will be analysed, specifically those of San Francisco, New York, London, Berlin and Amsterdam.

Key words: short-term rental; tourism; Airbnb; tourist accommodation; vacation rental

I. INTRODUCCIÓN

En un momento de recuperación mundial del turismo tras la pandemia de la Covid-19, de nuevo el mercado inmobiliario mira hacia este sector con el objeto de rentabilizar sus propiedades. Durante los últimos años, sobre todo tras la eclosión de las plataformas de reservas online, el fenómeno del alquiler turístico ha vivido una auténtica revolución más cuando es sus inicios había un vacío legal al respecto ante la imposibilidad de que el arrendamiento de temporada pudiera comprender estas nuevas situaciones.

Lo que en principio sólo debía ser un problema turístico y competencial, dado su conflicto con otros alojamientos turísticos reglados, ha derivado hacia un conflicto urbanístico y de planeamiento, transitando de ser un quebradero de cabeza autonómico (por sus competencias en materia de turismo) a ser una problemática de la esfera local. En España tenemos diversos ejemplos de actuaciones con el objeto de restringir el auge del fenómeno de las viviendas de uso turístico (véase, Barcelona, Madrid, Bilbao, San Sebastián, etc.), y que han tenido que pasar por el filtro judicial con desigual resultado.

Con la aprobación de la nueva Ley de vivienda de 2023 ha aflorado otra problemática candente, si bien no se ha demostrado a ciencia cierta, y es el efecto de la expansión del alquiler vacacional en la reducción del mercado del alquiler residencial. Figuras como la turistificación de barrios; el aumento de los precios del alquiler residencial, como consecuencia de la decisión de los propietarios de optar por el destino turístico de la vivienda en vez de un alquiler residencial, etc. están presentes y son tratados a diario por medios de comunicación y sectores políticos.

El alquiler vacacional no es una cuestión que sólo ocurra en nuestro país, teniendo en cuenta que somos la segunda potencia mundial en la recepción de turistas extranjeros, si no que se da en casi todos los países del mundo que se abren al turismo. Ahora bien, el enfoque es distinto según se vea a este fenómeno como positivo o negativo según afecte a otros intereses (económicos, urbanísticos, sociales, etc.). Curiosamente, las ciudades españolas han regulado de manera tardía la proliferación de las viviendas de uso turístico si hacemos una comparativa mundial y es que, como veremos, urbes como San Francisco, Nueva York, Londres, Berlín o Ámsterdam ya disponían de medidas al respecto

desde tiempo atrás. Dichas medidas no necesariamente son restrictivas, en algunos casos incluso se faculta a que los propietarios puedan rentabilizar sus alojamientos, incluyendo aspectos temporales que ayuden a no desvirtuar la consideración de alojamiento residencial. Este es un aspecto interesante y es que en el panorama internacional lo que conocemos en España como vivienda de uso turístico, parte del hecho de que ante todo se trata de una vivienda con un uso residencial que, como algo excepcional, se le puede dar un uso turístico de manera temporal. A ello se suma que su tratamiento jurídico no se hace desde el punto de vista turístico, sino del planeamiento y la regulación de los usos de la vivienda, conectado con la figura del alquiler de corta duración.

II. SAN FRANCISCO

Sin duda, cuando se analiza el impacto del alquiler turístico es imprescindible acudir a la regulación existente en San Francisco, cuna de una de las plataformas P2P por excelencia como es Airbnb. Históricamente, el Ayuntamiento de esta ciudad se ha mostrado contrario a los alojamientos vacacionales en viviendas, si bien en los últimos años ha abierto las posibilidades a los mismos a través de interesantes cambios normativos (1).

Si antes del 2015, el Código de planificación de la ciudad (*City's Planning Code*) consideraba ilegales los alquileres vacacionales (alquiler a corto plazo), en febrero de 2015 se introduce una regulación que los faculta, eso sí, cumpliendo una serie de requisitos que analizaremos a continuación.

1. Concepto de alquiler a corto plazo

Lo primero a la hora de analizar el alquiler vacacional, es delimitar esta figura. En este sentido, nuestra figura española hay referirla al denominado *short-term rental* que se encuentra regulado en el Código Administrativo de San Francisco (*San Francisco Administrative Code Chapter*), en concreto en el capítulo 41^o (Conversión y demolición de unidades residenciales) donde se recoge la Ordenanza de conversión de unidad residencial (*Residential Unit Conversion Ordinance*). Su definición parte de dos aspectos. Uno es el referido a los condicionantes vinculados al propietario de la vivienda y otro es el temporal. Así, se establece que el alquiler de corta estancia con uso turístico es aquel en el cual una unidad residencial se ofrece para uso turístico o transitorio por parte del residente permanente de la misma, teniendo que ser éste una persona física y tener registrada la unidad residencial, además de mantener «una buena reputación en el Registro de Arriendos Residenciales

(1) Acerca de los avances regulatorios: Brotman (2020); Lin (2020) y Vrbo (2023).

a Corto Plazo del Departamento» (*Department's Short-Term Residential Rental Registry*). A todo lo anterior se une el aspecto temporal ya que el concepto «uso turístico o transitorio» (*Tourist or Transient Use*) se asocia a la ocupación de la vivienda por menos de 30 días de arrendamiento (2), añadiéndose además un periodo máximo de 90 noches al año en el cual se puede ceder la vivienda por motivos turísticos.

Como se comprueba, un aspecto fundamental del alquiler turístico es la situación residencial del propietario. Me refiero a que la norma exige cierto periodo de permanencia residencial en la misma. En concreto, la Ordenanza de conversión de unidad residencial establece que el residente permanente puede ofrecer su vivienda como alquiler residencial a corto plazo si reside en ella por no menos de 275 días del año en que se va a alquilar o si el residente permanente no ha alquilado ni ha sido propietario de la unidad residencial por el año calendario anterior completo, por no menos del 75% de los días que haya sido propietario o alquilado la unidad residencial. El periodo de tiempo de permanencia en la vivienda es crucial, ya que únicamente, como digo, se permite el ofrecimiento por un máximo de 90 días al año y estancias de menos de 30 noches. En el caso de que la cesión se produzca por más 31 días, pero menos de 364, nos encontramos con otra figura, en concreto, una ocupación de duración intermedia [*Intermediate Length Occupancies (ILOs)*].

2. Obligaciones del propietario

Como se ha comprado, un aspecto fundamental es el destino de la vivienda a residencia permanente del propietario, hecho que juega un papel determinante en el periodo en el que se puede ofertar de manera turística (3). Para ello, la norma exige llevar un registro durante dos años que demuestre una residencia efectiva en la vivienda y en el que se contabilicen los días por año que ha ocupado la unidad residencial y la cantidad de días por año calendario en que la unidad residencial ha sido alquilada como alquiler residencial a corto plazo.

(2) Al uso turístico se añade el uso transitorio que supone la ocupación por menos de 30 días de una unidad residencial arrendada o propiedad de una entidad comercial, ya sea a corto o largo plazo, incluida cualquier ocupación por parte de empleados o invitados de una entidad comercial por menos de 30 días cuando el pago de la unidad residencial sea contratado o pagado por la entidad comercial.

(3) Por otra parte, hay que tener en cuenta los alojamientos excluidos. En concreto, la norma establece que no se pueden destinar a alquiler a corto plazo un listado variado de propiedades. Como ejemplos, se puede aludir a contenedores; tipis; casas de árbol; camionetas; vehículos; dormitorios en garajes; oficinas comerciales; barcos o embarcaciones; almacenes; viviendas para estudiantes; dormitorios; propiedades ubicadas en Treasure Island, Fort Mason o The Presidio.

Además, hay otros elementos importantes a considerar y que debe cumplir el propietario, como el estar al corriente de las obligaciones tributarias; el mantener un seguro de responsabilidad por un importe mínimo de 500,000 \$, a no ser que la plataforma en donde se oferte el alojamiento ofrezca una cobertura igual o mayor; el inscribir la vivienda en el registro de arrendamientos residenciales de corto plazo (*Short-Term Residential Rental Registry*); el incluir el número de registro cuando se oferte la vivienda, por ejemplo, en plataformas p2p; también se debe contar y mantener un certificado de registro comercial válido (*business registration certificate*) y, para finalizar, ofrecer información dentro de la vivienda acerca de la ubicación de todos los extintores de incendios en la unidad y el edificio, válvulas de cierre de gas, salidas de incendios y alarmas contra incendios.

3. Procedimiento

El propietario que quiera destinar su vivienda a usos turísticos tiene que registrar su vivienda ante la Oficina de Alquileres a Corto Plazo (siglas en inglés, OSTR), teniendo en cuenta que el registro de la vivienda será para dos años, pudiéndose renovarse a instancia del interesado.

Tanto la solicitud inicial, como cualquier solicitud de renovación, deberán contener información suficiente para demostrar que la unidad residencial es la residencia principal del solicitante, que el solicitante es el residente permanente de la unidad y que tiene la cobertura de seguro y el certificado de registro comercial requeridos. De todos los documentos a aportar, el de la residencia principal es el que más se hace hincapié, teniéndose que presentar al menos dos de los siguientes para su prueba: registro de vehículos motorizados; permiso de conducir; registro de votantes; documentos fiscales que muestren la unidad residencial como la residencia principal del residente permanente para el propietario de la vivienda; documentación de pago de tasas o impuestos. Para la renovación, se deberá aportar información que demuestre que el solicitante es el residente permanente y ha ocupado la unidad durante al menos 275 días de cada uno de los dos años anteriores. Una vez que la OSTR determine que una solicitud está completa, la unidad se ingresará en el registro de alquiler residencial a corto plazo y se le asignará un número de registro individual. Además, en el aspecto económico, el propietario debe abonar una pequeña tasa de 50\$, tanto en la solicitud inicial, como en la renovación.

Hay que tener presente que en el caso de que la vivienda se encuentre en un distrito de zonificación RH-1(D) se aplican unos criterios adicionales. En este sentido, según el Código de planificación, art. 2 (sec. 209.1), los distritos RH-1(D): Unifamiliares (Viviendas Separadas), son barrios que se caracterizan por ser «lotes de mayor ancho y área que en otras partes de la ciudad, y por

casas unifamiliares con patios laterales. Las estructuras son relativamente grandes, pero rara vez superan los 35 pies de altura. El espacio abierto a nivel del suelo y el paisaje en la parte delantera y trasera suelen ser abundantes. Gran parte del desarrollo ha sido en extensiones considerables con similitudes de estilo de construcción y calles angostas siguiendo los contornos de las colinas». Así, cuando nos encontremos ante situación, la OSTR enviará un aviso por correo a cualquier asociación de propietarios que haya solicitado previamente dicho aviso y a cualquier propietario y ocupante dentro de los 300 pies de la propiedad. Con ello, se deja un periodo de 45 días para la presentación de alegaciones que deberán ser informadas y resueltas.

Para finalizar, otro aspecto ya comentado es el de la «reputación». Sobre este aspecto, la norma establece que el residente permanente debe presentar un documento trimestral a la OSTR (1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre de cada año) en el que conste la cantidad de días que se ha alquilado la vivienda como alquiler residencial a corto plazo.

4. Plataformas de hospedaje

El Código Administrativo de San Francisco (Ordenanza de conversión de unidad residencial) recoge también una serie de requisitos para las plataformas de alojamiento, hecho necesario si se quiere «controlar» la implantación de estos usos turísticos en la ciudad. Lo primero de todo es aclarar su concepto. En este sentido, la SEC. 41A.4. (*definitions*) determina que las plataformas de alojamiento (*Hosting Platform*) son «una persona o entidad que participa en el negocio de alquiler a corto plazo al proporcionar, cobrar o recibir una tarifa por los servicios de reserva a través de los cuales un propietario puede ofrecer una unidad residencial para uso turístico o transitorio».

En cuanto a las obligaciones marcadas con respecto a estas plataformas, la primera de ellas parte en el momento de ofertar la vivienda en la plataforma de hospedaje. Así, estas plataformas deben avisar de las obligaciones legales existentes a los usuarios que quieren registrar la vivienda, en concreto, de la regulación sobre el alquiler a corto plazo; los requisitos para la residencia permanente; el registro de la unidad ante el Departamento y las obligaciones tributarias.

Con todo ello, las plataformas están obligadas a verificar que cualquier vivienda que se ofrezca en alquiler a corto plazo a través de ellas esté registrada legalmente en la OSTR antes de que la plataforma pueda proporcionar o cobrar una tarifa por los servicios de reserva para esa unidad. Además, debe enviar una declaración jurada mensual a la OSTR, afirmando que ha llevado a cabo estas verificaciones sobre los anfitriones registrados; hecho que se completa con el de mantener un registro de al menos tres años para

cada uno de ellos en el que conste la información relativa a las transacciones realizadas y que se proporcionará a la OSTR si así lo solicita (4).

Las actuaciones sobre las plataformas deben completarse con la existencia de un documento denominado *short-term rental guidelines [implementing section 41a.5(g)(4)(c) of San Francisco's administrative code]* en el que se incluyen diferentes métodos para que las plataformas puedan verificar que los anfitriones (*hosts*) estén registrados legalmente. En este sentido, se establecen cuatro métodos. El primero de ellos es el que la plataforma pueda consultar una aplicación /interfaz de la OSTR para verificar que el *host* esté registrado legalmente [*Application Program Interface (API)*]; el segundo se asocia a que la plataforma requiera que los anfitriones ingresen su número de registro OSTR en un formulario obligatorio para posteriormente, cada mes, la plataforma proporcione una hoja de cálculo a la OSTR que contenga ciertos datos que permitirán al personal de OSTR auditar la plataforma para el cumplimiento (*STR registration number field & spreadsheet reconciliation*); el tercero pasa porque los *hosts* suban una imagen de su certificado de registro de alquiler de corta temporada (un documento emitido por OSTR a *hosts* registrados legalmente) y envíe una copia de esta imagen al personal de OSTR (*registration certificate upload*); por último, respecto al cuarto método, se deja la puerta abierta a procedimientos de común acuerdo entre la plataforma y el OSTR.

Para finalizar, un último aspecto relativo a las plataformas es el económico. Así, las plataformas de hospedaje pueden cobrar una tarifa por servicios de reserva cuando pueda confirmar que las viviendas se encuentren legalmente inscritos en el registro de alquileres de vivienda de corta duración en el momento en que se alquile la unidad residencial.

III. NUEVA YORK

Transitando a la costa este de los Estados Unidos, la ciudad de Nueva York también cuenta con una interesante regulación sobre los alquileres a corto plazo con fines turísticos y que centra especialmente el ofrecimiento de las viviendas en plataformas como Airbnb o Vrbo (5). El entramado normativo hay que referirlo a la denominada *Local Law 18*, también conocida como la *Short-*

(4) En concreto, se establecen como datos a incluir: el nombre del propietario o entidad comercial que ofreció una unidad residencial para uso turístico o transitorio; la dirección de la unidad residencial; las fechas para las que el turista o usuario de paso contrató el uso de la unidad residencial a través del servicio de reservas prestado por la plataforma de alojamiento; el número de registro de la unidad residencial.

(5) Acerca de los aspectos regulatorios y acciones de grandes plataformas; Jihwan (2022), Nieuwland (2020) y Hofmann (2019).

Term Rental Registration Law (Ley de Registro de Alquileres a Corto Plazo de la Ciudad de Nueva York), la cual está contenida en el Código Administrativo de la Ciudad de Nueva York (*New York City Administrative Code*), bajo los Capítulos 31 y 32 del Título 26 (viviendas y edificios).

1. Regulación del alquiler de corta duración

Como he señalado, para lo referido a los alquileres vacacionales en la ciudad de Nueva York, hay que tomar como referencia la *Local Law 18*, la cual fue aprobada el 9 de enero de 2022, completándose con unas normas de implementación que entraron en vigor el 6 de marzo de 2023.

Acudiendo a la regulación, lo primero que ha de destacarse es el hecho de que la norma requiere que los anfitriones se registren en la Oficina del Alcalde para procedimientos especiales (*Mayor's Office of Special Enforcement*, en siglas, OSE) antes de publicitar sus alojamientos en las plataformas. Ahora bien, ¿qué requisitos deben cumplir? En este sentido, hay un aspecto fundamental y es el temporal. Con ello, conviene especificar que la normativa prohíbe alquileres de 30 días o menos a menos que el residente permanente viva en el mismo espacio, pudiendo compartir la vivienda con hasta dos huéspedes a la vez.

Para entender el porqué de estas restricciones, hay que aludir a una norma también importante en la ciudad de Nueva York como es la Ley de viviendas múltiples del estado de Nueva York (*New York State Multiple Dwelling Law*, en siglas, MDL). Esta norma introdujo en 2010 importantes limitaciones al destino turístico de viviendas de particulares ante el auge del alquiler vacacional. Para ello, se revisó su sección 4, limitando el alquiler a corto plazo. Cabe decir que esta norma se aplica a edificios residenciales con tres o más unidades, excluyéndose a las viviendas unifamiliares o bifamiliares. Con ello, esta norma desarrolla el concepto de vivienda «clase A» a la que otorga los fines de residencia permanente, que consiste en la ocupación de una unidad de vivienda por la misma persona física o familia durante treinta días consecutivos o más. Con esta concepción se introdujo restricciones para la oferta turística de estas viviendas más cuando la MDL introduce la posibilidad de la «ocupación incidental y ocasional» por menos de 30 días consecutivos por personas que no sean los «ocupantes permanentes» por motivos personales y «no se pague una compensación monetaria a los ocupantes permanentes por tal ocupación.» Pues bien, con los recientes cambios normativos (*Local Law 18*), se ha abierto la puerta condicionada a que se puedan introducir huéspedes, siempre y cuando se reúnan una serie de requisitos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la tipología de la vivienda que a su vez se conecta con el aspecto temporal. Así, la norma distingue entre dos

tipologías de vivienda múltiple A y B. La de tipo A se asocia esencialmente a edificios residenciales multifamiliares (viviendas, dúplex, apartamentos, estudios, etc.), mientras que las de tipo B son ocupadas transitoriamente, como alojamiento temporal con o sin comidas (hoteles, casas de hospedaje, casas de huéspedes, casas de pensión, internados, casas de habitación amuebladas, alojamientos y otras viviendas diseñadas como viviendas privadas pero ocupadas por una o dos familias con cinco o más huéspedes transitorios, inquilinos, o inquilinos en una casa).

La diferencia entre tipologías es muy importante a la hora de delimitar qué es un alquiler a corto plazo (*Short-term rental*), figura que el capítulo 31 (§ 26-3101 Definitions) del título 26 del Código administrativo de la Ciudad de Nueva York define como un alquiler por menos de 30 días consecutivos de una unidad de vivienda dentro de una vivienda privada o vivienda múltiple de clase A, o en el caso de un edificio de uso mixto, el alquiler de una unidad de vivienda de clase A en el mismo durante menos de 30 días consecutivos. Con ello, la norma se centra en la regulación de esta situación y, como digo, nos encontramos ante situaciones de recepción de «invitados» y no el ofrecimiento de la vivienda completa sin el residente permanente en ella ya que éste debe estar presente durante la estadía de los huéspedes. Además, hay que hacer otra puntualización y es que la fecha del *check-in* es el día cero y no el día uno. Por lo tanto, un alquiler de 29 noches sería un alquiler a corto plazo y un alquiler de 30 noches contaría como ocupación permanente.

Por otra parte, hay que señalar que en la Ciudad de Nueva York existen más facilidades cuando se ofrece el hospedaje por 30 noches o más, ya que los anfitriones están exentos del intercambio de datos con base en la normativa de alquileres de corto plazo. También es importante señalar que los alquileres a corto plazo en unidades completas solo se permiten en viviendas múltiples «Clase B», que han sido aprobadas previamente para ocupaciones legales a corto plazo.

2. Obligaciones de los propietarios y plataformas

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, si se acude a la norma se puede encontrar que, la primera obligación para destinar una vivienda a estos fines turísticos (alquiler a corto plazo), es la necesaria inscripción del alojamiento en el registro. Para ello, esta inscripción la puede hacer tanto el propietario, como el inquilino, siempre y cuando no lo prohíba el contrato de alquiler. La inscripción se produce ante el OSE, otorgándose un número de registro que deberá incluido en cualquier anuncio en el que se oferte el alojamiento. Para la inscripción se debe rellenar un formulario y proporcionar

un conjunto de información, en concreto, el nombre legal completo (6); número de teléfono; dirección física completa donde se realizará el alquiler a corto plazo, incluida la calle número, nombre de la calle, código postal, distrito y número de unidad donde hay más de una unidad de vivienda en el edificio; dirección de correo electrónico; tipo de unidad de vivienda, cuando el solicitante la conozca (p. ej., vivienda unifamiliar, edificio, apartamento en un edificio de dos familias, apartamento en un edificio con más de tres unidades, condominio, apartamento en un edificio de cooperativa); número de individuos no emparentados por sangre, adopción, tutela legal, matrimonio o pareja de hecho que residan con el solicitante en la unidad; si el solicitante es inquilino o propietario de la unidad de vivienda (7).

Como parte del proceso de solicitud, también se requiere que el solicitante demuestre su ocupación permanente, proporcionando una copia de un documento que señale el nombre del solicitante y la dirección que el solicitante desea registrar. Como ejemplos probatorios se puede aludir a la factura de servicios públicos de los últimos 60 días (teléfono, gas, electricidad, internet o agua); correspondencia de cualquier agencia gubernamental que muestre la dirección de su casa; credencial de elector; declaración de seguridad social; extracto bancario fechado dentro de los últimos 60 días; documentación de registro de automóvil; declaración de la renta del último año natural; seguro o factura del seguro que muestre la dirección de la casa; correspondencia de la universidad o la escuela que muestre la dirección de la vivienda; nómina que incluya domicilio emitido por un empleador dentro de los últimos 60 días.

La inscripción conlleva, ya no sólo tener que abonar una tarifa (145\$), sino también el asumir un conjunto de obligaciones referidas a la prestación del servicio de alojamiento. En concreto, la norma (§ 26-3103 Requisitos de publicación y publicidad) exige que el anfitrión exhiba y mantenga de manera visible dentro de la vivienda, durante cada arrendamiento a corto plazo de esta, dos elementos. El primero de ellos es un diagrama que indique las rutas de salida normales y de emergencia de dicha unidad de vivienda;

(6) En el proceso de solicitud, el solicitante podrá demostrar su identidad, aportando copia de algunos de los siguientes documentos: licencia de conducir o identificación emitida por el estado; pasaporte de EE. UU o tarjeta de pasaporte de EE. UU.; identificación militar de EE. UU.; tarjeta de Residente Permanente o Tarjeta de Autorización de Empleo emitida por el Gobierno de los Estados Unidos; pasaporte extranjero o licencia de conducir.

(7) En el caso de que el solicitante sea un inquilino deberá proporcionar, además de la anterior documentación, el contrato de arrendamiento donde se describa el período de tenencia, la dirección de la unidad de vivienda, y los nombres y firmas de las partes en el contrato de arrendamiento. Si el solicitante no tiene un contrato de arrendamiento, se podrá aceptar otra documentación que establezca el período para el cual el solicitante tiene derecho legal a la ocupación o incluso una declaración responsable.

unidad y el edificio que contiene dicha unidad; y, el segundo, una copia del certificado de registro de alquiler a corto plazo para dicha unidad que incluirá el número de registro junto con un número de teléfono al que llamar en caso de una emergencia. Además, se debe mantener, durante al menos siete años después de dicho alquiler a corto plazo, un registro de cada alquiler a corto plazo (8).

Hay que decir que el periodo de registro es de cuatro años. En el caso de que el derecho del solicitante a ocupar la unidad de vivienda termine en menos de cuatro años, la fecha de vencimiento del registro será la fecha de finalización del período que el solicitante ha demostrado que tiene un derecho de habitabilidad; no obstante, el anfitrión registrado puede en cualquier momento durante el plazo de registro proporcionar prueba de que se ha ampliado el período del derecho de ocupación y con ello solicitar una prórroga. De igual manera, transcurrido el periodo de cuatro años, la inscripción se puede renovar presentando una solicitud, pudiéndose hacer este trámite en los 180 días previos al vencimiento del registro. Para ello, se tendrá que presentar solicitud, afirmando que la información proporcionada previamente sigue siendo verdadera y que se ha llevado el registro de cada alquiler a corto plazo. Además, tendrá que abonar de nuevo la cantidad de 145\$ anteriormente mencionada.

Para finalizar, también hay que destacar la existencia de una serie de elementos vinculados con los anuncios de estos alquileres en plataformas. En este sentido, se deben cruzar los datos previamente y para ello existe un sistema de verificación que facilita dicho cometido con el objeto comprobar que la vivienda cuenta con un número de registro válido y que los datos del anfitrión son correctos (nombre legal completo y dirección física de la unidad). Además, el servicio de reservas o plataforma deberá presentar a la Administración un informe mensual de cada transacción de alquiler a corto plazo procesada (9). Dicho informe será enviado electrónicamente a través de un portal accesible desde el sitio web de la Ciudad de Nueva York (en concreto, de la OSE). No obstante, la plataforma puede proporcionar los datos requeridos una vez por transacción o puede proporcionar los datos e indicar el número de transacciones procesadas.

(8) Como datos se tendrá que incluir el localizador utilizado para la reserva; fecha de inicio de la reserva; número total de noches que la unidad de vivienda o alojamiento en vivienda fue alquilada; número de personas alojadas por el alquiler a corto plazo; importe total del alquiler recibido por el anfitrión.

(9) Este informe deberá contener como información el localizador público y el número de confirmación único obtenido de la verificación electrónica.

IV. LONDRES

Cambiando de continente, otro ejemplo internacional de la incidencia del alquiler vacacional es Londres. A este respecto, encontramos diferentes medidas que articulan el ofrecimiento de una vivienda residencial con fines turísticos. Con ello me quiero referir a la existencia de distintas posibilidades, bien a través del uso de la vivienda por un corto periodo de tiempo (*temporary sleeping accommodation*), la oferta de habitaciones dentro de la vivienda o lo que conocemos como el alquiler vacacional (*Furnished holiday lettings*), figuras todas ellas que analizaremos a continuación.

1. Regulación del uso a corto plazo

Para conocer cómo se articula el ofrecimiento de viviendas residenciales con fines turísticos en la ciudad de Londres conviene acudir a la *Deregulation Act* de 2015, en concreto a sus secciones 44 y 45 que precisamente se centran en los aspectos regulatorios del «uso a corto plazo» (*Short-term use*) en la ciudad de Londres. En concreto, esta norma modifica otra, la *The Greater London Council (General Powers) Act* de 1973, que prohibía el uso de una propiedad como «alojamiento temporal para dormir» sin permiso de planificación de la autoridad de planificación local.

Acudiendo a la regulación, el concepto que en España conocemos como alquiler vacacional en la norma inglesa hay que referirlo al concepto *temporary sleeping accommodation*. En este sentido, la ley establece que en Londres una propiedad con uso residencial sólo puede utilizarse como «alojamiento temporal para dormir» (*temporary sleeping accommodation*) si se cumplen dos condiciones. En concreto, estas condiciones son que el número total de noches que una propiedad se utiliza como alojamiento temporal no sume más de 90 noches en un año calendario (del 1 de enero al 31 de diciembre); y que al menos una de las personas que proporcionan el alojamiento debe estar sujeta a pagar impuestos municipales en la propiedad donde se oferta el alojamiento a corto plazo de conformidad con la *Local Government Finance Act* de 1992 (10).

Como se comprueba, el periodo máximo de 90 días (*90 night rule*) es esencial para encuadrarse en este concepto de alojamiento ya que si el total acumulado de todos los alquileres a corto plazo de la propiedad supera las 90 noches en el mismo año se necesita un permiso de planificación (*planning permission*) (11). Debe tenerse en cuenta que la regulación de 2015 supone una excepción a lo indicado en la Ley del Consejo del Gran Londres (Poderes

(10) Vid. Hübscher. y Kallert (2023); Colomb y Moreira de Souza (2021).

(11) Acerca del procedimiento para su solicitud: City of London (2023).

Generales) de 1973 por la que se dice que el uso de unidades residenciales en Londres como alojamiento temporal para dormir es un cambio sustancial de uso que necesita un permiso de planificación a no ser que se cumplan los dos condicionantes anteriormente mencionados (12).

2. Obligaciones de los propietarios y plataformas de reservas

El hecho de ofrecer una vivienda residencial en modalidad de alojamiento temporal conlleva a su vez tener en cuenta el cumplimiento de otra serie de obligaciones más allá de las anteriormente descritas. Con ello me refiero a la existencia de normativa sectorial que afecta y a las que habrá que también atender. En concreto, UK Short Term Accommodation Association (2023) ha elaborado un listado de obligaciones legales entre las que incluye las referidas al cumplimiento de la normativa sobre seguridad contra incendios (Regulatory Reform (Fire Safety) Order October 2005); y el Reglamento de Seguridad (Instalación y Uso) de Gas de 1998 (Gas Safety (Installation and Use) Regulations 1998). A ello se suma el importante aspecto tributario por lo que los ingresos derivados deben ser declarados a efectos del impuesto sobre la renta.

Por lo que respecta a las plataformas de reservas, éstas deben informar sobre la regla de los 90 días cuando una persona quiere listar su alojamiento en alguna de ellas. No obstante, a diferencia de otras ciudades analizadas, no existe un intercambio de datos con la Administración, si bien las plataformas más importantes (Airbnb, Vrbo o TripAdvisor) suspenden los listados de viviendas que se han alquilado por más de 90 días. En este sentido, cabe recordar que en el caso de que se quiera exceder el periodo de los 90 días se necesita obtener un permiso de planificación para luego posteriormente completar, en el caso de Airbnb, el denominado formulario de exención del límite de noches (90-day limit exemption form) (13).

3. Alquiler de habitaciones

También en el contexto del alojamiento vacacional y ya para toda Inglaterra, hay que hacer referencia a la posibilidad de ofrecer habitaciones dentro de la residencia habitual del anfitrión. Esta figura está fuera del anteriormente explicado uso a corto plazo y ofrece mucha más libertad de actuación ya que las habitaciones privadas se pueden alquilar por un período ilimitado, siempre

(12) En lo que respecta a la necesidad del permiso de planificación conviene acudir a dos normas como son the London Plan 2021 y, más en concreto, the City of London Corporation Local Plan 2015 en donde su disposición denominada Policy DM 21.6 establece distintas prescripciones al respecto.

(13) Vid. Airbnb (2023).

que los propietarios estén presentes en el inmueble (14). Además, el alquiler de habitaciones incluso cuenta con un plan anual (*The Rent-a-Room Scheme*) que articula dicha actividad.

Acudiendo al Plan de 2023 (se actualiza todos los años), encontramos como punto de partida el hecho de que dicho Plan-Programa permite a los propietarios e inquilinos recibir ingresos de alquiler libres de impuestos si proporcionan alojamiento amueblado en su única vivienda o vivienda principal. Como requisitos se encuentran el que la habitación esté amueblada y se incluyen los supuestos de actividades turísticas como la gestión de una casa de huéspedes o *bed and breakfast* con la prestación de servicios como limpieza o comida. Es importante destacar los aspectos económicos de este programa, ya que permite la recepción de ingresos libres de impuestos si no se supera la cantidad de 7.500 libras en el año fiscal (ejercicio 2022-2023) (15).

4 Alquiler vacacional

Como se ha podido comprobar, en los anteriores apartados se ha analizado el destino turístico de la vivienda residencial, pero además de ello también se puede encontrar otra figura en Inglaterra como es el alquiler propiamente vacacional y con una finalidad empresarial (*Furnished holiday lettings*, en siglas, FHL). No se trata de una figura nueva ya que hay que su regulación hay que referirla en su origen a la *Finance Act* de 1984 y especialmente a la *Income Tax (Trading and Other Income) Act* de 2005 (arts. 322 y siguientes), si bien se han ido introduciendo diferentes cambios, especialmente con la *Finance Act* de 2011 que modificó los límites temporales que veremos a continuación.

Conviene señalar que lo relevante de esta modalidad es su tratamiento fiscal, ya que existen reglas fiscales especiales para los ingresos por alquiler de propiedades que califican como alquileres de vacaciones amueblados. Antes de nada, hay que precisar que este tipo de alquiler tiene que reunir tres condicionantes. El primero de ellos es que la propiedad debe estar disponible para alquiler vacacional comercial para huéspedes y turistas durante al menos 210 días (30 semanas) por año (16). Además, la propiedad debe alquilarse como alojamiento de vacaciones al público durante al menos 105 días (15 semanas) de los 210 días ha sido puesta a disposición. A lo anterior se añade otro aspecto y es que, si se alquila a la misma persona por más de

(14) Greater London Authority (2023) y Government Digital Service (2023).

(15) El año fiscal se entiende referido desde el 6 de abril de un año hasta el 5 de abril del siguiente.

(16) Además, lo curioso es que la ubicación de estas viviendas no centra en el Reino Unido, sino que también incluyen los casos de viviendas sitas en el Espacio Económico Europeo, además de Islandia, Liechtenstein y Noruega.

31 días (*letting of accommodation for a period of longer-term occupation*), no debe haber más de 155 días (22 semanas) de «ocupación prolongada» en ese año (17).

Estos requisitos tienen una serie de matizaciones como que el alquiler debe tener una contraprestación económica, por lo que no cuentan los días en los que se alquila la propiedad a amigos o familiares a tarifas cero o reducidas. Por otra parte, si no se alcanza la condición de ocupación de 105 días, existen dos opciones que pueden ser elegidas para compensar. La primera es optar por la elección promedio (*averaging election*) en la que, si se tiene más de una propiedad FHL, se puede promediar la tasa de ocupación en todas estas propiedades. La segunda es la elección del período de gracia (*period of grace election*), en el que, si la propiedad alcanza el umbral de ocupación en algunos años, pero no en otros, se puede solicitar un período de gracia (por un máximo de 2 años consecutivos).

V. BERLÍN

Una ciudad europea con gran incidencia en lo que a viviendas de uso turístico se refiere es Berlín. En este sentido, es muy interesante su tratamiento normativo a través de la *Zweckentfremdungsverbot-Gesetz (ZwVbG)*, norma de referencia en este aspecto. A continuación, se analizará su evolución y los requisitos para poder ofertar una vivienda a través de esta modalidad de alojamiento turístico, además del impacto de las medidas adoptadas en la expansión del alquiler turístico en esta ciudad.

1. *Zweckentfremdungsverbot-Gesetz (ZwVbG)*

El fenómeno del destino turístico de las viviendas de particulares también ha tenido un impacto importante en la ciudad de Berlín. Tal es así, que en el momento álgido de la «economía colaborativa», más en concreto, del «turismo colaborativo», se adoptaron diversas medidas legales para limitar la expansión descontrolada de este fenómeno. A este respecto, sin duda alguna conviene destacar la aprobación de una norma, la *Zweckentfremdungsverbot-Gesetz (ZwVbG)*, en su denominación completa *Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum*, de 29 de noviembre de 2013, que destaca ya por la significancia de su título y, por ende, traducción al español «Ley sobre la prohibición de la apropiación indebida del espacio habitable». Dicha norma ha tenido posteriores modificaciones, en concreto en 2016 y, posteriormente,

(17) Art. 325 de la *Income Tax (Trading and Other Income) Act* de 2005.

en abril de 2018, como parte de una enmienda, y más recientemente otra de septiembre de 2021 (18).

Como aspecto importante de esta norma, hay que señalar que incorporaba un periodo de transición de dos años asociado a la aprobación de otra norma (*Rechtsverordnung*) por parte del Senado de Berlín. Ello supuso que aquellas viviendas destinadas a uso turístico y que estaban ofertadas en plataformas como Airbnb, podían seguir funcionando durante este periodo. La *ZwVbG* debe conectarse con otra norma, en concreto la denominada *Zweckentfremdungsverbot-Verordnung (ZwVbVO)*, la cual incide en la prohibición de la apropiación indebida del espacio habitable. Dicha norma fue aprobada el 4 de marzo de 2014, entrando en vigor el 1 de mayo de ese año (19). Con ello, atendiendo al plazo indicado en la *ZwVbG*, es a partir del 1 de mayo de 2016 cuando entra plenamente en funcionamiento todo el entramado normativo de los alojamientos turísticos en viviendas.

Dejando a un lado los aspectos temporales y profundizando en el objeto de dicha norma, ésta, como se comprueba de su título, se centra en la protección del espacio habitable en la ciudad de Berlín por medio del establecimiento de restricciones centradas en el hecho de que el espacio habitable en el estado de Berlín o en distritos individuales sólo puede utilizarse para fines distintos a los residenciales con la aprobación de la oficina del distrito responsable (*Bezirksamt*). Concretamente, la Ley estipula que nos encontramos ante una «apropiación indebida» si el espacio habitable se utiliza para fines distintos al espacio habitable, en particular si el espacio habitable «se utiliza con fines de alquiler repetido medido por días o semanas como casa de vacaciones o alojamiento para extranjeros, en particular para el alquiler de locales comerciales o el establecimiento de lugares para dormir»; además, a lo anterior se suman otras situaciones como el de dar un propósito comercial o profesional; modificar estructuralmente o utilizar la vivienda de tal manera que ya no sea adecuado para fines residenciales; dejar vacante la vivienda por más de tres meses o su destrucción.

Debe tenerse en cuenta que la Ley exceptúa la consideración de apropiación indebida cuando el espacio habitable ya se estuviera utilizando como casa de vacaciones o para el alojamiento de extranjeros en el momento de entrada en vigor del ya indicado reglamento (el denominado, *ZwVbVO*), eso sí, únicamente durante un periodo de dos años después de la entrada en vigor por lo que se deberá notificar este destino a la oficina del distrito responsable (sección 2, párrafo 2, número 2).

(18) Acerca de la regulación en Berlín: Schäfer y Braun (2016); Dredge et. Al. (2016); Cox y Haar (2020); Duso et Al. (2020); Colomb y Moreira de Souza (2021); Hotrec (2022).

(19) Acerca de la incidencia del alquiler turístico en este periodo se puede destacar el artículo de Füller y Michel (2014).

Atendiendo al texto actualmente vigente, tras las modificaciones operadas en 2016, 2018 y 2021, hay un aspecto muy importante como es el del registro y autorizaciones de las viviendas residenciales destinadas a fines turísticos. En este sentido, la modificación de 2018 implementó el hecho de la obligación de proporcionar el número de registro en la publicidad de estas viviendas desde el 1 de agosto de 2018.

Como he señalado anteriormente, un aspecto interesante de esta norma es lo relativo al número de registro para oferta y publicidad de alojamiento vacacional. Atendiendo a la redacción tras la modificación de 2021 y los cambios ya introducidos en 2018, la oferta y publicidad mediante medios telemáticos debe ser notificada también a la oficina del distrito responsable, así como el apellido, nombre, dirección, fecha de nacimiento de la persona con derecho a disponer o utilizar el inmueble (caso extensible a personas jurídicas); la ubicación exacta del apartamento; su uso como residencia principal o secundaria y el canal de distribución utilizado o previsto para la cesión de uso. Con ello, la oficina del distrito responsable asigna su propio número de registro a cada apartamento, que debe indicarse claramente al ofrecer y anunciar el uso del espacio habitable para un propósito diferente al de residencia.

De todo ello, se extrae que, en la oferta de estos alojamientos, ya sea mediante medios telemáticos, impresos u otro medio de publicidad, debe indicarse toda la información al respecto, ya no sólo del alojamiento (ubicación exacta), sino también el nombre completo y la dirección del anunciante. En el caso de que fuera una persona jurídica, ocurre lo mismo, es decir, deberá indicarse, además de la ubicación exacta del alojamiento, su nombre, el domicilio en el que esté establecida, su forma jurídica y sus representantes autorizados o el número de registro mercantil. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, aunque el número de registro asignado al alojamiento deberá estar claramente visible cuando se ofrezca y anuncie el alojamiento, no hay obligación de informar y proporcionar un número de registro si la ubicación exacta del alojamiento y el nombre completo y la dirección del proveedor o anunciante están claramente indicados, señalándose además que la obligación de indicar la ubicación exacta del alojamiento no se aplica al alquiler de habitaciones individuales, en particular habitaciones de hotel.

Otro aspecto muy importante de la ZwVbG, es la necesidad o no de permiso cuando un propietario quiere destinar su vivienda a usos turísticos. A este respecto, es importante señalar que, de conformidad con la sección 2, párrafo 2, número 5, en combinación con la sección 5, párrafo 6 de la ZwVbG, la residencia habitual puede ser utilizada por aquellos con derecho a disponer de ella para fines distintos de los residenciales, pero si predomina el uso como espacio habitable. Con ello, se pueden ofrecer habitaciones privadas siempre que esta área sea inferior al 50% del tamaño total de su residencia (máximo

del 49 por ciento del espacio habitable). Si bien, la ZwVbG no requiere un permiso para el ofrecimiento de habitaciones dentro de la residencia habitual, cuando se respeten estos porcentajes, sí que es necesario cursar una notificación al distrito correspondiente para obtener gratuitamente un número de registro de la respectiva oficina distrital (*Anzeige einer genehmigungsfreien zweckfremden Nutzung von maximal 49% der Wohnfläche meiner Berliner Hauptwohnung zur Erlangung einer Registriernummer*), todo ello de conformidad con la Sección 2 (2) número. 5 en conjunto con la Sección 5a (1) de la ZwVbG.

Más problemático resulta el ofrecimiento de la vivienda completa, ya que hay que diferenciar entre si se trata de la vivienda habitual o una segunda residencia. En el primer caso, la Ley permite que los particulares puedan alquilar su residencia principal a corto plazo, aún más, no se especifica cuántos días alguien puede alquilar «turísticamente» su residencia principal, siempre y cuando no se altere el carácter de la residencia principal como resultado de este alquiler temporal. También cabe señalar que los propietarios deben tener un permiso para alquilar una residencia completa a corto plazo, el cual se solicita en la oficina de su distrito y con ello se obtiene un número de registro, que se adjunta a su permiso y que debe indicarse en la publicidad u ofrecimiento, por ejemplo, en plataformas como Airbnb (véase sección 3 párrafo 3 Número 2 y 3 de la ZwVbG). También es importante señalar el hecho de que si un arrendatario de la vivienda decide destinarla a usos turísticos deberá contar con el permiso del propietario.

En el caso de alquiler de segunda residencia, la situación cambia porque se debe obtener también un permiso en la oficina del distrito, con la introducción, eso sí, de un límite temporal. Es decir, sólo se permite alquilar una segunda residencia hasta 90 días al año, añadiéndose también las obligaciones de registro. Así, esta vivienda podrá por ofertarse por días o semanas con un máximo, repito, de 90 días al año.

Para finalizar, en el análisis de la ZwVbG, también hay que tener presentes las regulaciones de implementación. En concreto, la sección 8 de la ZwVbG señala la posibilidad de que la administración del Senado encargada del ámbito de vivienda pueda emitir las normas necesarias para la aplicación de la Ley, las cuales proporcionan a los distritos gran ayuda para implementar de manera más uniforme los preceptos de la norma. A este respecto, se puede identificar la aprobación de una primera enmienda el 4 de agosto de 2016 y una segunda de 25 de febrero de 2019, que entró en vigor el 15 de marzo de ese año y que reemplaza a la anterior [*Zweite Änderung der Ausführungsvorschriften über das Verbot der Zweckenfremdung von Wohnraum* (2. Änderung AV – ZwVbG)]. Profundizando en ellas, por ejemplo, se establece la obligación de registro para todos los proveedores de alojamiento de vacaciones en Berlín. Esta situación conlleva a que se debe indicar públi-

camente el número de registro en cada anuncio/cada oferta y se obliga a que los portales de Internet y los medios impresos a que publiquen anuncios con dicho número.

2. Procedimiento, infracciones y tasas

Por lo que respecta al procedimiento que debe seguir el propietario que quiere destinar turísticamente su vivienda, se deben cursar una serie de documentos ante el distrito correspondiente que parten de la solicitud de aprobación para el alquiler temporal de un apartamento de vacaciones y asignación de un número de registro para la vivienda principal o secundaria en su caso. Para ello, se debe aportar un documento que justifique la propiedad (extracto actual del registro de la propiedad). También es posible que el arrendador curse esta solicitud, para cual tendrá que aportar prueba de alquiler (contrato de alquiler o subarrendamiento válido), certificado de registro y declaración de consentimiento del arrendador.

Cabe señalar que no cabe el trámite online, por lo que la solicitud debe ser por escrito. Teniendo en cuenta este hecho, una vez cursada la solicitud, la Administración envía por correo un acuse de recibo con un número de registro a la dirección especificada, siendo este el que se deba indicar en la oferta que se realice través de plataformas de internet. Entre estos formularios se encuentra la notificación de un uso indebido sin permiso de un máximo del 49% del espacio habitable de la vivienda habitual que, como ya he señalado anteriormente, se debe cursar para poder ofertar la vivienda cumpliendo los requisitos de publicidad y número de registro ya que, si no se hace, se puede incurrir en una infracción administrativa que puede conllevar una sanción de hasta 250.000 euros (sección 7 párrafo 1 número 6 de la ZwVbG).

Otro documento relevante es el referido a la solicitud de permiso para el alquiler temporal vacacional de la residencia principal o de una vivienda secundaria y con ello la solicitud también del número de registro de conformidad con la ya indicada sección 3 párrafo 3 número 2 y 3 de la ZwVbG. Su tramitación es indispensable para la oferta vacacional de la vivienda en cuestión ya que nos encontraríamos ante una situación de «apropiación indebida del espacio habitable» (sección 2 párrafo 1 ZwVbG) y con ello una acción constitutiva de infracción administrativa sancionable con multa de hasta 500.000 euros (sección 7 párrafo 1, número 1 de la ZwVbG). En el caso de que nos encontráramos ante la oferta de alojamiento que no se respete los porcentajes máximos del 49% del espacio habitable de la vivienda habitual se puede imponer una multa de hasta 100.000 euros. Por otra parte, en estos trámites hay que tener en cuenta que estos permisos están sujetos a la aplicación de una tasa que se cifra en 100 euros para el caso de la viviendas principales y

150 euros para las secundarias, no aplicándose otra tasa para la obtención del número de registro.

Como ya he señalado anteriormente, las autoridades competentes para el trámite de autorización y/u otorgamiento de número de registro son las oficinas de vivienda del correspondiente distrito (*Bezirksamt*) en donde se sitúa la vivienda en cuestión. En Berlín existen 12 oficinas de distrito (20).

3. Impacto en el alquiler vacacional de las medidas normativas adoptadas

Atendiendo a las medidas normativas establecidas en Berlín para controlar el auge del alquiler turístico, una duda que surge al respecto es el conocer cuál ha sido su impacto y cómo ha afectado al número de viviendas que se ofertan en plataformas como Airbnb.

Según los estudios existentes al respecto, se puede extraer el hecho de que justo antes de que acabara el periodo de transición dado por la ZwVbG (1 de mayo de 2016), Airbnb fue testigo de una caída del 40% en el número total de listados entre marzo y mayo de 2016, aunque el número ha ido aumentando desde entonces (gráfico 1) (21). Si observamos dicho gráfico, en los diez meses previos a enero de 2016, se produce un aumento del 68% en el número de viviendas listadas en Airbnb, con una cifra de cerca de 20.000 alojamientos listados al final de este período. No obstante, el despliegue de efectos de la ZwVbG, tras el periodo de transición de dos años, hizo que, a partir de marzo de 2016, muchos usuarios eliminan la oferta de su vivienda en la plataforma como medida preventiva, lo que conllevó la caída en la oferta anteriormente mencionada del 40% al pasar a cerca de 11.000 viviendas listadas. Algunos autores tienden a pensar que esta situación fue como consecuencia del miedo de los propietarios a incurrir en una infracción con la correspondiente sanción que conllevaba el no asumir los preceptos de la ZwVbG. Esta situación fue especialmente relevante en lo que respecta a la oferta de viviendas enteras (22) (23).

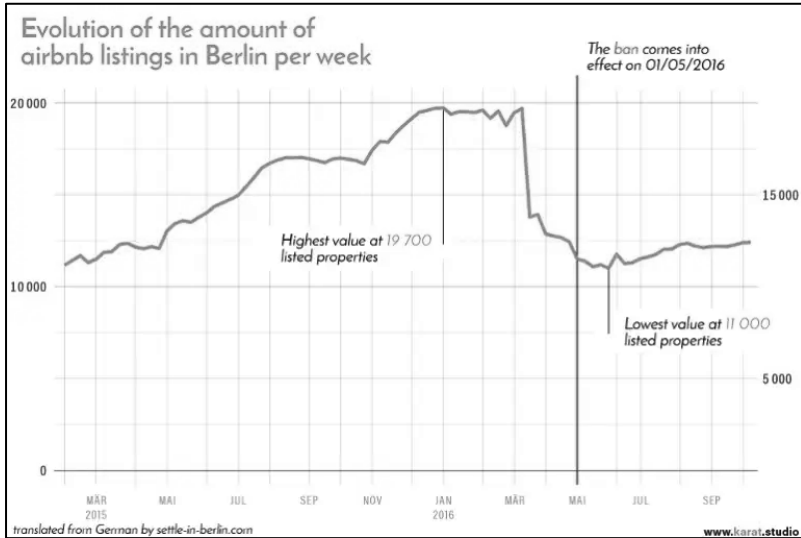
(20) Bezirksamt Charlottenburg – Wilmersdorf; Bezirksamt Friedrichshain – Kreuzberg; Bezirksamt Lichtenberg; Bezirksamt Marzahn – Hellersdorf; Bezirksamt Mitte; Bezirksamt Neukölln; Bezirksamt Pankow; Bezirksamt Reinickendorf; Bezirksamt Spandau; Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf; Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg; Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg.

(21) Véase, Colomb y Moreira de Souza (2021); O’sullivan (2016); Cox y Haar (2020).

(22) Véase, el estudio de Settle-in-berlin.com (2022).

(23) A este respecto, Duso et al. (2020) establece una reducción de ocho a diez listados por km² en promedio.

Gráfico 1. Evolución de listados en Airbnb marzo 2015 a septiembre de 2016



Fuente: SETTLE-IN-BERLIN.COM (2022).

Desde la fecha clave de 1 de mayo de 2016, la tendencia en cuanto a los listados de viviendas no ha sido decreciente, sino todo lo contrario; aumentándose su número en los meses posteriores a 12.400 viviendas (octubre de 2016). Realmente, la pregunta que habría que hacerse es si estas medidas normativas tuvieron un impacto real. Del conjunto de estudios existentes, se extrae que el temor inicial de muchos propietarios fue superado rápidamente. Se dice que se trataba más de un impacto psicológico que de operatividad, dado el cierto margen de maniobra existente para que los propietarios puedan ofertar su vivienda, ya sea de manera completa o por habitaciones. A todo ello se suma, el clásico problema, existente también en España, del control, inspección y apertura del correspondiente expediente sancionador, siendo escasas las sanciones que se aplicaron en ese periodo, lo que todavía empujó a que de nuevo muchos propietarios volvieran a listar sus viviendas (24). Cabe decir, por ejemplo, que, en 2016, en Airbnb se podía encontrar listado el 7% del total de todas las viviendas de algunos barrios de Berlín (1 de cada 15 alojamientos) (25).

(24) Es interesante destacar el artículo de O'sullivan (2016) en el se detalla el impacto entre los propietarios de las medidas legales adoptadas, además de las afecciones en la población ante el avance el alquiler turístico en la ciudad.

(25) Vid. Cox y haar (2020. P. 42).

La modificación de agosto de 2018 y con ello la obligación de introducir el número de registro en los anuncios publicitados en plataformas, conllevó de nuevo otro descenso, si bien los estudios inciden que los efectos fueron mayores en los alquileres a corto plazo (26). No obstante, también hay que tener en cuenta cómo se involucró Airbnb respecto a los alojamientos que no contaban con el número de registro o eran ilegales. A este respecto, COX y HAAR (2020. p. 42) señalan que, desde mayo de 2016 a mayo de 2018, las plataformas rechazaron eliminar viviendas que no cumplían los requisitos legales marcados por la ZwVbG. Estos autores profundizan en esta situación y señalan que finalizado el periodo de transición en mayo de 2016, se esperaba que las plataformas tuvieran una conducta activa en el sentido de retirar los alojamientos ilegales, cosa que no sucedió. La reducción se debió, como ya se ha indicado anteriormente, más por el temor de los propietarios, que por acción de Airbnb. Así, de los datos aportados por estos autores, de las 10.690 viviendas listadas previas a mayo de 2016, pasaron a 7.054 (reducción del 34%); ahora bien, la tendencia posterior fue creciente, identificándose en junio de 2017, 10.697 viviendas listadas, más que antes de la entrada en vigor de las restricciones legales.

También es muy relevante la situación que se vive en la actualidad. Si bien desde agosto de 2018 se exige que las viviendas tengan número de registro y éste conste en los anuncios de las plataformas, se da el hecho también apuntado por COX y HAAR (2020. p. 44) que desde 2018 sólo se han entregado 5.300 números de registro, hecho que choca con el hecho de que en febrero de 2020 hubiera 12.837 viviendas completas listadas, estimándose que cerca del 80% de los alojamientos disponibles en Airbnb son ilegales. Además de todo ello, hay que señalar diferentes problemáticas latentes. La primera es la dificultad de verificación del periodo límite de 90 días para la oferta de viviendas completas secundarias, pero sobre todo es la negativa de retirar la oferta ilegal por parte de las plataformas y de ofrecer datos de los anfitriones, aún a pesar de la obligación marcada por la ZwVbG, aludiendo a que Airbnb se basa en la Ley de protección de datos irlandesa (27).

Acudiendo a los datos actuales de la plataforma Airbnb a través de la web InsideAirbnb (2022), se puede encontrar a junio de 2022 que en Berlín hay 16.416 alojamientos turísticos de los cuales 9.685 (59.0%) son casas o apartamentos enteros; 6.395 (39.0%) habitaciones y 185 habitaciones compartidas (1.1%); además, de identificarse 151 habitaciones de hotel en dicha plataforma. Estas cifras hay que completarlas con su legalidad, señalándose

(26) Vid. Duso et al. (2020: p. 42) y Colomb y Moreira de Souza (2021: p. 47).

(27) Vid. Cox y Haar (2020. P. 44). En este sentido, los autores señalan la pasividad de la administración ante la negativa de las plataformas, además del escaso control acerca de la legalidad de los alojamientos.

que únicamente el 69,6% de los alojamientos anunciados en la web cuentan con la licencia o autorización correspondiente. Estos datos distan de los que se pueden obtener de años precedentes. En este sentido, en noviembre de 2018, InsideAirbnb estimaba en 22.552 los alojamientos listados en Airbnb, siendo en diciembre de 2021 de 17.290. A ello hay que sumar el hecho de que Airbnb (2016) señalaba que en 2015 había 20.200 anfitriones dados de alta en su plataforma.

VI. ÁMSTERDAM

El último caso de análisis en el presente estudio se focaliza en la Ciudad de Ámsterdam. Como se verá a continuación, destaca la diferencia de enfoque entre la oferta de la vivienda residencial completa para fines turísticos y el ofrecimiento de habitaciones, hecho este último que se interconecta con la figura del *bed and breakfast*. Aparte de ello los acuerdos del Ayuntamiento con plataformas como Airbnb es otro aspecto destacable de la regulación que puede ser interesante de incorporar al caso español.

1. Inicios regulatorios

La regulación del alquiler turístico en la ciudad de Ámsterdam se remonta a junio de 2013, cuando aparece un primer documento a raíz del auge, al igual que en otras ciudades europeas, del alojamiento turístico en viviendas particulares. Para ello, se elabora un memorándum (*Toeristische verhuur van woningen («vakantieverhuur») in Amsterdam*) en el cual se perfilan las líneas maestras de la política a seguir al respecto, pero con la idea del beneficio que puede traer consigo esta nueva tipología de alojamiento. En concreto se decía que el alquiler vacacional podía garantizar un mejor aprovechamiento del parque de viviendas, además de dinamizar el turismo y la economía. Además, en él también se trataba otro aspecto importante y es el de resolver una duda importante como era si el alquiler vacacional es un alquiler comercial o si se trataba de un arrendamiento incidental. En este sentido, el Ayuntamiento adoptó como pauta el que, si no superaba el total de tres meses al año, era un arrendamiento ocasional y, con ello, se permitía (28).

Este primer documento, es la base para otro de 2014 en el que se profundiza más en el aspecto regulatorio del alquiler vacacional y se incorporan ciertos criterios al respecto. En concreto, este memorándum se adopta por

(28) En este sentido, la visión acerca del alquiler turístico era positiva, tal y como muestra el tribunal de cuentas del área metropolitana de Ámsterdam (Rekenkamer Metropool Amsterdam, 2019).

Decisión del Consejo del Municipio de Amsterdam y lleva por título *Ruimte voor gasten, een uitwerking van de notitie toeristische verhuur van woningen (vakantieverhuur)*.

En él, como señala la REKENKAMER METROPOOL AMSTERDAM (2019), se establece un conjunto de elementos para permitir el alquiler turístico. En concreto, como reglas, además de la ya relativa de encontrarnos ante un alquiler incidental, se incorporan el que el propietario tenga la residencia principal en la vivienda y se encuentre empadronado; que no se alquile a más de cuatro personas; que abone se abone el impuesto turístico; que la vivienda cumpla con los requisitos de seguridad contra incendios; y, por último, que no se causen molestias. Un aspecto importante por destacar es la restricción introducida en 2014 a lo que se denomina alquiler ocasional (*incidentele verhuur*). Como se recordará, en 2013 se indicaba que, si se sobrepasaba el periodo de 3 meses, ya se debía considerar el encontrarnos ante un alquiler comercial (*bedrijfsmatige verhuur*). Pues bien, en 2014 se recorta este periodo de tiempo y se limita a dos meses. Este aspecto es importante, ya que se pretende vincular el alquiler vacacional con un arrendamiento incidental u ocasional de la vivienda.

En 2016 se produce otro hecho destacable en la evolución regulatoria del alquiler turístico en la ciudad de Ámsterdam. En este año se realiza la primera evaluación de la política de alquiler vacacional (*erste evaluatie vakantieverhuurbeleid*) que toma como referencia su situación desde 2014. Su objeto principal fue el análisis de las medidas adoptadas y, sobre todo, el evaluar la conveniencia de reducir el tiempo de alquiler máximo. No obstante, tras esta evaluación, se optó por no bajar el máximo de 60 días a 30 días ya que esto podría suponer un riesgo legal para la aplicación de la política de alquiler vacacional (29).

La consolidación del alquiler turístico como una opción más dentro del alojamiento turístico conllevó también el que se produjera una modificación del Reglamento de Vivienda de 2016, que entró en vigor en octubre de 2017, en el que se incorporan elementos que, como veremos, marcan las líneas generales de la regulación del alquiler turístico en esta ciudad como que el anfitrión fije su residencia principal en la vivienda y esté empadronado en ella; que los alquileres vacacionales tengan lugar por un máximo de 60 días al año; el que no se pueda alojar a más de cuatro personas por noche; o que cada vez que se inicie el uso para alquiler vacacional, se comunique este hecho de manera electrónica a la Administración.

Este Reglamento de vivienda ha sido modificado posteriormente. En especial, destaca la modificación que entró en vigor en enero de 2019 por la que, esta

(29) *vid.* Gemeente amsterdam (2016). Decisión del concejo municipal a propuesta del ejecutivo municipal de noviembre de 2016.

vez sí, se produce otra reducción del periodo máximo de ofrecimiento, fijándose finalmente en 30 días. Al año siguiente se produce una nueva modificación, siendo la regulación que se analizará posteriormente (Reglamento de Vivienda de 2020), recogiendo todos estos elementos y poniéndose en consonancia con la Ley Nacional de Vivienda (*Landelijke Huisvestingswet*) en el que se fortalece el posicionamiento de los municipios respecto al alquiler turístico con la obligación del otorgamiento de permiso/autorización previa para esta actividad.

2. Figuras de alojamiento

Previamente a estructurar la regulación actual del alquiler turístico, es importante delimitar con claridad las distintas tipologías de alojamiento que nos podemos encontrar en Ámsterdam, señalándose la necesidad de distinguir la figura del alquiler de vacaciones y los *Bed & Breakfast* (cuadro 1).

Cuadro 1. Tipologías de alojamiento

Forma y de alquiler turístico	Descripción global
Hoteles	Se requiere permiso. Alquiler todo el año sin estancia mínima y máxima. Sin destino residencial.
Corta estancia	Se requiere permiso. Alquiler todo el año con estancia mínima y máxima. Sin destino residencial.
<i>Bed & Breakfast</i>	Se requiere permiso. Alquiler todo el año sin estancia mínima y máxima. Destino residencial. Como máximo el 40% de la vivienda podrá ser alquilada por el ocupante principal.
Alquiler de vacaciones	Se requiere permiso. Duración máxima de la estancia. Destino residencial, La vivienda sólo podrá ser alquilada por el ocupante principal por un máximo de 30 días por año natural.

Fuente: REKENKAMER METROPOOL AMSTERDAM (2019)

Con ello, la diferencia principal entre estas dos tipologías de alojamiento es que con el alquiler vacacional se alquila toda la vivienda, no estando en ella el residente cuando están los huéspedes. Por el contrario, se trata de un *Bed & Breakfast* en el caso de alquilar una habitación o parte de la casa, estando durante la estancia de los huéspedes. A ello, dejando a un lado a los hoteles, se suma otra modalidad como es el alquiler de corta estancia que se separa de la concepción del hecho turístico ya que va destinado a proporcionar alojamiento suficiente a empleados, en concreto, esta modalidad se destina a estructurar un ámbito de residencia temporal de expatriados e internacionales que van a Ámsterdam temporalmente por trabajo, por lo que no se destina a alojar turistas.

3. Alquiler vacacional

Actualmente, el entramado regulatorio del alquiler vacacional se encuentra en el denominado Reglamento de Vivienda de Ámsterdam de 2020 (*Huisvestingsverordening Amsterdam 2020*) y en el documento de desarrollo o explicativo (*Toelichting Huisvestingsverordening Amsterdam 2020*). Del Reglamento se pueden extraer dos elementos importantes. Uno es la necesidad de obtener un permiso por parte del Ayuntamiento y, otro, es la obligación de registro y cumplimiento de una serie de obligaciones asociadas.

Previamente, al desarrollo de estos aspectos, es interesante acudir a la definición que se hace en la norma sobre el alquiler vacacional (*vakantieverhuur*). Así, éste es definido como el hecho de proporcionar un espacio de vivienda independiente mediante pago durante la ausencia del residente (art. 1. ff.). A esta definición, se le deben sumar dos aspectos importantes. El primero viene referido al hecho temporal y es que está prohibido utilizar un espacio habitable para alquiler vacacional durante más de treinta noches por año natural (art. 3.7.3.1). El segundo, es que el alquiler vacacional requiere de autorización (art. 3.7.4) y necesidad de registro. Sobre este último aspecto, el art. 3.7.2 señala la obligación de registro de estos alojamientos lo que conlleva el que esté prohibido su ofrecimiento sin indicar el número de registro correspondiente.

Por lo que respecta a la obtención de autorización o permiso, éste se tramita a través de la web municipal. El permiso es temporal y válido hasta el 1 de abril del año natural siguiente, independientemente de la fecha de solicitud. Además, hay que abonar una tasa que en 2022 se fija en 46,50 euros (30). Como condiciones para su obtención, se puede destacar que la vivienda o casa flotante (hay, como se ve, dos modalidades) debe ser la residencia principal del solicitante y estar empadronado en ella, es decir, estar registrado en la base de datos de registros personales municipales (BRP) del municipio de Ámsterdam (*Basisregistratie Persoonsgegevens*) (artículos 3.8.4 y 3.8.7). Por otra parte, la solicitud puede ser denegada si el solicitante ya tiene un permiso para un B&B; si el alojamiento es propiedad de una asociación de viviendas; si la licencia se retiró en los últimos cinco años o se produjeron anteriormente conductas antisociales en el espacio habitable (artículo 3.9.1). En cuanto a este último aspecto, cuando se habla de conductas antisociales, se trata de una molestia demostrable y basada en hechos y circunstancias objetivas de los cuales los vecinos fueron informados previamente de la molestia por los denunciantes, además de por el Ayuntamiento, y ello no llevó a que cesara la molestia (art. 3.9.5).

(30) En concreto, Gemeente Amsterdam (2022).

Una vez obtenido el permiso, el propietario debe cumplir toda una serie de reglas entre las que se encuentra el hecho temporal, es decir, el ofrecimiento de la vivienda o casa flotante por un máximo de 30 noches por año y un máximo de 4 personas a la vez, no permitiéndose alquilar espacios fuera de la vivienda (véase, por ejemplo, carpas o botes). Además, cada período de alquiler vacacional debe ser informado al municipio con anticipación (antes de que se alojen), no debiendo causar los huéspedes ninguna molestia. En cuanto a este último aspecto, se incide en el hecho de que el anfitrión informe acerca de la normativa local residuos domésticos (31).

Para finalizar, hay tres aspectos a tener más en cuenta como son el régimen sancionador, el impuesto turístico y la denominada licencia ambiental sobre seguridad contra incendios de edificios (*omgevingsvergunning Bouwwerk brandveilig*), último hecho que no profundizaré, señalándose únicamente la necesidad de cursar la misma como elemento imprescindible para destinar la vivienda a alojamiento turístico.

En cuanto al régimen sancionador, el Reglamento de Vivienda de Ámsterdam de 2020 recoge un listado de infracciones con su correspondiente posible sanción (cuadro 2). Como se comprueba, las cifras son más que significativas considerándose el alquiler vacacional sin ocupación real como infracción grave de habitabilidad por afectación al parque de viviendas y calidad de vida. Por otra parte, el régimen sancionador distingue entre «violaciones de viabilidad» sobrepasar el número máximo de huéspedes permitidos, alquilar más noches de las permitidas o que un residente duerma en el *Bed & Breakfast* cuando hay turistas (con multa de 11.600 €); e infracciones administrativas, como alquilar sin permiso, alquilar sin estar registrado en la dirección, no informar de los huéspedes con anticipación o no mencionar su número de registro en el anuncio (multa de 8.700 euros). Del mismo modo conviene señalar que si se producen varias infracciones a la vez, siempre se sumará la de mayor multa hasta un máximo de 21.750 € como se comprueba en el cuadro 3; además, si hay varios propietarios de una vivienda, la multa se divide a prorrata de la cuota de propiedad por propietario en caso de infracción.

(31) En este sentido, se indica la posible imposición de sanciones al respecto. En concreto, el no cumplir las reglas para el vertido de residuos domésticos puede conllevar una sanción de 140 euros. A ello hay que sumar la punición de algunas conductas como orinar en público (140 €); beber en público (95 €) o causar demasiado ruido en la calle (140 €).

Cuadro 2. Régimen sancionador del alquiler turístico en Ámsterdam

Alquiler vacacional sin ocupación real	21.750 €
Número de noches excedido	11.660 €
Exceso de número de personas	11.600 €
Alquiler de vacaciones en una casa de alquiler social	11.600 €
Oferta de alojamiento en alquiler vacacional sin número de registro	8.700 €
Alquiler de vacaciones sin permiso	8.700 €
Alquiler vacacional sin previo aviso electrónico	8.700 €
Alquiler de vacaciones sin registro BRP	8.700 €

Fuente: elaboración propia a través de GEMEENTE AMSTERDAM (2022b).

Cuadro 3. Concurrencia de infracciones y cuantía de la sanción

Infracción grave + otras infracciones = 21.750 €
infracción de habitabilidad + otra infracción de habitabilidad = 21.750 €
Infracción de viabilidad + otra infracción administrativa = 11.600 € + 2.900 € por infracción administrativa
Infracción administrativa + otra infracción administrativa = 8.700 € + 2.900 € por infracción administrativa

Fuente: elaboración propia a través de GEMEENTE AMSTERDAM (2022b).

Otro aspecto para tener en cuenta es el relativo al impuesto turístico. En este sentido, los anfitriones de las viviendas deben pagar el impuesto turístico si ofrecen pernoctaciones a turistas en Ámsterdam a cambio de dinero. Para ello, deben hacer una declaración anual. No obstante, a partir de 2019, si la vivienda en cuestión se oferta a través de una plataforma (véase Airbnb o Vrbo), es ella la que paga el impuesto en nombre del anfitrión. Como se comprueba en el cuadro 4, en el caso del alquiler turístico este impuesto supone el 10 por ciento de la facturación total de las pernoctaciones, indicándose que sobre las cancelaciones no se paga impuesto turístico sobre este volumen de negocios. De igual manera, si se utiliza el alojamiento sin pasar la noche, no se paga el impuesto turístico sobre este volumen de negocios.

Cuadro 4. Impuesto turístico

Categoría	Porcentaje por noche por habitación	Monto fijo por persona por noche
Hoteles	7%	3 € por persona por noche
Campings	7%	1 € por persona por noche
Otro (Alquiler turístico)	10%	Exento

Fuente: elaboración propia a través de GEMEENTE AMSTERDAM (2022c).

4. *Bed & Breakfast*

El funcionamiento de los *Bed & Breakfast* en Ámsterdam sigue un criterio parecido al del alquiler turístico, es decir, requieren de una autorización previa y el registro pertinente (32), además del sometimiento al impuesto turístico. No obstante, a diferencia del alquiler vacacional, se permite el ofrecimiento de alojamiento durante todo el año (33).

Como se señaló anteriormente, un requisito en esta figura alojativa es el que el propietario tenga la residencia principal en la vivienda o casa flotante. El Reglamento de Vivienda de Ámsterdam de 2020 recoge en su art. 1.c su definición, incluyendo este requisito que conlleva a que se debe residir en la misma al menos 6 meses en el último año y estar empadronado en la dirección del *B&B*.

Para la solicitud, el propietario debe cursar solicitud al Ayuntamiento a través de la web a la que se debe aportar una serie de documentación. En ella, además de los datos personales del propietario y catastrales de la vivienda se añade la aportación de un plano en el que quede diferenciado el espacio de residencia y el destinado a *B&B* (artículo 3.8.5).

Un aspecto importante que hay que tener en consideración es el relativo a las superficies. En este sentido, conviene acudir al art. 3.9.6. de la *Geconsolideerde toelichting Huisvestingsverordening Amsterdam 2020* (Notas consolidadas Reglamento de Vivienda de Ámsterdam 2020) en donde se especifican claramente los mismos. En este sentido, se extrae una restricción por el simple hecho de evitar que los propietarios destinen una excesiva superficie a fines turísticos, perdiendo con ello la consideración de residencia. Con ello, se establece que se puede alquilar un máximo del 40% del área útil neta de la casa y se aplica un máximo absoluto de 61 metros cuadrados. Para el

(32) Vid. Art. 3.7.5 de la *Huisvestingsverordening Amsterdam 2020*, completado con el art. 3.8.3 (Reglamento de vivienda de Ámsterdam de 2020).

(33) Como se recordará, en el caso del alquiler vacacional se fijaba un máximo de treinta noches al año.

cálculo debe tenerse en consideración que el *B&B* cuentan íntegramente los metros cuadrados de los espacios que se ponen a disposición del huésped o huéspedes exclusivamente durante su estadía y los metros cuadrados de las áreas comunes que comparte el residente con el turista (estos cuentan por la mitad) (34). Además, las habitaciones que comparten los huéspedes y el ocupante principal cuentan en un 50 por ciento. Otras cuestiones relevantes son el hecho de que el *B&B* puede tener como máximo cuatro plazas alojativas, dejándose claro que debe destinarse una zona de la vivienda a esta actividad. Además, en ningún caso esta zona debe contar, de manera acumulativa a lo que ya hay en la vivienda, véase cocina, baño, lavadero y entrada privada, porque en este caso nos encontraríamos que este ámbito sería una unidad alojativa independiente y no parte objetiva de la residencia principal.

Otorgada la licencia, válida para ocho años, el propietario está sujeto a una serie de obligaciones. En concreto, el art. 3.9.6, en consonancia con el art. 3.7.5 del Reglamento de vivienda establece el que el anfitrión debe fijar su residencia habitual en la vivienda y estar empadronado en la misma; el que *B&B* cumpla con los requisitos de superficie anteriormente señalados y que pueden ser revisados posteriormente al otorgamiento de la licencia; el que *B&B* tenga un máximo de cuatro plazas alojativas para huéspedes; y que el espacio que se alquila a los turistas sea parte de una vivienda residencial. Además, el anfitrión debe permanecer (residir) durante la noche en el alojamiento durante la estancia de los huéspedes, lo que impide el ofrecimiento si se va de vacaciones. A ello se suma el que no se deben producir conductas antisociales. Por otra parte, se debe llevar un registro nocturno en el que conste el nombre y domicilio del huésped, fecha de llegada y fecha de salida y el tipo de identificación.

5. Memorándum de entendimiento (MOU) con Airbnb

Un aspecto interesante de la regulación del alquiler turístico en Ámsterdam es cómo se ha enfocado la coordinación con las diferentes plataformas. En este sentido, esta ciudad ha adoptado un modelo de negociación entre el sector público y, en este caso, Airbnb, con el objeto de lograr una eficiente implementación de las medidas adoptadas (35).

(34) Vid. Capítulo 6 de *voorraadvergunningen van de nadere regels bij de huisvestingsverordening 2020* (reglas adicionales de la ordenanza de vivienda 2020).

(35) El caso de la regulación del alquiler turístico extensible al posicionamiento de las plataformas ha sido un hecho recurrente de análisis, sobre por los impactos ante la implementación de restricciones a la actividad de éstas. Acerca de este aspecto, se pueden consultar los estudios de Nieuwland y Van melik (2020); Von briel y Dolnicar (2020).

Dicha coordinación se ha articulado estos años a través de la firma entre el Ayuntamiento y Airbnb del denominado *Memorandum of Understanding tussen de Gemeente Amsterdam & Airbnb* (MOU), siendo una de las primeras ciudades del mundo que adoptó esta iniciativa. La firma del MOU se produce en diciembre de 2014 en consonancia con el posicionamiento del Ayuntamiento en relación con el alquiler turístico y los memorándums que aparecen por entonces (36).

El primer MOU abarcó los años 2015-2016 y se centraba esencialmente en la recaudación del impuesto turístico y el que esta plataforma facilitara información en su web de la política municipal sobre el alquiler turístico y que avisara a los anfitriones de la obligación de cumplimiento de la normativa relativa al alquiler turístico en el proceso de listado de la vivienda en la plataforma. Además, se planteaba el que se posibilitara la opción de descargar de la web un documento denominado *notice card for neighbours* (*notitiekaart*) a modo de reglas de convivencia para prevenir conductas antisociales que pudieran perjudicar la pacífica convivencia en el ámbito local.

Finalizado el periodo, se produjo la firma de un segundo MOU el 30 de noviembre de 2016, que cubrió el periodo 2017-2018. Su propósito principal fue el que Airbnb tomara parte activa en el cumplimiento por parte de los anfitriones de la normativa sobre alquiler turístico. Así, se establecía, además de lo ya señalado en el anterior MOU, el que se enviara cada seis meses a los propietarios un mail recordando la necesidad de cumplimiento de la normativa. En el documento se hacía especial énfasis en el hecho de que se respetara el por entonces límite de 60 noches. Así, se hacía mención en el documento que Airbnb incluyera un contador personal, indicando los días en que la vivienda había sido rentada y que cuando se llegara a la cifra de 50 noches hubiera un aviso de la proximidad del límite legal. Además, se incluía el que Airbnb utilizará criterios automatizados para identificar anuncios que no coincidieran con los objetivos comunes de la plataforma y el municipio, pudiéndose suspender hasta el final del año o incluso eliminarse de forma permanente (37). Por último, otro de los aspectos interesantes del MOU era el fomento del buen comportamiento de los huéspedes. Para ello, aparte de la introducción en la web de un conjunto de información al respecto, se establecía que Airbnb introdujera un apartado donde poder informar de molestias ocasionadas por alquileres turísticos, señalándose que ante estas situaciones se informara al denominado *Meldpuntzoeklicht* del Ayuntamiento de Ámsterdam. Esta posibilidad se abría también a los vecinos para pudieran denunciar molestias a través de la web de Airbnb.

(36) Vid. Gemeente Amsterdam y Airbnb (2014).

(37) Vid. Gemeente Amsterdam y Airbnb (2016).

En 2018 el Ayuntamiento también firmó otro MOU con Booking.com para el período del 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018; no obstante, desde entonces no se han formalizado más. Como señala el REKENKAMER METROPOOL AMSTERDAM (2019), no hay una voluntad de firma por parte del Consistorio debido a la falta de cooperación de las plataformas durante estos años.

VII. CONCLUSIÓN

Como se ha comprobado, todas las ciudades anteriormente analizadas han adoptado una postura activa en la regulación del alquiler turístico. Si bien algunas de ellas se mostraban contrarias, al final han cedido a la presión permitiendo el mismo con una serie de restricciones. La introducción de periodos de uso temporal máximos al año (30-90 días) es una opción acogida por casi todas las ciudades analizadas, siempre teniendo en cuenta la excepcionalidad del uso turístico como consecuencia de encontrarnos ante viviendas residenciales. En algunos casos se recordará que incluso se exige la presencia del residente. En otros casos, como en Berlín, existe una separación entre la vivienda principal y secundaria, introduciendo restricciones temporales en el caso de la vivienda secundaria.

La libertad de acción de las viviendas de uso turístico existente en España dista mucho de los casos estudiados. Una cuestión básica, obviada en nuestro país, es el enfoque primario urbanístico del efecto del alquiler vacacional. Estas medidas tratan de proteger el entramado urbano y el efecto en el mercado de viviendas residenciales, cuestiones obviadas en la regulación española en su momento y que ahora se atienden con tardanza.

Para finalizar, hay que mencionar la acción de las plataformas en todo este entramado. El control de la expansión legal del alquiler turístico pasa por la implicación activa de estas plataformas en el control de las viviendas que ofertan. La firma de acuerdos de cooperación entre Ayuntamientos y plataformas puede resultar conveniente si se quiere enfatizar la defensa de la legalidad del alojamiento turístico en viviendas, ello a pesar de la indiferencia o, mejor dicho, negativa por parte de las mismas en posicionarse activamente en la persecución de los alojamientos ilegales ya sea mediante facilitar información al Ayuntamiento o a través de articular medios de control internos acerca de las viviendas que están listadas en sus páginas web.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AIRBNB (2023): Responsible Hosting in the United Kingdom. Dublin: Airbnb Ireland UC. Disponible en: https://www.airbnb.es/help/article/1340?_set_beve_on_new_domain=1664363263_YjhjYWlwMWNlZWVm (mayo de 2023).

- *Overview of the Airbnb Community in Berlin*. Disponible en: <https://www.airbnbcitizen.com/wp-content/uploads/2016/04/airbnb-community-berlin-en.pdf> (octubre de 2022).
- BROTMAN, B.A. (2020): «San Francisco: rental restrictions and pre-restriction host listing motivation», *Journal of Property Investment & Finance*, Vol. 38 No. 2, pp. 147-155. <https://doi.org/10.1108/JPIF-09-2019-0128>.
- CITY OF LONDON (2023): *Short term letting*. Disponible en: <https://www.cityoflondon.gov.uk/services/planning/short-term-letting> (mayo de 2023).
- COLOMB, C. y Moreira de Souza, T. (2021): *Regulating Short-Term Rentals. Platform-based property rentals in European cities: the policy debates*. London, Property Research Trust, 2021.
- COX, M. and HAAR, K. Platform failures (2020): *How short-term rental platforms like Airbnb fail to cooperate with cities and the need for strong regulations to protect housing*. Study commissioned by members of the IMCO committee of the GUE/NGL group in the European Parliament.
- DREDGE, D. GYIMÓTHY, S., BIRKBAK, A., JENSEN, T.E. y DE MADSEN, A.K. (2016): «The impact of regulatory approaches targeting collaborative economy in the tourism accommodation sector: Barcelona, Berlin, Amsterdam and Paris». *Impulse Paper No 9 prepared for the European Commission DG GROWTH*. Copenhagen: Aalborg University. Disponible en: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en (mayo de 2023).
- DUSO, T., MICHELSEN, C., SCHÄFER, M. and TRAN, K. D. (2020): Airbnb and rents: evidence from Berlin. DIW Berlin Discussion Paper No. 1890. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3676909> (mayo de 2023).
- EDGLEY, K. (2020): «A visual, data-driven look at Airbnb hosting in Berlin». *Towards Data Science*. Disponible en: <https://towardsdatascience.com/a-visual-data-driven-look-at-airbnb-hosting-in-berlin-729eccd8bf9d> (mayo de 2023).
- FÜLLER, H., & MICHEL, B. (2014): «Stop being a tourist! New dynamics of urban tourism in Berlin– Kreuzberg», *International Journal of Urban and Regional Research*, 38(4), pp. 1304-1318.
- GEMEENTE AMSTERDAM y AIRBNB (2014): *Memorandum of Understanding (MOU)*. Disponible en: <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/mou-comprehensive-agreement> (mayo de 2023).
- GEMEENTE AMSTERDAM (2016): *Brief aan raadscie Wonen, Handhaving illegale toeristische verhuur van woningen*, 30 augustus, 2016.
- GEMEENTE AMSTERDAM y AIRBNB (2016): *Memorandum of Understanding (MOU)*, 2016. Disponible en: <https://sharingcitiesalliance.knowledgeowl.com/help/mou-comprehensive-agreement> (mayo de 2023).

- GEMEENTE AMSTERDAM (2022): *Vergunning voor vakantieverblijf aanvragen, 2022*. Disponible en: <https://formulieren.amsterdam.nl/TripIEforms/DirectRegelen/formulier/nl-NL/evAmsterdam/vakantieverblijfaanvragen.aspx/Inleiding> (mayo de 2023).
- (2022b): *Regels en verordeningen Wonen. Huisvestingsverordening 2020*. Disponible en: <https://www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/organisatie/ruimte-economie/wonen/regels-verordeningen/> (mayo de 2023).
 - (2022c): *Wat zijn de belastingtarieven 2022 van de gemeente Amsterdam?*, 2022c. Disponible: <https://www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7b2E186278-FE2D-4750-9917-452F363F3B9A%7d> (mayo de 2023).
- GOVERNMENT DIGITAL SERVICE (2023): *Rent a room in your home*. Disponible en: <https://www.gov.uk/rent-room-in-your-home> (mayo de 2023).
- GREATER LONDON AUTHORITY (2023): *Short Term and Holiday Lets in London*. Disponible en: <https://www.london.gov.uk/programmes-strategies/housing-and-land/improving-private-rented-sector/short-term-and-holiday-lets-london> (mayo de 2023).
- HOFMANN T. (2019): «Airbnb in New York City: whose privacy rights are threatened by a Government Data grab?», *Actual Problems of Economics and Law*, vol. 13, No. 4, pp. 1684-1709. DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.13.2019.4.1684-1709>
- HOTREC (2022): *Position Paper on EU-wide Regulation of Short-term Rentals* (Full Report). Brussels, Belgium.
- HÜBSCHER M. y KALLERT, T. (2023): «Taming Airbnb locally: analysing regulations in Amsterdam, Berlin and London». *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, Vol. 0, No. 0, pp. 1-22, DOI:10.1111/tesg.12537.
- INSIDEAIRBNB (2022): *Datos de ciudades, 2022*. Disponible en: <http://insideairbnb.com/> (mayo de 2023).
- JIHWAN YEON, SEUNGHYUN «JAMES» KIM, KYUNGHONG SONG & JINWON KIM (2022): *Examining the impact of short-term rental regulation on peer-to-peer accommodation performance: a difference-in-differences approach*, *Current Issues in Tourism*, 25:19, 3212-3224, DOI: 10.1080/13683500.2020.1814704
- KOOLHOVEN, R. (2018): «Regulating Airbnb in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 7(6), pp. 253-256.
- LIN, Xue Fei (2020): «Short-term rental as a tool for historic preservation: case-studies in San Francisco, Boston, and New Orleans». *Theses (Historic Preservation)*. 692.
- NIEUWLAND, S. y VAN MELIK, R. (2020): «Regulating Airbnb: how cities deal with perceived negative externalities of short-term rentals», *Current Issues in Tourism*. DOI: <https://doi.org/10.1080/13683500.2018.1504899>.

- O'SULLIVAN, F. (2016): «The city with the world's toughest anti-Airbnb laws». *CityLab*, 1 diciembre 2016. Disponible en: <https://www.citylab.com/equity/2016/12/berlin-has-the-worlds-toughest-anti-airbnb-laws-are-they-working/509024/> (mayo de 2023).
- REKENKAMER METROPOOL AMSTERDAM (2019): *Handhaving vakantieverhuur Onderzoeksrapport*. Disponible en: <https://publicaties.rekenkamer.amsterdam.nl/handhaving-vakantieverhuuronderzoeksrapport/> (mayo de 2023).
- SAN FRANCISCO CITY (2023): *San Francisco Administrative Code Chapter*. Disponible en: https://codelibrary.amlegal.com/codes/san_francisco/latest/sf_admin/0-0-0-27965 (mayo de 2023).
- SCHÄFER, P. and BRAUN, N. (2016): «Misuse through short-term rentals on the Berlin housing market», *International Journal of Housing Markets and Analysis*, 9(2), pp. 287-311.
- SETTLE-IN-BERLIN.COM (2022): *The impact of the airbnb ban in Berlin – 6 months after*, *Settle-in-berlin.com*. Disponible en: <https://www.settle-in-berlin.com/airbnb-ban-berlin/> (mayo de 2023).
- UK SHORT TERM ACCOMMODATION ASSOCIATION (2023): *The short-term rental sector is regulated*. Disponible en: <https://ukstaa.org/str-regulations> (mayo de 2023).
- VON BRIEL, D. y DOLNICAR, S. (2020): «The evolution of Airbnb regulation – An international longitudinal investigation 2008-2020». *Annals of Tourism Research*, DOI. <https://doi.org/10.1016/j.annals.2020.102983>.
- VRBO (2023): *City of San Francisco short-term rental law*. Disponible en: <https://help.vrbo.com/articles/City-of-San-Francisco-Registration> (mayo de 2023).

LA PASARELA DIGITAL ÚNICA DE LA UE Y EL SISTEMA TÉCNICO PARA EL INTERCAMBIO AUTOMATIZADO TRANSFRONTERIZO DE INFORMACIÓN. HERRAMIENTAS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE «SOLO UNA VEZ» A ESCALA EUROPEA(*)

JOSÉ MARÍA DELGADO BÁIDEZ

Doctor en Derecho. iDerTec-Grupo de investigación sobre Innovación,
Derecho y Tecnología de la Universidad de Murcia
Asesor jurídico de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA DISMINUCIÓN DE LA CARGA DE APOR-
TACIÓN DE INFORMACIÓN QUE SOPORTAN LOS PARTICULARES, MODELO DE SIM-
PLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA CENTRADA EN EL CIUDADANO.– III. EL PRINCIPIO DE
«SOLO UNA VEZ», TÉCNICA PARA LA REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS
TAMBIÉN A ESCALA EUROPEA.– IV. LA PASARELA DIGITAL ÚNICA EUROPEA Y LA TRA-
MITACIÓN TRANSFRONTERIZA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.– V. PRIN-
CIPALES CARACTERÍSTICAS Y BASES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL USO DE LA
PASARELA DIGITAL ÚNICA COMO INSTRUMENTO PARA EL INTERCAMBIO ELECTRÓ-
NICO DE INFORMACIÓN: 1. El RPDU no afecta a las competencias nacionales. 2. Vali-
dez jurídica del intercambio. 3. Uso voluntario. 4. Información y datos potencialmente
objeto de intercambio. 5. La voluntad del interesado y las bases de legitimación para
el intercambio de información en la Pasarela Digital Única Europea. 6. El programa de
trabajo anual de la Pasarela Digital única Europea.– VI. EL SISTEMA TÉCNICO PARA
EL INTERCAMBIO AUTOMATIZADO TRANSFRONTERIZO DE INFORMACIÓN, UNA
HERRAMIENTA DIGITAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE «SOLO UNA VEZ»
A ESCALA EUROPEA: 1. El Reglamento de ejecución de la Comisión Europea para la
determinación de las especificaciones operativas y técnicas del Sistema Técnico de «solo
una vez». 2. Aspectos relevantes del funcionamiento del Sistema técnico europeo de
«solo una vez». La posible utilización de las plataformas nacionales de interoperabilidad.
3. La solicitud de información. 4. Estructura técnica y funcional del STUSV. 5. Nodos
eIDAS, soluciones de reconocimiento de identidades electrónicas de la UE al servicio
del principio de «solo una vez» a escala europea. 6. Los puntos de acceso eDelivery,
puerta de entrada al sistema técnico de intercambio automatizado de la Unión Europea.
7. Servicios comunes del STUSV.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 13/02/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 08/05/2023.

RESUMEN: A partir del mes de diciembre de 2023 más de veinte procedimientos transfronterizos estrechamente relacionados con el mercado único podrán realizarse íntegramente en línea través de la Pasarela digital única de la UE. Además de ofrecer a los usuarios información y asesoramiento, la Plataforma contará con un sistema de intercambio electrónico de información entre las Administraciones públicas de los Estados miembros que permitirá la aplicación del principio de «solo una vez» a escala europea. Esta liberación de la carga documental que soportan los ciudadanos supone una notable mejora de la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el sector público de los distintos Estados de la UE. En este artículo se examina la regulación que reciben estas herramientas digitales en sus normas de creación y desarrollo.

Palabras clave: carga documental; pasarela digital única europea; sistema técnico de «solo una vez»; principio de «solo una vez»; procedimientos administrativos transfronterizos.

THE EUROPEAN SINGLE DIGITAL GATEWAY AND THE TECHNICAL SYSTEM FOR THE CROSS-BORDER AUTOMATED EXCHANGE OF INFORMATION. ELECTRONIC TOOLS FOR THE APPLICATION OF THE «ONCE-ONLY» PRINCIPLE AT EUROPEAN LEVEL

ABSTRACT: From December 2023, the European single digital Gateway will facilitate access to more than twenty cross-border administrative procedures closely related to the European single market. At that time, these procedures may be fully completed online. Besides offering information and assistance to help citizens and businesses, the single digital Gateway will hold a technical system for cross-border automated exchange of information between public administrations of member States. This system will enable the implementation of the «once-only principle» at European level. This freedom from documentary burdens means a marked improvement of the legal status of citizens in their dealings with the public sector of different member States in the EU. This paper looks into the innovative regulations of these digital tools.

Key words: documentary burdens; European single digital gateway; «once-only» technical system; «once-only» principle; cross-border administrative procedures.

I. INTRODUCCIÓN

El 12 de diciembre de 2020 entró en funcionamiento la Pasarela Digital Única europea, un punto de acceso centralizado a la información, a los procedimientos y a los servicios de asistencia y de resolución de problemas a nivel supranacional en el ámbito de la Unión Europea (UE). Pero el propósito de esta Pasarela Digital es más ambicioso y excede esa finalidad informativa y asistencial. A partir del 12 de diciembre de 2023, más de veinte procedimientos administrativos transfronterizos deberán poder ser realizados íntegramente a través de medios electrónicos desde cualquiera de los Estados de la

UE. Además, esta tramitación en línea podrá realizarse de acuerdo con el principio de «solo una vez», es decir, en el seno de esos procedimientos los ciudadanos tendrán el derecho de no aportar a las autoridades aquellos datos o documentos que ya estén en posesión de algún organismo administrativo de cualquier Estado miembro.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico interno, ello supone la extensión transfronteriza del derecho que asiste a los interesados a no aportar al procedimiento documentación innecesaria o que ya obre de alguna forma en poder de las Administraciones públicas, regulado principalmente en los artículos 28 y 53.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y 155 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Para hacer técnicamente posible este intercambio de información entre organismos públicos en el ámbito de la UE, la Comisión Europea ha aprobado en 2022 un Reglamento de Ejecución que establece las especificaciones operativas y funcionales del sistema técnico de «solo una vez» (STSUV), instrumento que hará posible el intercambio transfronterizo de datos y documentos para la tramitación de procedimientos administrativos en línea.

II. LA DISMINUCIÓN DE LA CARGA DE APORTACIÓN DE INFORMACIÓN QUE SOPORTAN LOS PARTICULARES, MODELO DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA CENTRADA EN EL CIUDADANO

Con carácter general, el abuso en la exigencia documental, el exceso de *papeleo*, representa una anomalía en la relación jurídico-administrativa que impone a los particulares una carga penosa que erosiona la confianza de los ciudadanos en el sector público (1) al perpetuar el estereotipo burocrático de la *maquinaria funcionarial* europea y que conlleva, por tanto, un serio quebranto reputacional para la imagen de la UE y de las Administraciones de los Estados miembros.

Ciertamente, entre todas las cargas administrativas que soportan los particulares, las obligaciones de aportación de información son las que cuantitativa y cualitativamente tienen más relevancia y su peso es de tal importancia en los procedimientos administrativos (transfronterizos o no) que se han llegado a identificar con el propio concepto de «carga administrativa», noción que se ha definido como el «coste administrativo que una empresa debe asumir solo por dar cumplimiento a una obligación de información, y que implica

(1) Se trata, utilizando palabras de CIERCO SEIRA, de «[u]na grave disfunción que perturba el desarrollo armónico y fluido de las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos» (C. CIERCO SEIRA, 2002: 393).

tareas administrativas que no llevaría a cabo en ausencia de la norma que la establece» (2).

Por esta razón, el deber que el ordenamiento jurídico impone a ciudadanos y empresas de proporcionar información a los poderes públicos sobre sus productos o actividades ha sido identificado tradicionalmente por las instituciones europeas como una de las principales barreras a la libre circulación de personas, al libre comercio y, por lo tanto, a la realización del mercado interior (3).

Esta obligación de aportación de información —cuyo cumplimiento genera costes económicos y ocasiona pérdida de tiempo a los particulares— abarca las cargas que se derivan tanto de la legislación de la UE como las normas nacionales que aplican o transponen dicha legislación (4) y, frecuentemente son, como señala CANALS I AMETLLER, «innecesarias, injustificadas, desproporcionadas e, incluso, obsoletas» (5). Esta sobrecarga produce en los particulares una *irritación* que puede ser más o menos relevante dependiendo de la aceptación del objetivo de la regulación, de cómo de útil o de necesario es percibido el requerimiento de aportación documental, o de la facilidad de interacción con las autoridades respectivas (6).

Puede afirmarse, por tanto, que la liberación real de las obligaciones de aportación de información que pesan sobre ciudadanos y empresas representa la medida de simplificación administrativa que sería apreciada

(2) Una «obligación de información», por su parte, es el «deber concreto que la norma impone a las empresas de aportar o comunicar una serie de datos a la autoridad pública o a terceros en relación con su funcionamiento o su actividad productiva» (D. CANALS I AMETLLER y P. ORTÍ FERRER, 2010: 43-49).

(3) V. gr. la Comisión Europea en una Comunicación de 2007 ya se ocupaba de los gravosos costes administrativos que se derivan de la abundante información que los particulares están obligados a proporcionar a las autoridades. *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – COM(2007) 23 final*, CE, Bruselas, Comisión Europea, 24 de Enero de 2007.

(4) Con inusitada frecuencia las cargas administrativas que tienen su origen en la UE son consecuencia de una sobreregulación impuesta por los Estados miembros de ir más allá de lo que exige la legislación de la UE, así como de la ineficacia de los procedimientos administrativos nacionales. Cfr. *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea Planes de reducción sectoriales y acciones en 2009; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo – COM(2009) 544 final*, CE, Bruselas, Comisión Europea, 22 de Octubre de 2009, pp. 4 y 7.

(5) (D. CANALS I AMETLLER, 2010: 52).

(6) Sobre este «factor de irritación» en las obligaciones de información, *vid. Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea Planes de reducción sectoriales y acciones en 2009; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo – COM(2009) 544 final*, cit., CE, Bruselas, Comisión Europea, 22 de Octubre de 2009, p. 7.

por los particulares como más genuinamente modernizadora e innovadora, como una mejora real de la posición del interesado en la peculiar y desigual relación jurídica que se establece en todo procedimiento administrativo. Por ello, no es de extrañar que el levantamiento o la reducción de los requerimientos de información a los particulares suponga uno de los principales propósitos de la labor simplificadora y de mejora de la regulación emprendidas por la UE.

III. EL PRINCIPIO DE «SOLO UNA VEZ», TÉCNICA PARA LA REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS TAMBIÉN A ESCALA EUROPEA

El denominado «principio de solo una vez», conocido también por su nombre en inglés, *Only-Once principle* (7), propugna que los particulares, ciudadanos y empresas habrán de aportar al sector público una información determinada una sola vez y, a partir de ese momento, estos datos deberán ser compartidos entre las distintas Administraciones que legítimamente los precisen, evitando los requerimientos redundantes a los administrados.

Las instituciones europeas han proclamado en repetidas ocasiones su compromiso con la implantación de este principio en la tramitación de sus procedimientos administrativos como medio de reducción de las cargas administrativas a escala transnacional.

Así, las Declaraciones Ministeriales de Malmö de 2009 (8) y de Tallin de 2017 (9) se comprometían a reducir la frecuencia con la que los ciudadanos y las empresas tienen que «reenviar información a las autoridades competentes», así como a identificar las cargas administrativas redundantes en los servicios públicos e introducir opciones de «solo una vez» para los particulares mediante la colaboración y el intercambio de datos a nivel nacional, regional y local, en la tramitación de los procedimientos administrativos tramitados por vía electrónica a una escala transfronteriza.

(7) Vid. V. gr. (M. WIMMER, E. TAMBOURIS, R. KRIMMER, *et al.*, 2017: 602).

(8) Declaración Ministerial sobre la Administración Electrónica adoptada de forma unánime en Malmö, Suecia, el 18 de noviembre de 2009, suscrita por todos los Estados miembros de la UE y por los países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio. Disponible en <https://administracionelectronica.gob.es/>; Sección Las Declaraciones Ministeriales de Administración Electrónica. (Último acceso el día 10 de febrero de 2023).

(9) Declaración de Tallin sobre administración electrónica adoptada en la reunión ministerial durante la presidencia estonia del Consejo de la UE el 6 de octubre de 2017 Disponible en <https://administracionelectronica.gob.es/>; Sección Las Declaraciones Ministeriales de Administración Electrónica. (Último acceso el día 10 de febrero de 2023).

IV. LA PASARELA DIGITAL ÚNICA EUROPEA Y LA TRAMITACIÓN TRANSFRONTERIZA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Si la realización de trámites administrativos es frecuentemente enojosa de por sí, cuando esta relación jurídica se establece con autoridades o instituciones públicas de terceros países en el ámbito de la UE, o con las propias instituciones europeas, el interesado suele encontrarse en una posición jurídica aún más débil, al no estar normalmente familiarizados con las normas y los sistemas administrativos propios de otros Estados miembros, por la barrera que suponen las diferencias en las lenguas utilizadas y por la falta de proximidad geográfica con las autoridades competentes de un país que no es el propio.

Esta situación puede llegar a resultar desincentivadora para el establecimiento de relaciones comerciales o jurídico-administrativas a una escala transnacional.

Una manera eficaz de reducir estas barreras existentes en el mercado interior puede ser proporcionar a todos los ciudadanos y empresas, potenciales interesados, información adecuada en línea en su lengua materna (o, al menos, en una lengua que puedan comprender) así como asistencia inmediata y comprensible cuando las normas y procedimientos no estén suficientemente claros o cuando los ciudadanos encuentren obstáculos al ejercicio de sus derechos.

Existen, por supuesto, numerosas vías de información y ayuda para los particulares a escala transnacional pero, como consecuencia del carácter sectorial de la gran variedad de actos de la Unión, la información y los servicios de resolución de problemas que se facilitan actualmente en línea se encuentran muy fragmentados y poseen una naturaleza muy dispar.

Hay, en efecto, notables diferencias en cuanto a la disponibilidad y la idoneidad de la información que se ofrece. Por ello, frecuentemente los ciudadanos desconocen su existencia, los servicios disponibles no tienen calidad suficiente o no se encuentran accesibles en todas las lenguas oficiales de la UE. Además, al encontrarse dispersos en una infinidad de sitios webs nacionales y europeos, los usuarios transfronterizos tienen dificultades para localizar estos servicios y acceder a ellos.

Aunque la UE ya disponía de determinados mecanismos de asesoramiento y resolución de problemas transfronterizos relacionados con la aplicación de las reglas del mercado interior que pueden surgir entre sujetos privados y las Administraciones públicas de los Estados miembros como, por ejemplo, la Red SOLVIT (10), resultaba necesario proporcionar herramientas que facilitaran

(10) La Red SOLVIT es un servicio de resolución extrajudicial de problemas transfronterizos entre los Estados miembros de la UE, así como con Islandia, Liechtenstein y Noruega

información actualizada y accesible a los ciudadanos y evitaran la aparición de conflictos en una fase temprana (11).

Consciente de esta situación, la Comisión Europea ya incluyó en su informe de 24 de enero de 2017 la creación de un «Portal Digital Único» entre las principales prioridades para la simplificación de la actividad económica y para facilitar la movilidad de personas y empresas en toda la UE (12).

Pues bien, como ya se ha avanzado, con el objeto de dar una respuesta unificada a estos problemas el día 12 de diciembre de 2020 entró en funcionamiento la Pasarela Digital Única, nombre finalmente asignado a esta herramienta digital por su norma de creación, el Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018 (RPDU) (13).

Esta Pasarela Digital Única de la UE aspira a servir como punto de acceso centralizado y único (al modo aproximado en que en la legislación española se regula el Punto de Acceso General electrónico de la Administración) que sirva a los particulares para obtener a información sobre los requisitos que han de cumplir en sus relaciones con cualquier autoridad pública del ámbito de la Unión Europea, en virtud tanto del Derecho de la Unión como del respectivo Derecho nacional aplicable en cada caso. Como afirma la propia Comisión

creada en 2002. Vid. *Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 2002, sobre los principios de funcionamiento de «SOLVIT – the Internal Market Problem Solving Network»* [DOCE de 15 de diciembre de 2001].

(11) Al establecer el Plan de Acción para el fortalecimiento de SOLVIT, la propia Comisión admitía que dicho instrumento requería de otras medidas de apoyo, «en particular el portal digital único, que proporcionará a los ciudadanos y las empresas un único punto de acceso a la información, la asistencia, el asesoramiento, los servicios de resolución de problemas y los procedimientos electrónicos relacionados con el mercado único». *Plan de Acción para el refuerzo de SOLVIT: hacer llegar los beneficios del mercado único a los ciudadanos y las empresas; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – COM(2017) 255 final*, CE, Bruselas, Comisión Europea, 2 de mayo de 2017.

(12) «La Comisión (...) [p]resentará una propuesta para desarrollar un “portal digital único” que proporcione a los ciudadanos un fácil acceso en línea a información y a servicios de asistencia y solución de problemas, así como la posibilidad de realizar procedimientos administrativos a través de internet en situaciones transfronterizas, enlazando con los servicios y contenidos nacionales y europeos pertinentes de manera sencilla y eficiente para el usuario, sin que este encuentre dificultad alguna. Además, valorará la reducción de los trámites administrativos en las administraciones nacionales, exigiendo que los ciudadanos faciliten sus datos solo una vez». *Fortaleciendo los derechos de los ciudadanos en una Unión de cambio democrático – Informe sobre la ciudadanía de la UE 2017*, Comisión Europea, Bruselas, 24 de enero de 2017, p. 18.

(13) Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012. (DOUE el 21/11/2018; DO L 295).

Europea, esta Pasarela *«debe simplificar el contacto de los ciudadanos y las empresas con los servicios de asistencia y resolución de problemas establecidos a nivel de la Unión o nacional y hacerlo más eficaz»* (14).

La Pasarela Digital consiste, según establece el artículo 2 del RPDU, en una interfaz común para usuarios gestionada por la Comisión Europea y que se integra en el portal *«Your Europe»* (15). Además de dar acceso a las funcionalidades de información, asistencia y tramitación que se describen en el Reglamento, la Pasarela permitirá acceder mediante enlaces a las páginas web de la Unión y nacionales pertinentes.

Para simplificar la utilización de la pasarela, la interfaz común debe estar disponible en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión y cuando los usuarios lleven a cabo procedimientos transfronterizos han de poder recibir todas las explicaciones pertinentes en una lengua oficial de la Unión que sea ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos. Ello no significa que los Estados miembros tengan que traducir sus formularios administrativos relacionados con el procedimiento, ni el resultado de ese procedimiento, a dicha lengua, no obstante, *«se anima a los Estados miembros a emplear soluciones técnicas que permitan a los usuarios completar los procedimientos, en la mayor medida posible, en dicha lengua, respetando al mismo tiempo las normas de los Estados miembros relativas al uso de lenguas»* (16).

(14) Considerando 12 del RPDU.

(15) <https://europa.eu/youreurope>.

(16) Vid. Considerandos 14 y 19 del RPDU.

Los artículos 9.2; 10,4 y 11.2 del RPDU establecen que los Estados miembros harán accesible la información que presten en una lengua oficial de la Unión que sea ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios. Similar previsión recoge el artículo 13,2,a) en relación con las instrucciones necesarias para completar los procedimientos administrativos transfronterizos.

Por su parte, el artículo 12.3 señala que, excepcionalmente, *«cuando se espere que dichas informaciones, explicaciones o instrucciones que se deben traducir sean de interés preponderante para los usuarios transfronterizos procedentes de un solo otro Estado miembro, la lengua (...) podrá ser la lengua oficial de la Unión utilizada como primera lengua por dichos usuarios transfronterizos»*.

Estas previsiones han originado cierta inquietud en comunidades regionales con lenguas distintas de la oficial del Estado. El 4 de febrero de 2019, la *Vlaamse Gemeenschap* (Comunidad Flamenca de Bélgica) y la *Vlaams Gewest* (Región Flamenca, Bélgica) interpusieron recurso ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) solicitando la anulación del RPDU (Asunto T-66/19; DOUE de 1 de abril de 2019, DO C-122/25). Las demandantes alegaban que las mencionadas disposiciones *«violan el principio general de no discriminación por razón de la lengua y el principio de igualdad entre Estados miembros porque desincentiva a los ciudadanos que desean establecerse en un Estado miembro que no sea el suyo a aprender la lengua oficial o una de las lenguas oficiales de dicho Estado y además porque impone la generalización del uso de un única lengua vehicular, que de este modo se convierte de facto*

Pero siendo importante esa labor informativa y asistencial, el Reglamento (UE) 2018/1724, de 2 de octubre no se queda ahí. A partir del día 12 de diciembre de este año 2023, a más tardar, los ciudadanos deberán poder tramitar completamente en línea una gran variedad de procedimientos administrativos, para lo que, además, con toda la información y asistencia que precisen contarán en la propia Pasarela.

Estos procedimientos, más de veinte, se encuentran enumerados en el Anexo II del RPDU y comprenden una amplia variedad de materias relevantes para la libertad de movimientos, de residencia o de comercio a lo largo de todo el ámbito territorial de la Unión Europea. Se trata, quizás, de los procedimientos y trámites administrativos más habituales para los ciudadanos en relación con el ejercicio de las libertades propias del mercado interior.

Así, a partir del mes diciembre de este año, podrán realizarse completamente en línea trámites como, por ejemplo, la solicitud de certificados de nacimiento o de residencia, las solicitudes de ayudas económicas para el estudio, de admisión en centros universitarios o de reconocimiento de títulos académicos, así como la presentación de declaraciones tributarias, la reclamación de pensiones, el pago de cotizaciones sociales o la obtención de la tarjeta sanitaria europea.

La realización íntegramente en línea de estos trámites resultará, sin duda, de gran utilidad para los usuarios transfronterizos, entendidos éstos como aquellos ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro o aquellas personas jurídicas que tienen su domicilio social en un Estado miembro, que se encuentren en una situación que no se limite en todos sus aspectos a un único Estado miembro y que accedan a los procedimientos y a los servicios en línea que ofrece la Pasarela.

en la lengua europea de los servicios públicos y de las administraciones públicas». Entendían en definitiva, que dichas disposiciones «ponen en entredicho las políticas [destinadas] a establecer el uso exclusivo del neerlandés en las comunicaciones entre ellas y el público (...) en la medida en que les imponen la utilización de una lengua distinta del neerlandés en sus relaciones con los administrados (...) menoscabando la efectividad de la política de integración ciudadana establecida por ellas, que incita a los extranjeros que se instalen en Flandes (Bélgica) a aprender el neerlandés».

El Tribunal, no obstante, inadmitió a trámite el recurso por ausencia de legitimación activa de las autoridades regionales, tras recordar que el RPDU «se refiere a la puesta a disposición del público, por parte de los Estados miembros, de ciertas informaciones esenciales para el ejercicio de los derechos de libre circulación y de residencia, otorgados a los ciudadanos por determinadas disposiciones del Derecho de la Unión. La adopción de este Reglamento no tiene por objeto, pues, el ejercicio de competencias de la Unión con respecto a actos específicos adoptados por las demandantes en relación con el uso del neerlandés en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos». Auto de la Sala Novena del TGUE de 10 de diciembre de 2019.

Pues bien, con la finalidad de liberar en lo posible al usuario de las cargas de aportación de información en el seno de los procedimientos cuya tramitación en línea estará disponible a partir de diciembre (17), el RPDU prevé dotar a la Pasarela de un sistema técnico que permitirá el cumplimiento del principio de «solo una vez» a escala europea (18).

El RPDU pone a disposición del sector público de los diferentes Estados miembros, por tanto, una herramienta que permitirá la reutilización de la información de los particulares que las respectivas autoridades nacionales ya poseen y el intercambio de la misma.

La aplicación del principio de «solo una vez» a escala transnacional tiene una doble orientación: por un lado, la de exonerar a los interesados del deber de presentar a las Administraciones la misma información de forma reiterada, reduciendo, de esta forma la carga administrativa que soportan y, por otro lado, la de extender el derecho a la no aportación documental más allá de los, hoy, estrechos límites nacionales en un entorno político del que han desaparecido las fronteras interiores. Visto de esta forma, la expansión, más allá de las fronteras nacionales, del derecho que asiste a ciudadanos y empresas de no aportar a las Administraciones la información que éstas ya posean es una consecuencia lógica de la existencia de un espacio común europeo sin fronteras interiores.

(17) El Reglamento prevé en su artículo 1.1.b) la aplicación del principio de «solo una vez» en relación no sólo con los procedimientos detallados en su Anexo II sino, además, aquellos regulados en las Directivas 2005/36/CE (reconocimiento de cualificaciones profesionales) 2006/123/CE (procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios en el mercado interior, en especial, las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de actividades de servicios) 2014/24/UE (procedimientos relacionados con la contratación pública) y 2014/25/UE (contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

(18) Como precedente destacado en materia de liberación de cargas es oportuno mencionar, a título ilustrativo, el Documento Europeo único de Contratación regulado en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Como su nombre indica, se trata de una herramienta de simplificación específica de la contratación pública que consiste en una declaración electrónica del interesado que sustituye a los certificados expedidos por las Administraciones de los diferentes Estados miembros (o por terceros) que confirmen que el operador económico en cuestión cumple una serie de requisitos para concurrir a la licitación. (DOUE de 28 de marzo de 2014, DO L 94/130).

V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y BASES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL USO DE LA PASARELA DIGITAL ÚNICA COMO INSTRUMENTO PARA EL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE INFORMACIÓN

1. El RPDU no afecta a las competencias nacionales

El RPDU se limita a crear y a poner a disposición de usuarios y autoridades una Pasarela que, entre otras funcionalidades, permite la tramitación íntegramente electrónica de procedimientos administrativos a escala transnacional y el intercambio de información automatizado entre Administraciones, con el fin de liberar a los particulares, en lo posible, de sus obligaciones de aportación documental. Pero esta norma comunitaria no afecta, con carácter general, a las competencias de las autoridades nacionales en cualquier procedimiento. Tampoco afecta al fondo de ningún procedimiento establecido a nivel nacional o de la Unión, ni a los derechos de los ciudadanos en cada uno de estos procedimientos.

A pesar de que la Pasarela Digital Única permite la verificación de los datos intercambiados en formato electrónico, el RPDU tampoco limita ni modifica las competencias de las autoridades nacionales en la comprobación de la exactitud y validez de los datos e información aportados o intercambiados, incluidas las competencias propias que puedan tener asignadas por su normativa nacional para la comprobación de la autenticidad de los datos cuando la información se aporte a través de conductos o medios distintos del sistema técnico basado en el principio de «solo una vez» integrado en la Pasarela (STSUV) y previsto en el artículo 14 del propio Reglamento.

No afecta el RPDU, por tanto, a la vigencia de la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDG,) precepto que otorga a las Administraciones de nuestro país la competencia para efectuar las verificaciones que estimen necesarias para la comprobación de la exactitud de los datos que los interesados declaren en sus solicitudes.

2. Validez jurídica del intercambio

Por otra parte, el apartado 8º del artículo 14 del RPDU determina que la información intercambiada a través del precitado sistema técnico de «solo una vez» integrado en la Pasarela Digital única se considerará auténtica a los efectos de la autoridad competente solicitante. Se trata de una cuestión que ya estaba resuelta por nuestro Derecho interno para los intercambios de datos y documentos a escala nacional. El artículo 44 de la LRJSP otorga validez «a efectos de autenticación e identificación de los emisores y receptores» a

los documentos electrónicos transmitidos en entornos cerrados de comunicaciones establecidos entre Administraciones Públicas. Por su parte, el artículo 61.1 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RAFME) dio un paso importante al otorgar valor de «*certificados administrativos necesarios para el procedimiento o actuación administrativa*» a las transmisiones de datos entre Administraciones que se realicen al amparo del artículo 155 de la LRJSP (19).

3. Uso voluntario

La utilización del sistema técnico de aportación e intercambio de información integrado en la Plataforma es voluntaria para el usuario, quien puede seguir aportando documentación o datos por otros medios distintos o directamente a la autoridad solicitante (20). Además, si el interesado utiliza la Plataforma para atender sus obligaciones de aportación de información, debe tener la posibilidad de previsualizar los datos y documentos que aporte a los procedimientos y el derecho a optar por no proceder al intercambio en los casos en que, tras previsualizar las pruebas que se van a intercambiar, descubra que la información es inexacta, está desactualizada o excede de lo necesario para el procedimiento en cuestión. Los datos incluidos en la previsualización no deben almacenarse por más tiempo del necesario desde el punto de vista técnico (21).

En lo que respecta a las Administraciones de los Estados miembros, éstas solamente tendrán la obligación de utilizar la Pasarela como sistema de intercambio automatizado de datos a escala transfronteriza si esas Administraciones nacionales suministran lícitamente en su propio ámbito territorial datos en un formato electrónico que permita dicho intercambio automatizado (22).

Esta norma de Derecho europeo viene a suponer para las Administraciones españolas, por lo tanto, una extensión del precitado artículo 155 de la

(19) Algunas comunidades autónomas como Cataluña ya habían regulado la cuestión de esta forma innovadora al reconocer valor probatorio a las consultas que se realicen a través de las plataformas de interoperabilidad de la Administración (artículo 71 del Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital) de forma que la referida regulación reglamentaria ha venido a reforzar este planteamiento al otorgarle naturaleza de norma básica.

(20) Artículo 14,4 del RPDU.

(21) No obstante, el artículo 61.6 del RAFME, con la intención de agilizar y facilitar el uso de la Plataforma por parte de las Administraciones españolas, establece que las transmisiones de datos «*que se realicen en virtud del artículo 14 del Reglamento (UE) n.º 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, (...) no requerirán previsualización de los datos por parte del usuario o usaria solicitante para proceder a su uso por parte del órgano o entidad tramitadora*».

(22) Artículo 14,2 del RPDU en relación con el Considerando 44 *in fine*.

LRJSP más allá de nuestras fronteras. Como consecuencia de ello —y como de la redacción del apartado 2 del artículo 14 del RPDU parece deducirse—, cuando el organismo cedente de los datos sea una Administración española estos intercambios transfronterizos de información deberán respetar las reglas que señala el artículo 61 del RAFME, las garantías de seguridad, integridad y disponibilidad que establece el propio artículo 155 de la LRJSP, así como los mecanismos para el establecimiento de las condiciones, protocolos y criterios de intercambio que señala la Norma Técnica de Interoperabilidad (NTI) de Protocolos de intermediación de datos (23).

4. Información y datos potencialmente objeto de intercambio

Como venimos afirmando, la Pasarela Única Digital de la UE dispondrá de un sistema técnico plenamente operativo y seguro para el intercambio transfronterizo automatizado de información entre los actores que intervienen en el procedimiento. Pues bien, el Reglamento define en términos muy amplios la naturaleza de la información —*pruebas*, según la terminología empleada por el RPDU— que puede ser objeto de tratamiento por este sistema técnico de intercambio de la Pasarela.

Prueba es, a los efectos de esta norma de Derecho de la UE, todo documento o dato que sea exigido por la autoridad tramitadora para probar la concurrencia de unos hechos o el cumplimiento de los requisitos formales de los procedimientos que se tramitan electrónicamente a través de la Pasarela Digital (24). En consecuencia, el sistema técnico de intercambio admite el tratamiento de información de muy diversa índole y formato, pues el RPDU acepta su transmisión «tanto si se trata de un texto escrito como de una grabación de audio, de vídeo o audiovisual, independientemente del método utilizado» (25).

Ello opera, sin duda, en interés de los interesados, quienes además podrán presentar la información que les sea exigida, «incluso cuando la estructura de dicha información difiera de la información semejante del Estado miembro en

(23) Aprobada por Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Esta NTI es de aplicación para el intercambio intermediado de datos a través de la PID; pero también podrá ser de aplicación a las transmisiones realizadas a través de otras plataformas de intermediación y en otros nodos de interoperabilidad (Apartado I.2 de la NTI de Protocolos de intermediación de datos.).

(24) Esta regulación tan amplia del concepto de prueba, parece admitir la posibilidad de que el centro de la gestión de la información no se encuentre en los documentos, sino en su contenido los datos, con la finalidad de poder llevar a cabo un tratamiento de éstos independientemente del formato en el que aquellos se hallen almacenados. Destacan en este ámbito los trabajos del profesor VALERO TORRIJOS. Vid. v.gr. (J. VALERO TORRIJOS, 2013: 300-303; 2017: 96-99; 2018: 389).

(25) Artículo 3.5 del RPDU.

cuestión» (26). Es decir, el sistema de intercambio de información de la Pasarela admitirá la transmisión tanto de información estructurada como desestructurada. Esta flexibilidad obliga a los Estados miembros cuyas Administraciones enlacen con el sistema técnico automatizado de la Pasarela Europea a desarrollar un esfuerzo en materia de interoperabilidad, muy especialmente en sus vertientes jurídica y semántica (27).

5. La voluntad del interesado y las bases de legitimación para el intercambio de información en la Pasarela Digital Única Europea

Como hemos apuntado previamente, el empleo del sistema técnico de intercambio de la Pasarela Digital Única europea es voluntario para los usuarios, que podrán escoger el medio que estimen más adecuado para realizar las aportaciones documentales que les incumban. Pero en lo que respecta al uso de la Pasarela por parte de las autoridades públicas para la transmisión de *pruebas* en cumplimiento del principio de «solo una vez», el RPDU señala expresamente que todos los intercambios transfronterizos de información deben contar con una base jurídica adecuada.

Al respecto, y como norma general, el RPDU establece que solo se permitirá ese intercambio de información entre Administraciones si existe una petición expresa del interesado (28). Sin embargo, advierte a renglón seguido

(26) Artículo 13.b.b) del RPDU.

(27) A tal efecto, el RPDU anima a los Estados miembros a utilizar el vocabulario de servicios públicos fundamentales (CPSV, por sus siglas en inglés, *Core Public Services Vocabulary*) con la finalidad «de facilitar la interoperabilidad con los catálogos y semántica» de los respectivos servicios y procedimientos nacionales. No obstante, cada Estado podrá utilizar, en las operaciones y trámites que realice empleando la Pasarela Digital Única, las soluciones nacionales que estimen oportunas. *Cfr.* Considerando 55 del RPDU.

Para alcanzar el nivel de interoperabilidad semántica necesario para el intercambio de pruebas tanto estructuradas como desestructuradas es de gran importancia el Registro semántico regulado en el artículo 7 del RejST. Con el fin de maximizar la utilidad del sistema técnico de intercambio de la Pasarela Digital (STUSV) la Comisión «recomienda encarecidamente» el uso de modelos de datos y esquemas de metadatos que permitan la transmisión e intercambio tanto de información estructurada como desestructurada y respalda los esfuerzos que realizan los Estados miembros con tal fin. *Cfr.* Considerandos 14 y 15 del RejST.

(28) «*Cuando el intercambio de pruebas incluya datos personales, se debe considerar que esa solicitud es expresa si contiene una indicación formulada libremente, específica, informada e inequívoca del deseo del interesado de que se intercambien los datos personales pertinentes, ya sea mediante una declaración o mediante un acto afirmativo.*» Considerando 44.

No obstante, el Reglamento no limita la exigencia de petición expresa a aquellos intercambios de información que incluyan datos de carácter personal, sino que este requisito se aplicará a toda transmisión de *pruebas* salvo que el Derecho de la Unión o la norma nacional aplicable «*permitan el intercambio de datos automatizado transfronterizo sin que exista una petición expresa del usuario.*» *Vid.* el Considerando 46 en relación con el artículo 14.7 del RPDU.

de que esta regla no se aplicará cuando el Derecho de la Unión o la normativa nacional permitan el intercambio automatizado transfronterizo de datos sin que exista una solicitud explícita del usuario.

En relación con ello, resulta evidente que cuando la transmisión de información que se realice a través del sistema de intercambio de la Pasarela Digital Única implique el tratamiento de datos personales el tratamiento deberá efectuarse de conformidad con las normas aplicables en cada Estado miembro en materia de protección de datos de carácter personal y en particular, y en todo caso, conforme el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, Reglamento general de protección de datos (RGPD) (29).

En España, tras la aprobación de la LOPDG, las principales bases jurídicas del tratamiento de los datos de carácter personal que se produzcan en el seno de las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones públicas serán, con carácter general, el cumplimiento de una obligación legal o el cumplimiento de una misión de interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Por ello, el consentimiento del ciudadano carecerá generalmente de relevancia a los efectos del tratamiento de sus datos personales en el seno de un procedimiento, salvo que una ley aplicable requiera su consentimiento expreso.

En este sentido, la disposición adicional octava de la LOPDG modificó el artículo 28 de la LPAC, eliminando la necesidad de recabar el consentimiento del interesado, tanto tácito —como se admitía en la redacción original del precitado artículo— como expreso. Esta inadecuación del consentimiento como base legitimadora del intercambio de información trae causa desequilibrio existente entre las respectivas situaciones jurídicas del interesado y las Administraciones, que es propio de toda relación jurídico administrativa (30).

Por esta causa, la base jurídica para los tratamientos de los datos de carácter personal de los usuarios transfronterizos que se produzcan en el sistema de intercambio automatizado de pruebas de la Pasarela por parte de las autoridades españolas no podrá ser la voluntad del interesado, sino que habrá que buscarla en los apartados c) y e) del artículo 6,1 del RGPD. Si bien, en todo caso, la Administración actuante deberá informar al ciudadano sobre los

(29) Así lo regula de manera expresa el Reglamento (UE) 2018/1724, de 2 de octubre, en su artículo 33, en relación con el Considerando 71. El Reglamento se refiere también al Reglamento (UE) 2018/1725 y a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(30) Este criterio ha sido mantenido por la AEPD en su informe *Orientaciones para la aplicación de la Disposición adicional octava y la disposición final duodécima de la LOPDGDD*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 20 de Febrero de 2020. Con anterioridad, J. M^o DELGADO BÁIDEZ, 2019.

datos que van a ser consultados para la realización del trámite, para aquel pueda oponerse, si lo desea, así como para el ejercicio informado del resto de sus derechos en materia de protección de datos.

Conviene insistir, no obstante, en que «usuario» o «usuario transfronterizo» puede ser, según regula el RPDU, tanto una persona física, como cualquier persona jurídica que tenga su domicilio social en un Estado miembro. Los datos y la información relativa a estos últimos sujetos jurídicos no estaría, por tanto, sujeta a la normativa de protección de datos de carácter personal. Sin embargo, el RPDU establece que el intercambio lícito transfronterizo de pruebas e información mediante la aplicación a escala europea del principio de «solo una vez» debe cumplir los principios de reducción al mínimo de los datos, exactitud, limitación del almacenamiento, integridad y confidencialidad, necesidad, proporcionalidad y limitación de la finalidad (31). Parece el RPDU querer extender de esta forma las cautelas y principios del tratamiento de datos de carácter personal a toda la información que sea objeto de tratamiento en el sistema técnico de intercambio automatizado de la Pasarela Digital única Europea.

6. El programa de trabajo anual de la Pasarela Digital única Europea

El artículo 31.1 del RPDU prevé la adopción de un programa de trabajo anual en el que se especifiquen las acciones necesarias para facilitar la aplicación del Reglamento. En aplicación de este precepto, el día 31 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el primer programa de trabajo, que analizaba las medidas a adoptar hasta diciembre de 2020 (32).

La mayoría de las tareas previstas en este programa y, muy especialmente, la propia puesta en marcha de la Pasarela pudieron ser llevadas a cabo en plazo a pesar del serio contratiempo que supuso la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Más bien al contrario, la pandemia pudo suponer un estímulo para el cumplimiento de los hitos temporales establecidos, pues, en palabras de la Comisión Europea, «esta crisis puso aún más de relieve la

(31) Considerando 42 del RPDU. Esta cuestión, como es sabido tiene una importancia peculiar en el ámbito del mercado único, pues la protección de los datos personales se configura jurídicamente como una excepción o una corrección al principio de libre circulación de la información, «elemento crucial para el desarrollo global de las modernas sociedades» (M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2003, p. 48).

(32) *Directrices para la aplicación del Reglamento sobre la pasarela digital única. Programa de trabajo 2019-2020; Comunicación de la Comisión (2019/C 257/01) (DOUE de 31 de julio de 2019, DO C 257/01).*

necesidad de contar con unas Administraciones públicas más digitalizadas y de fácil acceso» (33).

El 1 de marzo de 2021 fueron publicadas las segundas Directrices para la aplicación del programa de trabajo (34), que establecen el calendario de realización de una serie de medidas adicionales destinadas a que los requisitos de la Pasarela Digital única sean implementados en plazo, así como a mantener y mejorar los servicios de esta pasarela que ya se han puesto en marcha.

Las medidas propuestas en este documento se centran principalmente en la supervisión y la mejora de la calidad de la Pasarela, así como en su promoción durante estos años. Cabe destacar singularmente la propuesta de acciones para facilitar la integración de la información de las Entidades Locales en la Pasarela, así como —muy especialmente— la previsión de las tareas a realizar para que el sistema basado en el principio de «solo una vez» se encuentre plenamente operativo en la fecha prevista, de forma que la digitalización y la accesibilidad transfronteriza de los procedimientos sean reales y efectivas lo antes posible (35).

VI. EL SISTEMA TÉCNICO PARA EL INTERCAMBIO AUTOMATIZADO TRANSFRONTERIZO DE INFORMACIÓN, UNA HERRAMIENTA DIGITAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE «SOLO UNA VEZ» A ESCALA EUROPEA

El artículo 14 del RPDU regula la creación de un sistema técnico de intercambio automatizado de *pruebas* entre Estados miembros con la finalidad de hacer posible el intercambio transfronterizo de información en el marco de

(33) *Directrices para la aplicación del programa de trabajo de 2021-2022 del Reglamento sobre la pasarela digital única; Comunicación de la Comisión (2021/C 71/02) (DOUE de 1 de marzo de 2021, DO C 71/47).*

En relación con ello, el Parlamento Europeo, ha señalado que «la crisis de la pandemia de COVID-19 ha puesto de relieve la falta de claridad reguladora y la ausencia de una comunicación eficaz entre los Estados miembros de normativas que cambian con rapidez; destaca la gran importancia de la pasarela digital única y las ventanillas únicas como puntos de acceso en línea a la información, los procedimientos y los servicios de asistencia nacionales y de la Unión sobre el mercado único, tal como se prevé en la Directiva de servicios». *Refuerzo del mercado único: el futuro de la libre circulación de servicios Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre el refuerzo del mercado. (DOUE de 10 de noviembre de 2021, DO C 456/14).*

(34) *Directrices para la aplicación del programa de trabajo de 2021-2022 del Reglamento sobre la pasarela digital única, cit.*

(35) Aunque la fecha fijada para la conclusión de la digitalización transfronteriza de estos procedimientos es finales de 2023, la Comisión ha urgido a los Estados miembros a «intensificar su trabajo en este proyecto y buscar las posibilidades de aplicar los requisitos con la suficiente antelación en el marco de sus programas de Administración electrónica en curso».

aquellos procedimientos cuya tramitación en línea podrá llevarse a cabo a través de la Pasarela Digital Única europea.

Este artículo proporciona las bases para el establecimiento y el uso de este STSUV, determinando sus características básicas y encomendando a la Comisión Europea la adopción de los actos de ejecución pertinentes para concretar las especificaciones técnicas y operativas que permitan el funcionamiento del Sistema conforme lo dispuesto en el RPDU (36).

Conforme lo dispuesto en el artículo 14.3 del RPDU, el sistema técnico a desarrollar por la Comisión en colaboración con los Estados miembros debe garantizar un elevado nivel de seguridad para la transmisión y el tratamiento de información, de tal forma que permita la confidencialidad e integridad de las pruebas, así como un nivel suficiente de interoperabilidad con otros sistemas (37). Con este fin, el RPDU señala que el STSUV deberá cumplir con los principios de seguridad y de protección de la intimidad desde el diseño, cuestión que se encomienda, entre otras, al grupo de coordinación de la Pasarela creado por el artículo 29 del RPDU y que está compuesto por un coordinador nacional de cada Estado miembro y es presidido por un representante de la Comisión Europea. Este grupo de coordinación ostentará un papel muy relevante en la gobernanza del STUSV (38).

1. El Reglamento de ejecución de la Comisión Europea para la determinación de las especificaciones operativas y técnicas del Sistema Técnico de «solo una vez»

El día 5 de agosto de 2022, con cierto retraso sobre la fecha establecida en el RPDU (39), se aprobó el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/1463, acto de naturaleza no legislativa de la Comisión Europea que tiene por objeto el

(36) Para garantizar que el sistema técnico proporcione un nivel elevado de seguridad para la aplicación transfronteriza del principio de «solo una vez», al adoptar actos de ejecución que establezcan las especificaciones de dicho sistema técnico, la Comisión debe tener debidamente en cuenta las normas y especificaciones técnicas elaboradas por las organizaciones y los organismos de normalización europeos e internacionales, en particular el Comité Europeo de Normalización (CEN) el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) la Organización Internacional de Normalización (ISO) y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) así como las normas de seguridad a que se refiere el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 22 del Reglamento (UE) 2018/1725. *Vid.* Considerando 52 del RPDU.

(37) El STSUV debe permitir, además del tratamiento de las solicitudes de los usuarios y de las pruebas a intercambiar, la previsualización de la información de forma que el solicitante pueda decidir si procede o no el intercambio de la información.

(38) Considerando 24 en relación con el artículo 18 del RejST.

(39) El artículo 14.9 del RPDU señalaba que los «actos de ejecución para establecer las especificaciones técnicas y operativas del sistema técnico necesario para la aplicación» de ese artículo debían ser adoptados antes del 12 de junio de 2021.

establecimiento de las especificaciones operativas y técnicas del sistema técnico para el intercambio automatizado transfronterizo de *pruebas* y la aplicación del principio de «solo una vez» (RejST) (40). Poco después, el día 3 de noviembre de 2022, el DOUE publicaba una corrección de errores a este Reglamento de ejecución que tenía como finalidad principal subrayar la relevancia del principio de «solo una vez» en las determinaciones técnicas del sistema, cambiando el nombre que la redacción publicada en septiembre había otorgado a aquel, «sistema técnico de transmisión única (STTU)» por el más exacto de «sistema técnico de “solo una vez” (STSUV)».

La Comisión prevé que las prescripciones de este Reglamento de ejecución sean complementadas con documentos de mayor nivel de detalle y de naturaleza técnica, si bien de carácter no vinculante, que deben ser elaborados por la Comisión en cooperación con los Estados miembros dentro del grupo de coordinación de la Pasarela y que deberá realizar su labor de conformidad con las Directrices para la aplicación del programa de trabajo de 2021-2022 del Reglamento sobre la Pasarela Digital Única.

2. Aspectos relevantes del funcionamiento del Sistema técnico europeo de «solo una vez». La posible utilización de las plataformas nacionales de interoperabilidad

La arquitectura del STSUV establecida por el RejST se basa en soluciones reutilizables (41) y es neutra en relación a la tecnología de aplicación, por lo que sus componentes se facilitarán mediante una licencia de *software* abierta con el fin de promover la colaboración y la mencionada reutilización.

La Comisión ha previsto expresamente que el sistema técnico dé cabida a las diversas soluciones nacionales que cada Estado miembro emplee para el intercambio de información de los particulares en el contexto de sus propios procedimientos administrativos. Así, el STSUV podrá utilizar los portales que incorporen o den acceso a los procedimientos nacionales (a todos los niveles de la Administración, incluido el local) y, lo que es todavía más importante, a las plataformas de intercambio de datos que ya se estén utilizando a escala nacional.

(40) Reglamento de Ejecución (UE) 2022/1463 de la Comisión, de 5 de agosto de 2022, por el que se establecen las especificaciones operativas y técnicas del sistema técnico para el intercambio automatizado transfronterizo de pruebas y la aplicación del principio de «solo una vez», de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE de 6 de septiembre de 2022 (DO L 231/1). Entró en vigor a los veinte días de su publicación y conforme su artículo 36 será aplicable a partir del 12 de diciembre de 2023, en coherencia con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 39 del RPDU.

(41) Como, por ejemplo, el sistema del nodo eIDAS para facilitar la autenticación transfronteriza de los usuarios, al que nos referiremos con posterioridad.

El aprovechamiento de las sinergias que pueden establecerse con los sistemas existentes puede suponer, sin duda, un valor añadido del STSUV, pues al beneficiarse de la experiencia de sistemas y aplicaciones en funcionamiento que ya han demostrado su capacidad es más fácil replicar modelos eficientes. La posibilidad de emplear las plataformas de interoperabilidad de las Administraciones como punto de enlace y conexión para el intercambio automático de documentos o datos a nivel de la UE se presenta como una solución particularmente eficiente para las Administraciones españolas.

Así, el artículo 62.3 del RAFME determina que la Plataforma de Intermediación de Datos de la Administración General del Estado (PID) infraestructura abierta a todas las Administraciones del ámbito territorial de España, «*actuará como punto de conexión con el sistema técnico regulado por el Reglamento (UE) n.º 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018, para el intercambio automático de datos o documentos a nivel europeo*». La PID disfruta de una acreditada experiencia y con más de 261 millones de transmisiones de datos al año, supone ya, sin duda, una historia de éxito (42).

En relación con ello, cabe señalar que el Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado de forma favorable al empleo de la PID como punto de conexión de las Administraciones españolas con el sistema técnico europeo para el intercambio de datos o documentos y para el cumplimiento transfronterizo del principio de «solo una vez», algo que el TS encuentra «razonable y proporcionado, toda vez que se trata de una plataforma existente, única interoperable e interconectada en el sector público. Y, también, única capaz de servir al “sistema técnico” en todos sus requerimientos» (43).

(42) El crecimiento de esta plataforma es incontestable. Si, la Plataforma de intermediación del Estado llevó a cabo en 2022 más de 261,6 millones de transmisiones de datos, en 2021 fueron poco más de 187 millones y medio y en 2020 apenas superó los 154 millones. Información accesible en DATAOBSAE, <https://dataobsae.administracionelectronica.gob.es>, área de Soluciones para las AAPP. (Último acceso el día 10 de febrero de 2023).

(43) La Generalitat de Cataluña impugnó, entre otros preceptos del RAFME, su artículo 62.3, en el entendimiento de que ninguna norma de la LPAC ampara «*que se pueda imponer una Plataforma de Intermediación de la Administración General del Estado para que actúe como punto de conexión con el sistema técnico a nivel europeo para el intercambio de datos o documentos*». El TS entiende, sin embargo, que la previsión reglamentaria es, como se ha dicho, razonable y proporcionada, pues «*lo que hace el precepto impugnado – artículo 62.3 del Real Decreto 203/2021 – es emplear la Plataforma de Intermediación de Administración General del Estado –punto de intercambio y consulta de datos-como punto de conexión o desarrollo en España del “sistema técnico”, de conformidad con lo previsto en el artículo 14.2 del Reglamento (UE) 2018/1724, para completar su implementación*». Fundamento jurídico 18º de la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso) de 30 de mayo de 2022 (nº de Recurso: 165/2021; nº de Resolución: 638/2022).

3. La solicitud de información

La Administración solicitante de información deberá transmitir la petición de cesión de datos directamente a la autoridad cedente o a la plataforma intermediaria, según proceda. La solicitud de pruebas debe contener, en todo caso, la información que viene detallada en el artículo 13,1 del RejST, entre la que destacamos, sin ánimo exhaustivo, el identificador único de la solicitud, el tipo de *prueba* que se solicita, la fecha y hora de la petición, la identificación del procedimiento administrativo para el que se requieren las pruebas o el nombre y los metadatos que identifiquen a la Administración solicitante.

EL STSUV permitirá que la Administración cedente de información reciba e interprete las solicitudes de información presentadas a través de un punto de acceso de *eDelivery*, al que nos referiremos con más detalle *ut infra* y que se considerará el punto de partida para los servicios de datos. Siempre que las operaciones de identificación y autenticación pertinentes se hayan realizado correctamente deberá recuperarse cualquier dato, documento o archivo que guarde correspondencia con la solicitud (44).

Cuando se remita una respuesta a una solicitud de información, ésta incluirá las *pruebas* solicitadas e irá acompañada de los siguientes metadatos: aquellos que identifiquen exclusivamente tanto la solicitud de pruebas como la respuesta a esa solicitud; los que indiquen la fecha y la hora en las que se generó la respuesta y los que identifiquen la información remitida y a la autoridad cedente (45).

4. Estructura técnica y funcional del STUSV

El artículo 2 del RejST señala que el STUSV constará de lo siguiente:

a) los portales de procedimientos de las autoridades que solicitan pruebas y los servicios de datos de las autoridades que presentan pruebas; b) las plataformas intermediarias, cuando proceda; c) espacios de vista previa que permitan la previsualización de la información a intercambiar (46); d) los registros y servicios nacionales equivalentes al directorio de servicio de datos o al mediador de pruebas, cuando proceda; e) los nodos eIDAS (47) para la autenticación del

(44) Vid. artículos 13 a 15 del RejST.

(45) «Cuando las pruebas estructuradas no cumplan con el modelo de datos del STSUV que corresponda al tipo de prueba en cuestión, una versión de las pruebas que permita la lectura humana. (...) La respuesta a la solicitud de pruebas también podrá contener metadatos que identifiquen exclusivamente las lenguas de las pruebas solicitadas.». Artículos 15.2.e) y 15.3 del RejST.

(46) Regulados en el artículo 15, apartado 1, letra b) inciso ii) del RejST.

(47) eIDAS (Reglamento): Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de

usuario y la correspondencia de identidades; f) los puntos de acceso de *eDelivery*; g) los servicios comunes regulados en el propio RejST (48); h) las interfaces y los elementos de integración necesarios para conectar los componentes.

5. Nodos eIDAS, soluciones de reconocimiento de identidades electrónicas de la UE al servicio del principio de «solo una vez» a escala europea

Entre las soluciones tecnológicas reutilizables que el RejST recomienda utilizar para aumentar la eficiencia del sistema técnico de intercambio de la Plataforma, y para aprovechar las sinergias existentes destaca la utilización de los nodos eIDAS para el reconocimiento mutuo de identidades electrónicas.

El sistema de nodo eIDAS, creado mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión (49), es el componente de interoperabilidad que se conecta con los servicios electrónicos y los sistemas de identificación nacionales, así como con los nodos correspondientes de otros Estados miembros, permitiendo de esta forma el reconocimiento de identidades electrónicas emitidas por otros países de acuerdo con el Reglamento eIDAS.

Estos nodos eIDAS, componentes necesarios del STUSV (50), hacen posible la autenticación de los usuarios y la comprobación de la correspondencia de identidades, de forma que las Administraciones de los diversos Estados —tanto las solicitantes como las cedentes de información— puedan identificar a los interesados y cotejar los datos de identificación proporcionados a través del nodo con los registros de los que dispongan.

Cada Estado miembro debe velar por el mantenimiento, el correcto funcionamiento y la seguridad de los nodos eIDAS que posean y que pongan al servicio del STUSV, así como del resto de componentes del sistema de los que sean responsables, como los puntos de acceso de *eDelivery* (a los que nos referiremos inmediatamente) o los registros nacionales, de acuerdo con la legislación nacional y de la Unión pertinente (51).

confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. (Por sus siglas en inglés, *electronic IDentification, Authentication and trust Services*).

(48) Previstos en el artículo 4, apartado 1 del RejST. Aludiremos a ellos posteriormente.

(49) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2015, sobre el marco de interoperabilidad de conformidad con el artículo 12, apartado 8, del Reglamento (UE) no 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

(50) *Vid.* artículo 2.e) del RejST.

(51) *Cfr.* Considerando 26 del RejST.

6. Los puntos de acceso *eDelivery*, puerta de entrada al sistema técnico de intercambio automatizado de la Unión Europea

Con la finalidad de garantizar la seguridad de las transmisiones electrónicas transfronterizas y el cumplimiento de los requisitos de los servicios cualificados de entrega electrónica certificada que establece el artículo 44 del Reglamento eIDAS, el RejST propone la utilización de puntos de acceso de *eDelivery* para crear una red de nodos que permita ese intercambio seguro de datos digitales.

El RejST define «punto de acceso de *eDelivery*», de forma un tanto tautológica, como aquel «*componente de comunicación que forma parte del servicio de transmisión electrónica eDelivery*» y que se basa en unas normas y especificaciones técnicas determinadas» (52). Se trata de un componente de entrega electrónica transfronterizo que permite crear redes de nodos seguros para llevar a cabo intercambios digitales de datos, de tal forma que organizaciones diversas puedan establecer canales sólidos e interoperables para la transferencia de información (53).

El Reglamento de ejecución impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que los puntos de acceso de *eDelivery* «*se instalen, configuren e integren*» en las plataformas de intermediación (54). No obstante, el RejST concede a los Estados cierta flexibilidad en la aplicación de este precepto, al otorgarles la facultad de decidir cuántos puntos de acceso de *eDelivery* implantarán para sus operaciones de intercambio transfronterizas a través del STUSV. Así, un Estado podrá disponer, si así lo decide, de un único punto de acceso que gestione todos los mensajes de *eDelivery* relacionados con el STSUV dirigidos a las autoridades que intercambien datos a través de una plataforma intermediaria, o, si así lo prefieren, implantar múltiples puntos

(52) Incluido «*el protocolo de mensajería AS4 y los servicios auxiliares que se desarrollaron en el marco del Programa del Mecanismo "Conectar Europa" y continuaron en el marco del Programa Europa Digital, en la medida en que estas especificaciones y normas técnicas se solapan con la norma ISO 15000-2*». Art. 1.4) del RejST.

(53) Cfr. *eDelivery: Exchange documents and data securely and reliably*, Comisión Europea, entrada de la web Digital Europe: eIDAS enablers, disponible en <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/DIGITAL/eDelivery>. (Último acceso el día 10 de febrero de 2023).

V. et. Voz «*Connecting Europe Facility Building blocks*» en SOLANO GADEA, M., *Diccionario de términos y conceptos de la Administración Electrónica*, 8ª edición electrónica, Madrid, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2022, p. 177.

(54) Deben integrarse además «*en los portales de procedimientos de las autoridades que solicitan pruebas*» y «*en los servicios de datos de las autoridades que presentan pruebas*» (Artículo 3.1 del RejST).

de acceso «a cualquier nivel jerárquico o para campos o sectores o niveles geográficos específicos de sus administraciones públicas» (55).

7. Servicios comunes del STUSV

Conforme a la regulación que lleva a cabo el artículo 4 del REJST, el STSUV dispondrá de tres servicios comunes: en primer lugar, de un directorio de servicio de datos, en el que deberán registrarse, en principio, todas las autoridades que presenten datos a los procedimientos y todos los tipos de datos susceptibles de ser intermediados; un registro semántico que proporcionará acceso al modelo genérico de metadatos del STSUV; y, por último y más relevante, de un mediador de *pruebas* que permitirá determinar qué tipos de *pruebas* pueden aceptarse para cada procedimiento.

- Directorio de servicio de datos:

Es un registro que recoge la lista de autoridades nacionales o europeas que facilitan datos y documentos para la tramitación de los procedimientos en línea. También se registrarán en el directorio los diversos tipos de *pruebas* disponibles para los intercambios junto con la información de acompañamiento correspondiente. Deben por tanto inscribirse todas las Administraciones que aporten información y todos los tipos de pruebas que aquéllas aporten.

No obstante, cuando los Estados miembros gestionen registros y servicios nacionales que desempeñen una función análoga al RejST no les obliga «a duplicar su trabajo» contribuyendo a los servicios comunes pertinentes. Pero en tal caso deben asegurarse de que sus servicios nacionales estén conectados a los servicios comunes de manera que otros Estados miembros puedan utilizarlos (56).

- Registro semántico y modelos de datos.

El registro semántico proporcionará acceso al modelo genérico de metadatos del STUSV, que está diseñado para mostrar los metadatos que identifiquen las *pruebas* y a la autoridad que las presenta. El modelo prevé campos adicionales que mostrarán los metadatos del identificador único de la solicitud, el tipo de dato que se solicite y la fecha y la hora en la que se presentara la petición expresa (57).

(55) Considerando 9 del RejST.

(56) Como alternativa, debe ofrecerse a dichos Estados miembros la posibilidad de remitir una copia de los datos pertinentes de los registros o servicios nacionales al directorio de servicio de datos o al mediador de pruebas. Vid. artículos 5 y 8 del RejST y el Considerando 17 de la misma norma.

(57) Vid. artículos 7,1 y 13,1 del RejST.

El modelo de datos del STUSV para los tipos de pruebas estructuradas constará, como mínimo, de una representación de dicho modelo que incluirá un diagrama visual de los datos y una descripción textual de todas las entidades del modelo de datos; de las distribuciones de XML basadas en la definición de esquema XSD (58); listas de códigos en un formato estructurado para velar por el tratamiento automatizado de las pruebas y un mecanismo para la conversión de estos elementos a un formato legible para las personas (59). La Comisión publicará el registro semántico en un sitio web específico.

- Mediador de pruebas

Cuando no exista un tipo de pruebas acordado que esté armonizado en toda la Unión Europea un mediador de pruebas debe ayudar a determinar qué tipo de información, qué clase de pruebas (datos, documentos, ficheros...) pueden aceptarse en relación con un procedimiento concreto. De esta forma, las Administraciones que soliciten información podrán determinar qué tipos de datos y documentos expedidos en otros Estados miembros se corresponden con los tipos de pruebas necesarios para la tramitación de los procedimientos en los que sea competente esa autoridad solicitante.

El mediador de pruebas debe basarse en el contenido de las normas facilitado por los Estados miembros y ha de proporcionar un mecanismo que permita a éstos realizar consultas en línea sobre sus solicitudes de información y conjuntos de tipos de pruebas. El mediador de pruebas debe permitir también que los Estados miembros gestionen y compartan información sobre las distintas normas relativas a los tipos de pruebas.

VII. CONCLUSIONES

Los particulares —ciudadanos y empresas— que desean actuar fuera de sus países en el mercado interior pueden encontrarse en una situación de desventaja por una serie de razones que pueden llegar a ser desincentivadoras para el establecimiento de relaciones comerciales o jurídico-administrativas a una escala transnacional, tales como el desconocimiento de la lengua, de los procedimientos y de las regulaciones de los Estados europeos en los que

(58) En relación con las herramientas para la estandarización sintáctica y semántica y la actual relevancia del lenguaje de marcado XML, *vid.* (J. M^o DELGADO BÁIDEZ, 2023, p. 64 y ss). *V. et.* (C.N. MEAD, 2006: 71 y ss).

(59) Artículo 7,2 del RejST.

Por otra parte, el componente *eDelivery*, además de permitir la transmisión electrónica transfronteriza segura, aportará funcionalidades de servicios de metadatos que pueden ser compatibles con las futuras versiones del STUSV que contengan un mayor número de nodos de intercambio seguro de datos. (Considerando 8 del RejST).

pretenda realizar un trámite, ya que normalmente serán distintas a las propias de su país de origen.

Por esta razón, la puesta en marcha el mes diciembre de 2020 de la Pasarela Digital Única europea, ha de ser saludado como un importante paso en la dirección adecuada.

Esta herramienta, además de poner a disposición de ciudadanos y empresas un punto de acceso centralizado a la información y a la asistencia para la realización de gestiones administrativas en el ámbito del mercado único, a partir del mes de diciembre de este año 2023 permitirá tramitar completamente en línea los procedimientos y trámites administrativos de carácter transfronterizo más habituales.

Para la tramitación de estos procedimientos, en los que normalmente se verán involucradas Administraciones de diversos Estados miembros o, incluso, instituciones de la UE, se integrará en la Plataforma un sistema técnico plenamente operativo y seguro para el intercambio de datos e información entre los actores que intervienen en los procedimientos (60). De esta forma, se permitirá la aplicación del principio de «solo una vez» a una escala europea para la tramitación de los procedimientos transfronterizos en línea que soporte la Plataforma. Desde nuestro punto de vista interno podemos interpretar esta novedad como una extensión al ámbito transfronterizo europeo del derecho a la no aportación documental reconocido en España principalmente por los artículos 28 y 53.1.d) de la LPAC y 155 de la LRJSP.

El deber de aportar información, documentación y datos a las Administraciones y a terceros supone una obligación que siempre es molesta y que se identifica con la carga administrativa más relevante que pesa sobre los interesados. En un contexto transfronterizo puede resultar especialmente gravosa. De esta forma, la supresión de estas obligaciones de aportación de información, la reducción de su frecuencia, la implementación de medidas de simplificación documental o el empleo de medios electrónicos para el intercambio automatizado de información entre Administraciones se consideran medidas eficaces para la reducción de cargas administrativas en general.

Por ello, a la espera de los resultados concretos que su efectivo funcionamiento en la práctica nos depare, nos encontramos *a priori* con una novedad que puede representar una de las principales mejoras reales de la posición jurídica de los interesados en los procedimientos que involucran a organismos del sector público de diversos Estados europeos.

(60) La tecnología constituye una espléndida oportunidad para conseguir la reducción de las aportaciones de documentación que se exige a los particulares así como, de paso, «mejorar la ordenación de los expedientes en la plataforma de tramitación electrónica facilitando así enormemente la labor de los empleados públicos». (R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2018: 200).

Finalmente, será, sin duda, interesante examinar la evolución de estas herramientas digitales para el intercambio automatizado de información a nivel europeo durante los próximos años. Las normas jurídicas que las regulan —y que se han analizado someramente a lo largo del presente trabajo— han dispuesto que tanto la Plataforma Digital como el sistema de intercambio de información que en ella se integra se encuentran abiertas a los avances de la técnica y al aprovechamiento de las sinergias con otros sistemas, aplicaciones y plataformas existentes.

Teniendo en consideración los importantes cambios tecnológicos y normativos que se esperan, ello supondrá un reto técnico y jurídico de primer orden. No solo en cuanto al empleo de la inteligencia artificial en la gobernanza y el tratamiento masivo de datos, sino también en materia de identificación y autenticación transfronteriza. Sobre esta cuestión el futuro Reglamento eIDAS2 introducirá cambios de enorme relevancia, desarrollando jurídicamente la noción de identidad digital soberana y estableciendo un nuevo sistema de identificación europeo basado en la gestión segura de los «atributos» personales básicos mediante carteras digitales de identidad. Permaneceremos atentos, pues, a la adaptación de estas herramientas de tramitación administrativa transnacional a los cambios de paradigma que se avecinan.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CANALS I AMETLLER, Dolors (2010): «Mejora normativa y reducción de cargas administrativas», en Joaquín TORNOS MAS y David MOYA MALAPIEDRA (coords.) *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, pp. 43-67.
- CANALS I AMETLLER, Dolors y ORTÍ FERRER, Paula (2010): *Guía de buenas prácticas para la elaboración y la revisión de normativa con incidencia en la actividad económica*, Barcelona, Generalitat de Cataluña.
- CIERCO SEIRA, César (2002): «La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública (Reflexiones a propósito de la experiencia italiana)», *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 48, , pp. 389-436.
- DELGADO BÁIDEZ, José M^o (2019): «Comentario de urgencia a la modificación de la Ley 39/2015 contenida en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», *Diario La Ley*, vol. 9339.
- (2023): *El derecho a no aportar información al procedimiento administrativo en el contexto de la transformación digital*, Granada, Comares.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (2003): «Algunas reflexiones acerca de la protección de datos personales en las Administraciones Públicas», en Manuel

- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Javier SIERRA RODRÍGUEZ y Julián VALERO TORRIJOS (coords.), *Nuevos retos en el horizonte de las administraciones públicas: ponencias y comunicaciones presentadas en el I Seminario Nacional de Gestión Pública celebrado en Murcia del 2 al 4 de abril de 2003*, Murcia, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, pp. 47-58.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2018): *El procedimiento electrónico en las Administraciones Locales. Aspectos metodológicos y normativos del proceso de implantación*, Granada, CEMCI
- MEAD, Charles N. (2006): «Data interchange standards in healthcare IT—computable semantic interoperability: Now possible but still difficult, do we really need a better mousetrap?», *Journal of Healthcare Information Management*, vol. 20, n.º 1, pp. 71-78.
- SOLANO GADEA, Miguel (2022): *Diccionario de términos y conceptos de la Administración Electrónica*, 8ª edición electrónica, Madrid, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2013): *Derecho, innovación y Administración electrónica*, Sevilla, Global Law Press.
- (2018): «La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del sector público», en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO y José Luis PIÑAR MAÑAS (coords.) *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 375-396.
 - (2017): «La transformación digital del sector público. Implicaciones y desafíos desde la perspectiva jurídica», Universidad de Murcia, Proyecto de Cátedra.
- WIMMER, Maria; TAMBOURIS, Efthimios; KRIMMER, Robert, et al. (2017): «Once only principle: Benefits, barriers & next steps», en *18th Annual International Conference on Digital Government Research (dg.o'17)* pp. 602-603.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE FALIBILIDAD DE LAS DECISIONES ALGORÍTMICAS DESFAVORABLES UNA NUEVA GARANTÍA JURÍDICA FRENTE A LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y EL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA(*)

JESÚS A. TAHIRÍ MORENO
Doctorando de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO TECNOLOGÍA ESTRATÉGICA AL SERVICIO DEL CIUDADANO: 1. Introducción al concepto de aprendizaje automático supervisado y no supervisado. 2. La conveniencia de la implementación de sistemas de aprendizaje automático supervisados en actuaciones que impliquen únicamente el ejercicio de potestades regladas. 3. La problemática del uso de sistemas de inteligencia artificial que utilicen técnicas de aprendizaje automático no supervisado por la Administración. ¿Prohibición absoluta o relativa?– II. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE FALIBILIDAD DE LAS DECISIONES DESFAVORABLES DICTADAS POR SISTEMAS ALGORÍTMICOS: 1. Su conexión con en el derecho a una buena administración y la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España. 2. La teoría de la proporcionalidad inversa aplicada a la actuación administrativa automatizada: la prohibición de actos desfavorables cuyo único fundamento sea el resultado del algoritmo y su correlativa permisibilidad en el supuesto de actos favorables. 3. El programa BOSCO como ejemplo paradigmático de la necesidad de regular la presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas.– III. REFLEXIONES FINALES: SOBRE LA NECESIDAD DE REMODELAR UNA ARQUITECTURA ADMINISTRATIVA ANQUILOSADA.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto el planteamiento de una nueva garantía dirigida a reforzar la protección jurídica del administrado en procedimientos administrativos donde existan actuaciones administrativas automatizadas y/o se empleen sistemas de inteligencia artificial para la toma de decisiones. En la primera parte del trabajo se exponen los conceptos básicos del aprendizaje automático supervisado y no supervisado, analizándose, asimismo, los óbices jurídicos que impiden su uso en determinadas parcelas del poder administrativo. A continuación, se desarrolla el principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables como técnica de

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 25/04/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/05/2023.

supervisión humana en orden a facilitar la implementación de tecnologías emergentes en la Administración, a la vez que se respetan los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Finalmente se realiza una breve reflexión acerca de la importancia de la labor doctrinal en este campo, incidiendo en la necesidad de remodelar la arquitectura de una Administración anquilosada.

Palabras clave: presunción de falibilidad; inteligencia artificial; decisiones administrativas automatizadas; aprendizaje automático; garantías del ciudadano; derecho administrativo.

ABSTRACT: The goal of this paper is to propose a new guarantee aimed at reinforcing the legal protection of the administrative proceedings where there are automated administrative actions and/or artificial intelligence systems are used for decision making. The first part of the article presents the basic concepts of supervised and unsupervised machine learning, analyzing the legal obstacles that prevent its use in certain areas of administrative power. Next, it develops the principle of presumption of fallibility of unfavorable algorithmic decisions as a technique of human supervision in order to facilitate the implementation of emerging technologies in the administration, while respecting the legitimate rights and interests of citizens. Finally, a brief reflection is made on the importance of doctrinal work in this field, with particular emphasis on the need to remodel the architecture of a stagnant Administration.

Keywords: presumption of fallibility; artificial intelligence; automated administrative decisions; machine learning; citizen's guarantees; administrative law.

I. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO TECNOLOGÍA ESTRATÉGICA AL SERVICIO DEL CIUDADANO

Ríos de tinta corren en el ámbito académico sobre los riesgos, desafíos y oportunidades derivados del uso de la inteligencia artificial (en adelante, IA). Los artículos y conferencias hablando del tema se cuentan por cientos. Sin embargo, todavía no existe un *corpus* doctrinal consolidado que responda a la cuestión de cómo ha de afrontar la Administración el advenimiento de una tecnología que ya está transformando la sociedad.

¿Cómo adaptamos el ordenamiento jurídico-administrativo al uso de las nuevas tecnologías? ¿Acaso pretendemos encontrar soluciones sin reformas normativas que impliquen cambios estructurales en los procedimientos de actuación? Y en la hipótesis de que exista voluntad legislativa para regular esos cambios, ¿nos bastan los principios que tenemos, o hemos de dar un paso más y construir nuevos conceptos? El impacto de las nuevas tecnologías requiere un sesudo análisis jurídico que implicará años de esfuerzo, de ahí que las modas no sean buenas compañeras en el camino hacia la materialización (real y efectiva) de la transformación digital de las Administraciones Públicas. La Administración digital necesita nuevos principios que la rijan y el Estado

tiene el deber de adaptarse y adecuar el Derecho a las realidades sociales que vayan surgiendo.

Dicho esto, al jurista, y en especial al administrativista, se le presenta una tarea hercúlea, pues en breve tendrá que afrontar la regulación europea de la IA [la previsión es que la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act* por sus siglas en inglés, en adelante AAI) entre en vigor en 2024] (1). Ante este escenario es importante tomar distancia y preguntarnos cómo vamos a abordar la cuestión, ¿desde la rigidez del timorato que no quiere asumir riesgos o desde la flexibilidad y la confianza en el progreso tecnológico?

En la doctrina española existen varias posturas en torno al uso de los algoritmos por las Administraciones Públicas. Por un lado, están quienes defienden que algunos algoritmos son reglamentos y deben someterse a los mismos requisitos que estas normas jurídicas (2); por otro, autores que defienden lo contrario (3). Dentro de estos dos grandes grupos, algunos abogan por excluir la aplicación de la IA en determinados supuestos, como en la toma de decisiones discrecionales (4); otros, reconocen la posibilidad de su uso en actuaciones que requieran un «bajo nivel de discrecionalidad o cuando el ejercicio de la potestad discrecional supone el uso de criterios técnicos y no políticos» (5).

Sin embargo, y a pesar de las diferencias doctrinales, existe cierto consenso a la hora de analizar la regulación de la IA con la balanza excesivamente inclinada hacia el lado de los riesgos. Particularmente esta distribución de pesos me parece perjudicial cuando tratamos de realizar un análisis jurídico objetivo. Al centrar nuestra atención exclusivamente en conjurar el peligro, desatendemos las oportunidades y beneficios que puede aportarnos la implementación de la IA. En consecuencia, las propuestas tienden a ser restrictivas o excesivamente intervencionistas, lo que implica cargar una enorme losa sobre los hombros de la Administración y los distintos agentes implicados. La virtud, como diría varios siglos atrás un buen amante de la sabiduría, está en el justo medio. Por tanto, las respuestas jurídicas deben ser equilibradas y tener en cuenta todas las aristas del objeto a regular.

(1) Cabe destacar que el Consejo aprobó su propuesta transaccional a la iniciativa de la Comisión el 25 de noviembre de 2022. La propuesta realiza cambios sustanciales tanto en el concepto de IA (más restrictivo) como en las facultades de la Comisión a la hora de adaptar especificaciones comunes. Solo falta que el Parlamento manifiesta su posición para que el procedimiento legislativo siga su curso y el acto legislativo se apruebe definitivamente.

(2) A. BOIX PALOP (2020: 236-238).

(3) A. HUERGO LORA (2020: 64-67).

(4) J. PONCE SOLÉ (2022: 63).

(5) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2020: 24).

En mi opinión, cuando el usuario del sistema sea una Administración Pública debemos partir de una premisa: las tecnologías emergentes deben utilizarse en la medida en que satisfagan los intereses generales y siempre que contribuyan a materializar los principios que han de regir su actuación (6). Si contamos con herramientas que pueden mejorar la eficiencia en la gestión de los recursos públicos y, además, puede incrementarse significativamente la eficacia en la prestación del servicio, ¿no deberíamos esforzarnos más en plantear soluciones en lugar de óbices? ¿Es mejor opción no aprovechar el progreso tecnológico y mantener una Administración caracterizada por su lentitud y un burocratismo elefantásico? En este sentido, la implementación de un modelo de gestión pública basado en la gobernanza inteligente debería ser uno de los principales objetivos a lograr por los poderes públicos (7).

La narrativa apocalíptica nos lleva a un callejón sin salida y no atiende al principio de realidad freudiano. Siguiendo a HUERGO LORA (8) el concepto IA es antropomórfico. Nada tiene que ver la inteligencia humana con la artificial (9). Lo siento por algunos, pero los robots no van a acabar con la humanidad a menos que un ser humano apriete el botón, pero esa es otra historia. En efecto, el peligro está en la persona, no en la máquina. Dejemos los escenarios distópicos a guionistas y escritores de ciencia ficción. Acertadamente, señala BARRIO ANDRÉS que «... tenemos que desmitificar y juridificar esta tecnología [...] A mi juicio, el principal reto de nuestro tiempo [...] es cómo controlar el proceso de toma de decisiones de los sistemas inteligentes...» (10). Abordémosla, pues, como lo que es, una herramienta con un increíble potencial para mejorar la actuación administrativa.

En este sentido, la situación requiere utilizar técnicas jurídicas que nos permitan integrar las nuevas tecnologías en la Administración. ¿Límites? Únicamente aquellos que se traduzcan en garantías para el administrado. Haciendo mío el razonamiento de BOIX PALOP, con el que solo puedo estar de acuerdo en lo relativo a la defensa de la protección jurídica del ciudadano, «... los

(6) El art. 103.1 de nuestra Norma Fundamental es taxativo cuando dispone que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

(7) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2019: 6-9).

(8) A. HUERGO LORA (2022: 81).

(9) La confusión que algunas personas sufren cuando interactúan con un sistema informático se denomina «efecto ELIZA». El fenómeno se traduce en que el sujeto afectado cree que la máquina le comprende y es empática, pudiendo llegar a entablar un vínculo estrecho basado en la confianza hacia el sistema. Este es uno de los motivos por los que la propuesta de Reglamento obligará a que en todo momento se advierta al usuario de que está interactuando con una máquina.

(10) M. BARRIO ANDRÉS (2022: 21).

ciudadanos deben conservar todos sus derechos frente a la actuación administrativa también cuando esta es realizada por medios algorítmicos [...] El equilibrio entre la protección jurídica de su posición jurídica y la capacidad de actuación del Estado, del poder, no ha de verse alterada [...] por el simple hecho de que los poderes públicos dispongan de herramientas técnicas que les permitan ser más eficientes en su actuación» (11).

Esta es la razón principal que me impulsa a escribir el presente artículo científico. En las siguientes páginas se pretende aportar una posible solución a la situación de desprotección del administrado frente al empleo de sistemas de IA o automáticos en el procedimiento administrativo. Ello se hará a través del principio que he denominado «presunción de falibilidad». Dicho principio (que opera en aquellos supuestos de decisiones automatizadas desfavorables) podría constituir una salvaguarda de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, además de servir de catalizador para la implementación de la IA en procedimientos donde no sea necesario aplicar discrecionalidad o interpretar conceptos jurídicos indeterminados.

La actividad administrativa mediante algoritmos es ya una realidad que debemos regular. Por este motivo, la Academia tiene el deber de construir puentes que faciliten su aplicación en favor del ciudadano, no murallas que frenen el uso de una tecnología que puede contribuir a la satisfacción de los intereses generales.

El objetivo del trabajo es dar una respuesta jurídica al problema actual fruto de la desactualización de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo e invitar a la reflexión. En el primer epígrafe, se expondrán los conceptos básicos del aprendizaje automático y las diferencias entre el supervisado y no supervisado. Clarificar estos conceptos nos permitirá facilitar la comprensión del estudio y la hipótesis planteada.

A continuación, se desarrollará el principio de presunción de falibilidad de las decisiones desfavorables dictadas al amparo de una actuación automatizada. En primer lugar, se estudiarán las fuentes de las que se nutre esta garantía jurídica para, posteriormente, analizar sus efectos, así como su ámbito de aplicación. Asimismo, se utilizará el conflicto jurídico derivado del uso del programa informático BOSCO (acrónimo que tiene su origen en la fusión de las palabras bono social comercializadoras) para justificar la necesidad de reconocer este principio en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Por último, se dedicará el epígrafe final a transmitir unas breves reflexiones conclusivas fruto del análisis realizado.

(11) A. BOIX PALOP (2022: 92-93).

1. Introducción al concepto de aprendizaje automático supervisado y no supervisado (12)

Previamente, y con el ánimo de no ahogarnos en un mar de conceptos ajenos a nuestra disciplina, conviene explicar de forma sencilla qué es un algoritmo, qué se entiende por aprendizaje automático y, dentro de este último, cuál es la diferencia básica entre los modelos supervisados y no supervisados.

A la pregunta, ¿qué es un algoritmo? (13) Básicamente es el conjunto de instrucciones que el programador da al sistema para conseguir un resultado (14). El algoritmo es el *software* en su conjunto. En realidad, este concepto es muy genérico y nos sirve de poco a la hora de abordar el estudio del aprendizaje automático.

Una vez visto el significado del concepto algoritmo, ¿qué se entiende por aprendizaje automático? Aquí la cosa se complica. El aprendizaje automático, en palabras de MITCHELL, «se ocupa de la cuestión de cómo construir programas informáticos que mejoren automáticamente con la experiencia» (15). Un concepto más retórico lo aporta DOMINGOS al manifestar que «El aprendizaje automático es algo nuevo bajo el sol: una tecnología que se construye a sí misma [...] Un algoritmo de aprendizaje es como un maestro artesano, cada una de sus producciones es diferente y está exquisitamente adaptada a las necesidades del cliente» (16). Por su parte, *Google Cloud* lo define como «un subconjunto de inteligencia artificial que permite que un sistema aprenda y mejore de forma autónoma mediante redes neuronales y aprendizaje profundo, sin tener que ser programado explícitamente, a través de la ingesta de grandes cantidades de datos» (17).

Finalmente, ¿qué diferencias existen entre los sistemas de aprendizaje automático supervisados y no supervisados? En la correcta distinción de la técnica está la clave que nos permitirá realizar un análisis jurídico riguroso. Algunos autores distinguen entre «algoritmos predictivos y no predictivos» (18). A pesar de estar de acuerdo con la sistematización realizada por HUERGO LORA,

(12) El estudio se centra en esta rama de la inteligencia artificial porque es la que previsiblemente será objeto de regulación en el futuro proyecto de Reglamento.

(13) Para una definición más desarrollada del concepto, *vid.* A. HUERGO LORA (2020: 26-30).

(14) Siendo precisos, la Real Academia Española define un algoritmo como el «Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema».

(15) T. MITCHELL (1997: XV).

(16) P. DOMINGOS (2015: 11).

(17) <https://cloud.google.com/learn/what-is-machine-learning?hl=es#section-2> (última consulta realizada el 18 de abril de 2023).

(18) A. HUERGO LORA, 2020 (68-87).

en el campo del aprendizaje automático no creo que esta sea la principal diferencia, pues ambos son modelos cuyos resultados son formalmente predicciones basadas en el análisis de datos.

La diferencia principal entre un modelo supervisado y uno no supervisado, teniendo en cuenta lo establecido por los expertos en computación, a mi juicio, es la siguiente: mientras en el primero los datos de entrada (*inputs*) están etiquetados, configurándose el sistema de forma tal que se predetermina la variable de respuesta (*output* o salida); en el segundo, en cambio, no existe una variable de respuesta, sino únicamente los datos de entrada sin etiquetar. Es decir, no se entrena al sistema para que llegue a un resultado determinado. No obstante, ambos sistemas tienen la capacidad de aprender de forma autónoma y predicen resultados.

2. La conveniencia de la implementación de sistemas de aprendizaje automático supervisados en actuaciones que impliquen únicamente el ejercicio de potestades regladas

Como se ha señalado *ut supra*, en los sistemas de aprendizaje automático supervisados es un humano quien predetermina el resultado. A modo de ejemplo, si en un procedimiento administrativo de concesión de subvenciones el sujeto X debe cumplir con los requisitos 1, 2 y 3 para poder optar a la subvención (los requisitos serían las variables explicativas o, en otras palabras, el conjunto de datos etiquetados), en caso de cumplirlos, el propio sistema le dirigirá de forma automática a la variable de respuesta que implique la concesión. En caso de no cumplir las condiciones, el resultado conllevará la denegación. Estos resultados han sido programados previamente en la fase de desarrollo y entrenamiento del modelo, por lo que conocemos cuál será la respuesta en todo momento.

Debido a su naturaleza, el sistema es perfecto para la toma de decisiones que no impliquen discrecionalidad administrativa ni aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Asimismo, este modelo mejora su eficacia con el tiempo, aprende por sí mismo (si se mantienen los datos actualizados) y es fácilmente revisable, ya que el usuario supervisa y predetermina la salida. Si hay desvíos, se corrigen. La ventaja, además de la velocidad en la clasificación de grandes cantidades de información (19), es que el sistema mejora a partir de la experiencia, llegando a un punto en el que, sin necesidad de suministrarle los datos etiquetados, el propio modelo los clasificará y resolverá el problema.

(19) Esta no es la ventaja principal del aprendizaje automático, pues ya existen aplicaciones informáticas que no emplean inteligencia artificial y realizan funciones de clasificación.

Visto el funcionamiento de los modelos supervisados, ¿cómo puede la Administración garantizar los derechos del administrado en el procedimiento cuando se utilizan sistemas de IA supervisados? (20) Aquí entra en juego el principio de presunción de falibilidad que desarrollaremos más adelante. Por ahora solo veremos su ámbito de aplicación, diferenciando entre si el acto es favorable o desfavorable.

En el supuesto de que se trate de un acto favorable, al no requerir la motivación exigida por el art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) automáticamente se dictará y notificará al interesado (21). Al no existir un perjuicio, el acto administrativo producirá todos sus efectos de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 34 y 39 LPAC, lo que permite agilizar los trámites procedimentales. En la esfera de los actos favorables no tiene sentido comprobar todos los resultados dados por el sistema. En este sentido, se presume la fiabilidad del modelo y la supervisión humana queda excluida.

Por el contrario, si nos encontramos ante un acto administrativo desfavorable se dictará un acto de trámite traducido al lenguaje natural y motivado (aquí la explicabilidad es muy sencilla, ya que no existe discrecionalidad administrativa y el error del algoritmo es fácilmente identificable). Tanto el derecho a la buena administración del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) como el art. 35.1.a) LPAC exigen que al ciudadano se le dé una respuesta motivada en aquellos supuestos de actos que afecten a su esfera personal o patrimonial.

Asimismo, el art. 41, apartado 2, *in fine*, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) dispone que en los supuestos de actuación administrativa automatizada «se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación». Implícitamente podemos extraer del inciso una garantía en favor del administrado, cual es el derecho a impugnar en vía administrativa todo acto desfavorable que haya sido dictado sin intervención humana. La automatización no puede convertirse en una suerte de escudo para el órgano competente que le exima de responsabilidad. Por otra parte, este precepto, desde mi punto de vista, debe interpretarse en el sentido del reconocimiento legal de un deber de responsabilidad de la Administración dueña del programa, no

(20) El razonamiento también se extiende a las actuaciones automatizadas que no emplean IA. Sobre la diferenciación entre sistemas automáticos y autónomos, *vid.* A. SORIANO ARNANZ (2021), «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 3, pág. 88.

(21) Sobre la cuestión, *vid.* E. GAMERO CASADO (2021), «Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o algoritmos», *Almacén de Derecho*, 4.

pudiendo esta derivar la impugnación a órganos administrativos ajenos a la aplicación informática (22).

En conclusión, con esta forma de proceder conseguimos reducir los tiempos en la tramitación y beneficiar a todos aquellos ciudadanos que cumplen los requisitos, a la vez que respetamos las garantías del procedimiento en el caso de actuaciones desfavorables. La Administración humana sólo intervendrá cuando los administrados sufran un perjuicio, ya sea por la utilización de un sistema basado en IA o por la simple actuación automatizada.

3. La problemática del uso de sistemas de inteligencia artificial que utilicen técnicas de aprendizaje automático no supervisado por la Administración. ¿Prohibición absoluta o relativa?

A diferencia de los modelos de IA supervisados, en los sistemas de IA basados en aprendizaje automático no supervisado no se predetermina la salida ni se etiqueta el conjunto de datos suministrado. En consecuencia, será el propio modelo quien busque correlaciones entre los datos aportados y determine la salida. Siguiendo la explicación de SIMEONE, «... el conjunto de entrenamiento consiste en entradas no etiquetadas, es decir, de entradas sin ninguna salida predeterminada» (23). El objetivo general del aprendizaje no supervisado es descubrir propiedades ocultas en los datos. Al modelo no se le entrena en ningún momento para que llegue a un resultado concreto.

Como puede inferirse de la definición, en esta clase de modelos no existe intervención humana que determine el resultado (en nuestro campo, la actuación administrativa algorítmica). Pero, ¿puede explicarse el motivo por el que llega a la decisión la máquina? Sí, aunque en determinados supuestos puede ser sumamente complejo debido a la opacidad del sistema. En este sentido, concluye SIMEONE que «La máquina entrenada es una caja negra que asigna las entradas a las salidas. Como tal, no proporciona medios directos para averiguar por qué se ha producido una salida determinada en respuesta a una entrada, aunque investigaciones recientes han hecho algunos progresos en este frente» (24).

Además, las técnicas empleadas en el aprendizaje no supervisado suelen ser abstractas y discriminatorias, ya que no tienen en cuenta la individualidad

(22) Así ha sucedido con el programa informático BOSCO utilizado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para la concesión del bono social eléctrico. Ante la denegación del bono, el ciudadano debe acudir a las autoridades de consumo autonómicas, lo que implica derivar la responsabilidad a una Administración que desconoce el funcionamiento de la aplicación.

(23) O. SIMEONE (2018: 2).

(24) O. SIMEONE (2018: 3).

del sujeto, sino su proximidad a un grupo con el que comparte determinadas características (25). Un ejemplo de su funcionamiento opaco lo encontramos en el programa «SyRI» (26), empleado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social holandesa para detectar y prevenir el fraude en la obtención de prestaciones de la seguridad social. La normativa que regulaba su uso fue declarada contraria al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo uno de los principales motivos la falta de transparencia del sistema (27).

La alta probabilidad de que existan elementos discriminatorios en la fórmula por la que se llega al resultado unido a la complejidad de explicar su funcionamiento hace recomendable limitar su empleo por las Administraciones Públicas. En esta esfera debe entrar en juego el principio de reserva de humanidad propugnado por PONCE SOLÉ (28).

Dicho esto, ¿en qué ámbitos de actuación sería adecuado utilizar modelos algorítmicos no supervisados? A mi juicio, sería positiva su utilización como herramienta de apoyo para la evaluación de políticas públicas y, por qué no, para la toma de decisiones que queden al margen de procedimientos que impliquen el reconocimiento o denegación de derechos (29). A modo de ejemplo, piénsese en un Consejo de Gobierno autonómico que quiera conocer con mayor precisión dónde sería más adecuado dirigir los recursos disponibles de cara a elaborar las cuentas públicas. Gracias a esta tecnología la política presupuestaria puede verse mejorada.

Por el contrario, aquellos sistemas de IA utilizados para la prevención y detección del fraude (por ejemplo, los algoritmos empleados por la Agencia Tributaria) deberían quedar, de momento, excluidos de plano, pues su funcionamiento es opaco y existe un riesgo alto de que empleen técnicas discriminatorias, contribuyendo, en consecuencia, a la estigmatización de determinados sectores de la población. Idéntica exclusión debe operar cuando exista discrecionalidad en el reconocimiento de derechos o en el acceso a servicios. En el ámbito de la seguridad pública, la primera cámara del Tribunal Constitucional

(25) A. SORIANO ARNANZ, (2021:91-93).

(26) Para profundizar en este asunto, *vid.* L. COTINO HUESO «SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley Privacidad*, 4, 2020.

(27) Sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de la Haya (C / 09/550982 / HA ZA 18-388, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878). A través del siguiente enlace puede accederse directamente a su contenido *Rechtbank Den Haag 5 februari 2020*, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878.

(28) Sobre el principio de reserva de humanidad, *vid.* J. PONCE SOLÉ (2019), «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho administrativo*, 50.

(29) A. HUERGO LORA (2022: 85).

Federal de Alemania ha prohibido recientemente el uso de sistemas de aprendizaje automático en una sentencia que declara la inconstitucionalidad de dos leyes que permitan a la policía utilizar técnicas basadas en el análisis masivo de datos en tareas de prevención y persecución de delitos. En el párrafo 121 de la sentencia el Alto Tribunal alemán concluye que el uso de estos modelos debe quedar expresamente excluido en la ley (30).

En definitiva, sería adecuado que el Legislador regulara una prohibición relativa de los sistemas algorítmicos que utilicen técnicas de aprendizaje automático no supervisado. Así, mientras se prohíbe su uso en procedimientos que requieran el ejercicio de discrecionalidad o afecten negativamente a los derechos de los administrados, debe autorizarse su empleo como instrumento de evaluación de políticas públicas, así como cuando constituya un apoyo en la toma de decisiones que obedezcan a criterios exclusivamente políticos. Hasta que este tipo de sistemas no sean 100% explicables no pueden ser utilizados por la Administración de forma generalizada.

II. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE FALIBILIDAD DE LAS DECISIONES DESFAVORABLES DICTADAS POR SISTEMAS ALGORÍTMICOS

El principio de presunción de falibilidad surge a raíz de profundizar en el estudio de la doctrina y partiendo de un hecho que no admite prueba en contrario: la dificultad actual de explicar y comprender el funcionamiento de un sistema algorítmico que opere con técnicas de aprendizaje automático. Teniendo en cuenta que en breve contaremos con un acto legislativo nuevo enfoque que someterá a control previo los sistemas calificados como de alto riesgo antes de su introducción en el mercado (31), el debate jurídico ya no girará en torno a la seguridad del *software*. Así, a partir de la de entrada en vigor de la norma europea los modelos de alto riesgo deberán pasar una evaluación de la conformidad *ex ante* a fin de garantizar que cumplen con los requisitos previstos en aquella.

(30) Un breve comentario a esta sentencia en español lo encontramos en L. COTINO HUESO (2023), «Los requisitos del Tribunal Constitucional alemán para el análisis automatizado de datos o con inteligencia artificial, que no se cumplen en España», blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*. Puede accederse al mismo a través del siguiente enlace <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2023/04/12/los-requisitos-del-tribunal-constitucional-aleman-para-el-analisis-automatizado-de-datos-o-con-inteligencia-artificial-que-no-se-cumplen-en-espana-lorenzo-cotino-hueso/> (última consulta realizada el 20 de abril de 2023).

(31) Para comprender mejor la futura regulación es necesario contar con un conocimiento básico de las normas técnicas armonizadas. En este sentido, *vid.* V. ÁLVAREZ GARCÍA (2020), *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*, 1ª ed., Madrid, lustel.

Serán, pues, los organismos notificados y las Autoridades nacionales de supervisión quienes velen por que los proveedores y usuarios cumplen con las prescripciones esenciales del acto legislativo europeo (32). ¿Dónde debería poner el foco el administrativista a partir de la entrada en vigor del Reglamento de IA? En mi opinión, el estudio de la adaptación de los procedimientos administrativos a través de nuevas fórmulas que permitan integrar la IA en el día a día de la Administración.

Al igual que el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos constituye un baluarte sobre el cual la Administración ejerce sus prerrogativas exorbitantes para cumplir con su finalidad, la presunción de falibilidad se erigiría como un escudo frente a las decisiones dictadas por sistemas autónomos o automáticos. Su *ratio essendi* es, por tanto, ser garantía jurídica de los derechos e intereses legítimos del administrado, así como límite para los poderes públicos. En este sentido, la lucha contra las inmunidades del poder defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA (33) ha de tenerse más presente que nunca. Ningún manto de oscuridad puede arropar la actuación de la Administración.

Dicho lo cual, considero que el ciudadano no necesita acceder al código fuente del programa, por muy loables que sean algunos razonamientos desde el punto de vista de la transparencia. Tampoco lo exige la futura Propuesta de Reglamento (34). Es más, en lo que atañe a la publicidad del código fuente, el futuro Reglamento de IA se decanta por la protección de la propiedad intelectual del sistema (35).

(32) Un estudio sobre la normalización industrial recomendable a todo aquel que quiera profundizar en la regulación de la IA lo encontramos en V. ÁLVAREZ GARCÍA (1999), *La normalización industrial*, 1º ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

(33) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, págs. 159-208.

(34) El art. 64.2 del AAI permite acceder al código fuente únicamente a las autoridades de vigilancia del mercado. Así, establece el precepto que «En caso necesario y previa solicitud motivada, se concederá a las autoridades de vigilancia del mercado acceso al código fuente del sistema de IA para evaluar la conformidad del sistema de IA de alto riesgo con los requisitos establecidos en el título III, capítulo 2».

(35) El art. 70.1.a) del AAI dispone de forma taxativa que «Las autoridades nacionales competentes y los organismos notificados involucrados en la aplicación del presente Reglamento respetarán la confidencialidad de la información y los datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones y actividades de modo que se protejan, en particular:

a) los derechos de propiedad intelectual y la información empresarial confidencial o los secretos comerciales de una persona física o jurídica, *incluido el código fuente*, salvo en los casos contemplados en el artículo 5 de la Directiva 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas».

Ahora bien, lo que sí necesita el administrado es la existencia de un acto que le permita conocer las razones fácticas y jurídicas de una actuación administrativa que le sea desfavorable. Siguiendo a PONCE SOLÉ, para construir el principio distinguiremos entre dos técnicas reguladoras: la supervisión humana y la reserva de humanidad (36). Desde esta perspectiva, la presunción de falibilidad de los modelos algorítmicos que impliquen decisiones desfavorables para el administrado supondría una forma de hacer efectiva la supervisión humana en el procedimiento administrativo.

Por otra parte, debe recordarse al lector que en este estudio se parte de una hipótesis en virtud de la cual los sistemas de IA basados en aprendizaje automático no supervisado no pueden (o no deben) ser utilizados por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones discrecionales. Por ahora, y hasta que no se pueda garantizar la explicabilidad de los resultados al 100%, estos sistemas no deberían utilizarse como fundamento de las decisiones que afecten a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos. Ahora bien, el argumento de la empatía esgrimido para justificar la reserva de humanidad carece de fundamento desde una perspectiva iuspositivista, pues, ¿existe en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo un derecho del administrado a que las resoluciones se dicten empáticamente? Al funcionario no se le exige que sea empático, sino que desempeñe sus funciones con estricto respeto a la Ley y al Derecho, no a la moral o la ética. De la empatía, a mi juicio, no puede surgir la necesidad de una reserva de humanidad.

En cambio, la Administración sí tiene la obligación de motivar sus actos desfavorables so pena de incurrir en arbitrariedad y, no en base a los resultados probabilísticos dictados por un programa informático, sino con fundamento en hechos y derecho. Por este motivo considero que hoy por hoy es jurídicamente inviable la aplicación del aprendizaje automático no supervisado en el procedimiento administrativo. Como buenamente señala SÁNCHEZ MORÓN, «la motivación es, ante todo, una manifestación y una exigencia del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos a la buena administración» (37).

Pero, yendo más allá, ni aun cumpliéndose los requisitos expuestos por COTINO HUESO de transparencia externa y explicabilidad (38) podría dictarse un acto administrativo que no esté fundado en derecho. El «principio de juridicidad» (39) es el primer muro contra el que choca la idea de implementar

(36) J. PONCE SOLÉ (2022: 63-66).

(37) M. SÁNCHEZ MORÓN (2020: 547).

(38) L. COTINO HUESO (2022: 25 y ss.).

(39) Sobre el principio de legalidad y juridicidad, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO (2015), «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. T. III: *Los principios de constitucionalidad y legalidad*», 4ª ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, págs. 99-136.

la IA de forma generalizada en la Administración. La actuación administrativa debe de ser fiscalizable conforme a parámetros jurídico-constitucionales, no informáticos. Podemos discutir sobre el tipo de vinculación (negativa o positiva) de la Administración con la Ley y su margen de actuación. Ahora bien, lo que no podemos plantear es un modelo de actuación de las Administraciones Públicas regulado a través de fórmulas ajenas al Derecho.

Un algoritmo basado en cálculos matemáticos no podrá jamás sustituir a una disposición general en su función normativa. De hacer eso, estaríamos socavando los principios estructurales que configuran el Estado de Derecho. Aceptar la naturaleza jurídica de los algoritmos aprendices nos llevaría a sustituir el imperio de la ley por el reino de la arbitrariedad probabilística. Las matemáticas, en definitiva, no pueden sustituir en modo alguno al Derecho en su función ordenadora de la realidad social. Ello me lleva a la necesidad de rechazar la tesis que propone la naturaleza reglamentaria de los algoritmos. En este sentido, a pesar de que BOIX PALOP defiende con vehemencia la naturaleza normativa de algunos programas informáticos, él mismo reconoce que (la cursiva es nuestra) «... esos algoritmos y programas son *empleados como elementos que ayudan* a determinar la concurrencia o no de ciertas circunstancias de hecho o que establecen la conveniencia o no de asociar ciertas consecuencias jurídicas a los hechos disponibles» (40).

A lo largo de las páginas el autor deja claro de forma indirecta el papel de intérpretes que representan los sistemas de IA. Así, señala que «Parafraseando a Lessig, que lo expresaba de una forma levemente diferente, podría decirse que el código fuente con el que se escriben los algoritmos que componen los programas que *evalúan cada vez más circunstancias y deciden cada vez más consecuencias jurídicas* que conviene asociar a cada hecho, al formar parte de las *herramientas que emplea el Derecho* para dar respuesta a y ordenar la realidad social...» (41).

Los programas *ayudan y evalúan, sí, pero* tanto las circunstancias fácticas como las consecuencias jurídicas deben estar previstas en una norma jurídica (no surgen del sistema), cuestión que el autor pasa por alto y, a mi parecer, es un aspecto dogmático sustancial a tener en cuenta si la intención es construir una teoría que defienda la naturaleza reglamentaria de los algoritmos. En términos estrictamente técnicos, el código fuente no innova el ordenamiento jurídico-administrativo. Ergo, no es fuente del Derecho ni se integra en el sistema normativo. Que sea un modelo de inteligencia artificial en lugar de un funcionario el que aprecie si concurren los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas preestablecidas en una disposición normativa, no puede

(40) A. BOIX PALOP (2020: 234).

(41) A. BOIX PALOP (2020: 235).

llevarnos a afirmar que los «algoritmos son reglamentos». Si siguiéramos este razonamiento, terminaríamos concluyendo que todos los operadores jurídicos que realizan funciones interpretativas son parte también del ordenamiento jurídico porque evalúan circunstancias fácticas y aplican consecuencias jurídicas.

En mi opinión, todo lo más que se produce es una subdelegación de la función interpretativa (que ya es bastante), siendo esta transferida del funcionario a la máquina por su mayor capacidad de procesamiento; pero en ningún caso nos encontramos ante un ejercicio de la potestad normativa (42). La conclusión a la que llega la teoría no es válida porque, a mi juicio, el autor equipara la función interpretativa con la normativa. Quizás este razonamiento pueda tener acogida en sistemas anglosajones (mucho más flexibles en lo que respecta al sistema de fuentes), pero en sistemas continentales como el nuestro no tiene mucho recorrido. Ahora bien, cuestión distinta es que el Legislador opte por aplicar el procedimiento para la elaboración de Reglamentos de la LPAC a los sistemas de inteligencia artificial empleados por la Administración para dotar a la herramienta de cierta transparencia y legitimidad democrática. Pero para eso no es necesario calificar a los algoritmos como normas jurídicas. Ello sería una mera *fictio iuris* innecesaria, pues huelga decir que toda actuación de la administración (sea a través de algoritmos o por otros medios) está sometida a la Constitución, a la ley, y a los principios generales del Derecho que informan nuestro ordenamiento.

En fin, a pesar de las discrepancias teóricas, comparto plenamente la defensa de la primacía del Derecho realizada por el autor cuando afirma «la necesaria preeminencia jurídica tanto para la predeterminación típica requerida para la aplicación posterior al caso concreto de las reglas también cuando se haga por medio de estos nuevos instrumentos que, junto con las normas jurídicas tradicionales, conforman como parte esencial el nuevo entramado normativo: los algoritmos y los programas y modelos que estos componen y el código fuente en que estos están escritos» (43).

(42) Algo que, por ejemplo, sí ocurre en el ámbito de las normas técnicas armonizadas, consideradas jurisprudencialmente como actos jurídicos de la Unión. A pesar de su naturaleza, estas normas (elaboradas por los organismos de normalización) no cumplen formalmente con el requisito de publicidad normativa (sólo se publican sus referencias). A nivel nacional, nuestro ordenamiento jurídico también contiene disposiciones reglamentarias que utilizan la técnica del reenvío normativo a normas técnicas voluntarias, las cuales, debido a la remisión, se vuelven vinculantes, y ello sin haber sido objeto de publicación. Sobre la cuestión, *vid.* V. ÁLVAREZ GARCÍA (2022), «La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, págs. 449-482; sobre la capacidad normativa de los sujetos privados y la subdelegación de la potestad reglamentaria, *vid.* V. ÁLVAREZ GARCÍA (2010), *Industria*, 1ª ed., Madrid, Lustel, págs. 224 y ss.

(43) A. BOIX PALOP (2020: 233).

1. Su conexión con el derecho a una buena administración y la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España

En cuanto a las fuentes (normativas y no normativas) de las que bebe este principio, podemos diferenciar dos: el derecho a la buena administración previsto en la CDFUE (44) y la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno de España en el año 2021. También ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

El art. 41.2 a) de la CDFUE reconoce «el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente». Como puede observarse, la Carta prevé un derecho de audiencia en caso de actuaciones desfavorables para el interesado. Junto al derecho a ser oído, dispone el apartado c) del mismo precepto «la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones». Respecto a la obligación de motivación reconocida por en la CDFUE, señala Sánchez Morón que «...la exigencia legal de motivación no se ciñe a aquellos casos en que el acto afecte desfavorablemente a derechos e intereses individuales legítimos, sino que alcanza a otros muchos, en el derecho europeo prácticamente a todos los actos jurídicos» (45).

Aplicado al ámbito de las decisiones algorítmicas, todo ciudadano tiene derecho a conocer las razones fácticas y jurídicas (que no informáticas) del acto administrativo dictado. El principio de presunción de falibilidad quedaría configurado como una garantía del administrado en aquellos supuestos de decisiones desfavorables cuyo fundamento resida en los resultados de un sistema algorítmico. Gracias a su aplicación un acto administrativo desfavorable dictado de forma automática no podría producir efectos *ipso facto*. La presunción, por tanto, hace decaer la ejecutividad del acto y obliga a que un humano revise y motive la decisión, dándose audiencia al interesado.

Por otra parte, y aunque carezca de valor normativo, es importante destacar el artículo XXV, apartado 3, letra b), el cual dispone que «Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial». El precepto es algo genérico en su redacción, aunque considero que ha de interpretarse en el sentido de que el derecho a la supervisión debe surgir cuando existan efectos desfavorables.

(44) Para un estudio específico sobre el particular, *vid.* J. VALERO TORRUIOS (2019), «Les garanties jurídiques de la intelligència artificial en l'activitat administrativa des de la perspectiva de la bona administració», *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, págs. 82-96.

(45) M. SÁNCHEZ MORÓN (2020: 547).

A continuación, en el apartado 2 del artículo XXVII (rubricado «Garantía de los derechos en entornos digitales») se señala que «Asimismo, se promoverá la garantía de los derechos reconocidos en esta Carta en el marco de las relaciones con la Administración de Justicia y, particularmente, los derechos relacionados con la inteligencia artificial, cuando se recurra a ésta para la utilización o el desarrollo de sistemas de soporte a las decisiones o de herramientas de justicia predictiva». Como puede observarse, la Carta de Derechos Digitales se desprende la voluntad del Poder Ejecutivo estatal de regular mecanismos de supervisión y revisión de aquellas decisiones automatizadas que afecten a los derechos de los ciudadanos. Luego, una de las garantías procedimentales a tener en cuenta en una futura propuesta normativa podría ser la presunción de falibilidad.

¿Qué se consigue reconociendo este principio procedimental? Impedir que se dicten resoluciones desfavorables basadas únicamente en los resultados de un programa informático. En virtud del mismo, (siempre que se restrinjan derechos o intereses legítimos) se presumirá que la máquina ha fallado y el órgano competente estará obligado a traducir el resultado en un acto administrativo (en este caso, de trámite) que cumpla los requisitos del art. 35 LPAC.

Precisamente el déficit de garantías es el principal motivo por el que miles de ciudadanos ven rechazado su derecho al bono social eléctrico (46). Y ello porque las comercializadoras de referencia fundamentan la denegación de la ayuda en base a los resultados del programa informático BOSCO utilizado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. La prueba principal de lo que aquí se expone se encuentra recogida en el Informe anual 2022 del Defensor del Pueblo, donde queda patente el fallo del algoritmo y la falta de explicabilidad de las decisiones automatizadas desfavorables (47).

En su Informe, el Defensor del Pueblo propuso al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico «que valorara la posibilidad de que a los solicitantes del bono social eléctrico, a quienes se les haya denegado esta condición, pudieran acudir directamente ante las administraciones competentes en materia de energía. De esta manera, todo el proceso de verificación podría hacerse de una manera más rápida y eficiente» (48). La propuesta fue rechazada.

(46) La regulación de esta ayuda social se encuentra recogida en el art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, desarrollado mediante el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica y la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

(47) Informe Anual del Defensor del Pueblo (2022: 101).

(48) Informe Anual del Defensor del Pueblo (2022: 102).

Actualmente, la única vía para impugnar la denegación del bono social eléctrico es presentar una reclamación ante los servicios de consumo (49). Mientras se tramita el procedimiento, personas vulnerables y con escasos recursos quedan a merced de la decisión desfavorable tomada por un algoritmo, a pesar de cumplir todos los requisitos para obtener el bono. Aplicando el principio de presunción de falibilidad evitaríamos situaciones como esta, pues, antes de dictarse la decisión desfavorable, la Administración comprobaría de oficio el resultado, dictando, una vez verificados los requisitos, el acto administrativo que proceda.

Teniendo en cuenta que los supuestos de vulneración de derechos pueden multiplicarse exponencialmente a medida que se generalice el empleo de sistemas de IA y se avance en la automatización de los procedimientos, la constitución de nuevas garantías jurídicas es obligatoria.

2. La teoría de la proporcionalidad inversa aplicada a la actuación administrativa automatizada: la prohibición de actos desfavorables cuyo único fundamento sea el resultado del algoritmo y su correlativa permisibilidad en el supuesto de actos favorables

Ya hemos visto el funcionamiento de la presunción de falibilidad, así como su fundamento. No obstante, reflexionando sobre su operatividad real podemos llegar a la conclusión siguiente: si aplicamos el principio de forma generalizada volveríamos al punto de partida. Es decir, a la intervención humana total. No tiene mucho sentido. De ahí que debamos acudir a la proporcionalidad inversa (el concepto es un mero símil para explicar la virtualidad de sus efectos).

Como ya se ha adelantado *ut supra*, debido a su naturaleza garantista la presunción sólo debe operar en aquellos supuestos de actos desfavorables. Por ende, cuando el acto sea favorable y suponga la finalización del procedimiento producirá eficacia inmediata, operando en su lugar el principio de fiabilidad del modelo (50). A modo de ejemplo, piénsese en un procedimiento de concesión de subvenciones. Si de mil solicitudes presentadas novecientas son favorables y cien desfavorables, las primeras tendrán la naturaleza de resolución a todos los efectos (sin perjuicio de su carácter provisional, que no impedirá su eficacia).

Las segundas, por el contrario, tendrán la naturaleza de actos de trámite y se presumirán contrarias a derecho por mor de la presunción de falibilidad.

(49) Art. 8.2 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

(50) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2020: 34-36).

El órgano competente, después de comprobar los resultados del sistema y la solicitud del interesado, podrá:

1. Corregir el fallo del algoritmo y dictar una resolución favorable, o,
2. Confirmar el resultado.

En el último supuesto, el órgano deberá dictar una propuesta con referencia a los hechos y fundamentos de derecho, a fin de que el administrado conozca las razones de la desestimación. Otorgar a las decisiones de los sistemas algorítmicos esta doble naturaleza (acto definitivo si se trata de una decisión favorable y acto de trámite a la inversa) podría ser una solución que permitiera el uso de la IA supervisada con plenas garantías.

Me parece importante insistir en que en este artículo se defiende únicamente el uso de sistemas de IA supervisados para la tramitación de procedimientos que no impliquen discrecionalidad administrativa cuando afecte a derechos e intereses legítimos del interesado. Evidentemente, todos aquellos sistemas donde se desconozcan los parámetros del algoritmo y las variables de respuesta (los resultados) no pueden ni deben ser utilizados por la Administración para resolver esta clase de procedimientos. ¿Por qué? Porque el usuario (la Administración) no cuenta con la información suficiente para justificar la causa de la decisión. En términos jurídicos, no se cumple con la exigencia de motivación (51).

En consecuencia, la opacidad de estos modelos dificulta su utilización en determinadas parcelas de la actuación administrativa. Ni siquiera como elemento de apoyo a la decisión final, pues, en mi humilde opinión, se estaría incurriendo en una palmaria vulneración del art. 9.3 de nuestra Norma Fundamental en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Además, es muy fácil caer en el sesgo de automatización y fiarse de la supuesta objetividad del sistema (52).

3. El programa BOSCO como ejemplo paradigmático de la necesidad de regular la presunción de falibilidad

En primer lugar, conviene explicar qué es el programa BOSCO desde el punto de vista informático. Ya se ha adelantado *ut supra* que es una herra-

(51) Cuando la explicabilidad, transparencia e interpretabilidad de los sistemas sea una realidad, el informe donde se recoja el motivo que ha llevado a la máquina a dictar un resultado concreto podrá adherirse a la resolución. La motivación *in aliunde* no nos es ajena y llegará el día en que la Administración pueda apoyarse en los resultados del modelo para reforzar todo tipo de decisiones. Ahora bien, jamás se podrá prescindir de las razones fácticas y jurídicas.

(52) J. PONCE SOLÉ (2022: 60).

mienta desarrollada por la Administración y utilizada por las comercializadoras de referencia para decidir quién cumple los requisitos para acceder al bono social eléctrico.

Ahora bien, ¿qué tecnología emplea el sistema? A pesar del déficit de información, el modelo es muy probable que se trate de un mero sistema automático, en contraposición a los sistemas autónomos, siendo estos últimos los únicos que emplean técnicas de aprendizaje automático. Siguiendo la distinción realizada por SORIANO ARNANZ, «Los sistemas automáticos serían aquellos en los que el resultado se encuentra previamente determinado y que no disponen de la capacidad de actualizarse ni tomar decisiones de manera autónoma» (53). Quedan, por tanto, fuera del concepto IA pero dentro de la esfera de las actuaciones administrativas automatizadas.

¿Por qué falla la máquina? Pueden existir varios motivos, como, por ejemplo, que el modelo no esté bien ajustado o que le falten variables para determinar el resultado. Uno de los principales fallos denunciados por la Fundación CIVIO era que a las personas viudas con rentas bajas siempre se les denegaba la solicitud, a pesar de cumplir los requisitos (54). En principio, aquí no existe un error de programación, sino que el modelo no da la respuesta correcta porque no cuenta con todas las variables explicativas.

Para muestra, un botón. El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (nº 8) 143/2021, de 30 de diciembre (55) refuerza la tesis de la falta de variables explicativas cuando señala la causa del error. Así, concluye el Magistrado que «en los supuestos de “imposibilidad de cálculo”, por no contar con información suficiente del solicitante en las bases de datos conectadas a la aplicación, se le requiere al mismo para que aporte la documentación, y en base a ella se determina si existe el derecho al bono social o no. Son supuestos en que no es posible el cálculo automático mediante la aplicación, pero no supuestos de denegación del bono social».

Por otra parte, resulta interesante pararse en el razonamiento del Magistrado, pues, si bien reconoce la naturaleza de acto administrativo al resultado dictado por la aplicación informática, parece olvidarse de las garantías y requisitos que debe cumplir la actuación administrativa automatizada. ¿Cumple el programa BOSCO el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector

(53) A. SORIANO ARNANZ (2022: 13-14).

(54) Un ejemplo de la carta remitida por las comercializadoras denegando el acceso al bono social podéis encontrarlo en el siguiente enlace <https://www.documentcloud.org/documents/5805297-Respuesta-Viudedad.html> (última consulta realizada el 17 de abril de 2023).

(55) Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo 143/2021, de 30 de diciembre de 2021 (Roj: SAN 5863/2021 — ECLI:ES:AN:2021:5863).

Público? (56) ¿Pasaría el filtro del artículo 22 del Reglamento General de Protección de datos? (57) ¿Es un acto de trámite o definitivo? Es necesario despejar todas las incógnitas para determinar la legalidad de la actuación. La Administración no es libre para actuar como le venga en gana, pues se halla sometida al principio de legalidad.

Salvo opinión mejor fundada, por lo que se refiere a la naturaleza del resultado de la aplicación solo caben dos opciones, entender que nos encontramos ante un acto definitivo o ante un acto de trámite cualificado. El motivo de este razonamiento viene motivado porque en la sentencia, tras reconocerse en el Fundamento de Derecho Tercero que el acto administrativo es dictado por el Ministerio para la Transición Ecológica utilizando la aplicación, señala a continuación que «Siendo lo anterior así, no puede considerarse que el acto administrativo se dicte por una aplicación informática, sino por un órgano administrativo, y en caso de que el destinatario de dicho acto esté disconforme con el mismo, podrá impugnarlo en vía administrativa, y en vía judicial».

Por tanto, a la vista de la normativa que regula el acceso al bono social y las normas de procedimiento, podría concluirse que la Administración General del Estado está incurriendo en un manifiesto incumplimiento de la legalidad.

(56) Establece el apartado «En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

(57) Reconoce el precepto que «1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;

b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado».

Para un estudio sobre el art. 22 RGPD en el ámbito de las decisiones automatizadas, vid. A. PALMA ORTIGOSA (2019), «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.

Las garantías previstas en la normativa que regula el bono son mínimas y el acto administrativo adolece de vicios gravísimos de forma y contenido que afectan a su validez.

Respecto al acceso a la información básica del algoritmo, ¿necesitamos acceder al código fuente para identificar la causa de la denegación del bono social? A mi entender, en este caso no es un requisito indispensable. Acceder al código fuente sólo permitirá al interesado conocer la razón técnica del fallo, pero nada más (58). El programa BOSCO aplica el derecho al caso concreto y, en supuestos como el que nos ocupa, el código fuente no es más que la traducción de una norma jurídica a lenguaje informático (59).

Por este motivo me parece irrelevante conocer con exactitud las instrucciones del modelo (60). ¿Dónde radica el vicio de invalidez más importante entonces? Sin duda alguna, en el déficit de garantías procedimentales, no en la falta de transparencia. Los administrados se han visto perjudicados por la decisión de una máquina que no ha aplicado la norma correctamente. Pero, no solo eso, también sin que se les haya dado la oportunidad de ser oídos y, además, sin conocer las razones exactas del sentido del acto administrativo (61).

De ahí que el que suscribe defienda la necesaria legalización de nuevas garantías que permitan a la Administración aprovechar las ventajas del progreso tecnológico sin merma de los derechos del ciudadano. Si hubiera existido el principio de presunción de falibilidad probablemente ni un solo ciudadano hubiera quedado excluido del acceso al bono social eléctrico injustamente. Todas aquellas decisiones desfavorables hubieran sido remitidas a la unidad administrativa u órgano competente para verificar si se cumplen los requisitos y, en consecuencia, dictar el acto motivado que proceda.

En definitiva, los fallos originados por el programa BOSCO unido al déficit de garantías manifiestan la necesidad de reformas estructurales en nuestro

(58) Para una interpretación a favor del acceso al código, *vid.* M. FUERTES (2022), «Reflexiones ante la acelerada automatización de actuaciones administrativas», *Revista Jurídica de Asturias*, 45, pp. 105-124; y G. VESTRI (2022), «El acceso a la información algorítmica a partir del caso bono social vs. Fundación Ciudadana Civio», *Revista General de Derecho Administrativo*, 61.

(59) A. HUERGO LORA (2020: 85).

(60) No tiene sentido. Podría tenerlo en el supuesto de toma de decisiones que impliquen discrecionalidad administrativa, pero no aquí. Desde el principio se conoce si se cumplen o no los requisitos. Acceder al código fuente sirve para conocer con precisión el funcionamiento del modelo y puede ser útil para saber por qué se ha llegado a un resultado concreto en modelos no supervisados donde exista discrecionalidad administrativa o se apliquen conceptos jurídicos indeterminados.

(61) Las comercializadoras de referencia se limitan a trasladar la causa de la imposibilidad de cálculo dada por la aplicación, cuya explicación suele reducirse a la frase «imposibilidad de comprobar los niveles de renta».

procedimiento administrativo. El asunto BOSCO es solo uno de los muchos problemas jurídicos que surgirán en el pedregoso camino de la Administración hacia la efectiva transformación digital. Avanzar en la implementación de nuevas tecnologías exige la adecuación de los marcos normativos, de tal manera que puedan utilizarse respetando y reforzando los derechos del interesado.

III. REFLEXIONES FINALES: SOBRE LA NECESIDAD DE REMODELAR UNA ARQUITECTURA ADMINISTRATIVA ANQUILOSADA

Los resultados de la investigación evidencian la necesidad de actualizar los marcos regulatorios del procedimiento administrativo común con la finalidad de introducir nuevas garantías jurídicas que protejan ciudadano. La actuación administrativa automatizada, ya sea a través de sistemas automáticos o autónomos, es posible, necesaria y recomendable. Las Administraciones Públicas deben aprovechar los frutos del progreso tecnológico, pero, eso sí, cumpliendo con el principio de legalidad y siempre que su empleo sirva a la satisfacción de los intereses generales.

En este sentido, la doctrina administrativista española se halla en un estadio embrionario, por lo que nos encontramos ante un campo de estudio apasionante y en el que todo está por hacer. Actualmente, aparte de las referencias a principios como el de supervisión humana o reserva de humanidad, no contamos con propuestas de reformas normativas desarrolladas. Por ello, aprovecho la ocasión para reivindicar a la Academia un estudio profundo de la cuestión que vaya más allá de las disquisiciones sobre los desafíos, riesgos y oportunidades de la inteligencia artificial.

Con el presente trabajo se pretende contribuir al desarrollo del estado de la cuestión planteando la introducción de una nueva garantía en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Así, la presunción de falibilidad de las decisiones desfavorables dictadas por sistemas algorítmicos autónomos o automáticos puede constituir una salvaguarda a los derechos e intereses legítimos de los administrados. Este principio garantiza la intervención humana en las actuaciones administrativas desfavorables, y, a su vez, permite la plena automatización sin necesidad de intervención en el supuesto de actos favorables. En el caso de inexistencia de perjuicios, se presume la fiabilidad del sistema.

Por otra parte, se concluye que los sistemas de inteligencia artificial no supervisados no pueden ser utilizados cuando se ejerzan potestades discrecionales o haya que aplicar conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, el principio de presunción de falibilidad solo operaría cuando se ejerciten potestades regladas que no impliquen la posibilidad de toma de decisiones alternativas o la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. Debe regir aquí, pues, la reserva de humanidad. Empero, no por la falta de empatía

de las máquinas, sino por la dificultad de cumplir con el requisito de motivación y los principios constitucionales de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La empatía no es un derecho del administrado ni se le exige al funcionario que dicta resolución. Tampoco informa con carácter general el ordenamiento jurídico. La «actuación empática» puede servir como fundamento en la esfera de la ética y la moralidad, cuestiones ambas ajenas al Derecho Administrativo y a la dogmática jurídica. Es más, la razón esencial por la que el legislador debe prohibir el uso de modelos de IA en determinados ámbitos es simple: sus razonamientos están basados, principalmente, en lógica probabilística, no en lógica jurídica.

La exigencia de motivación de los actos administrativos derivada de la LPAC, el respeto a los principios generales del derecho, así como el derecho a una buena administración establecido por la CDFUE obligan a las administraciones públicas a explicar las razones fácticas y jurídicas de la decisión cuando afecte a derechos e intereses legítimos. En el caso que nos ocupa y en aras de la flexibilidad, solo se exigiría dicho requisito en el supuesto de actos desfavorables. La explicabilidad de los modelos de IA supervisados o sistemas automáticos es sencilla, pues los resultados están predeterminados. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los modelos no supervisados, de ahí que deba restringirse al máximo su uso hasta que pueda garantizarse la interpretabilidad y transparencia del algoritmo.

También se concluye que el art. 41 LRJSP, en lo que respecta a la impugnación de la actuación administrativa automatizada, debería interpretarse en el sentido de que el órgano responsable tiene que ser el mismo que ha dictado el acto impugnado, o al menos, ser un órgano jerárquicamente superior. Esto no ocurre a fecha de hoy con el programa BOSCO, cuyos resultados se han calificado como actos administrativos dictados por el Ministerio para la Transición Ecológica pero solo pueden ser recurridos ante las autoridades autonómicas de consumo.

En definitiva, la regulación europea de la IA unida a un avance tecnológico vertiginoso obligará a los administrativistas a remodelar la arquitectura de la Administración. La cuarta revolución industrial es una realidad que ha venido para transformarlo todo. Por supuesto, en esa transformación deben incluirse las formas en que la Administración se relaciona con el ciudadano, así como el modo en que se prestan y gestionan los servicios públicos. La gobernanza inteligente es el modelo óptimo para la gestión pública en el siglo XXI y es obligación de los poderes públicos avanzar hacia su implementación efectiva.

Ni los peligros ni los riesgos potenciales pueden ser una excusa para frenar el desarrollo de una tecnología cuya capacidad para mejorar la vida de las personas es indudable. El análisis coste-beneficio es claro y petrificar a la Administración en un marco de actuación fruto del siglo XX no es la solución.

El Derecho debe evolucionar a la par que lo hace la sociedad, pues aquel no es más (o no debería ser más) que el fiel reflejo de la comunidad a la que sirve. El Estado y los poderes públicos que lo integran, como instrumentos al servicio de la sociedad civil, tienen la obligación de adaptarse y aprovechar las nuevas tecnologías para maximizar la calidad de vida de los ciudadanos. Y en ese bienestar, no nos quepa duda, debemos incluir la forma en la que se prestan y se accede a los servicios públicos.

¿Cuál será una de las misiones más importantes la misión del iuspublicista en los próximos años? Hallar las fórmulas jurídicas necesarias para lograr que la integración de esta tecnología se haga con pleno respeto a los derechos del administrado y, además, contribuya a reforzarlos. El progreso tecnológico no es algo nuevo para el Derecho Administrativo, por lo que no conviene caer en la tentación de realizar interpretaciones adanistas y alejadas de la realidad mientras relegamos la lógica jurídica al trastero del olvido. Por este motivo, me parece adecuado terminar con una frase del Profesor ESTEVE PARDO recogida por el maestro Sebastián MARTÍN-RETORTILLO hace más de veinte años y que convendría que todos la tuviéramos bien presente: «Es obligado evitar que el desfallecer o el silencio del derecho nos sitúe irremediamente ante el señorío exclusivo de lo técnico» (62).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (1999): *La normalización industrial*, 1º ed., Valencia, Universitat de València.
- (2010): *Industria*, 1º ed., Madrid, Iustel.
- (2020): *Las normas técnicas armonizadas: (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*, 1º ed., Madrid, Iustel.
- (2022): «La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, pp. 449-482.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés (2022): «Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 14-21.
- BOIX PALOP, Andrés (2020): «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, pp. 223-270.

(62) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: 1476).

- (2022): «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 90-105.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2019): «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo, ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- (2020): «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?», *European review of digital administration & law*, 1.1, pp. 18-36.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2019): «Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho», *Revista general de Derecho administrativo*, 50, pp. 1-37.
- (2020): «SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley Privacidad*, 4.
- (2022): «Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta», en Cotino Hueso Lorenzo y Jorge Castellanos Claramunt (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, pp. 29-70.
- (2023): «Los requisitos del Tribunal Constitucional alemán para el análisis automatizado de datos o con inteligencia artificial, que no se cumplen en España», blog de la Revista Catalana de Dret Públic.
- DOMINGOS, Pedro (2015): *The master algorithm: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world*, Nueva York, Basic Books.
- FUERTES, Mercedes (2022): «Reflexiones ante la acelerada automatización de actuaciones administrativas», *Revista Jurídica de Asturias*, 45, pp. 105-124.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2021): «Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o algoritmos», *Almacén de Derecho*, 4.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962): «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)» *Revista de administración pública*, 38, pp. 159-208.
- HUERGO LORA, Alejandro y DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (2020): *La regulación de los algoritmos*, 1ª ed., Aranzadi.
- (2022): «Gobernar con algoritmos, gobernar los algoritmos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 80-89.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (2002): «Breves acotaciones sobre el desarrollo tecnológico y el sistema jurídico-administrativo», en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^o Boquera Oliver*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1475-1488.
- MITCHELL, Tom (1997): *Machine Learning*, 1^a ed., Nueva York, McGraw-Hill.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): «*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*», Boletín Oficial del Estado, 4^a Edición.
- PALMA ORTIGOSA, Adrián (2019): «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- PONCE SOLÉ, Juli (2019): «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista general de Derecho administrativo*, 50.
- (2022): «Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 58-67.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2020): «*Derecho administrativo, Parte General*», 17^a ed., Madrid, Tecnos.
- SIMEONE, Osvaldo (2018): «A very brief introduction to machine learning with applications to communication systems», *IEEE Transactions on Cognitive Communications and Networking*, 4.4, págs. 648-664.
- SORIANO ARNANZ, Alba (2021): «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de derecho público: teoría y método*, 3, pp. 85-127.
- (2022): «El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas», *Documentación Administrativa. Nueva época*, 9, pp. 11-25.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2019): «Les garanties jurídiques de la intelligençia artificial en l'activitat administrativa des de la perspectiva de la bona administració», *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, pp. 82-96.
- VESTRI, Gabriele (2022): «El acceso a la información algorítmica a partir del caso bono social vs. Fundación Ciudadana Civio», *Revista General de Derecho Administrativo*, 61, pp. 32.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL TARDOFRANQUISMO(*)(**)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Presentación.– Primero.– Segundo.– Tercero.– Cuarto.– Quinto.– Conclusión.

RESUMEN: Relato fundado en la experiencia personal del autor sobre la enseñanza recibida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza entre 1970 y 1975, poniendo de relieve las carencias del sistema y también algunos indicios de renovación.

Palabras clave: enseñanza; Facultad de Derecho; Universidad de Zaragoza.

ABSTRACT: This report is based on the author's personal experience of the teaching received at the Faculty of Law of the University of Zaragoza between 1970 and 1975, highlighting the shortcomings of the system and also some signs of renewal.

Key words: teaching; Faculty of Law; University of Zaragoza.

PRESENTACIÓN

Los años finales del franquismo fueron un período convulso o al menos sembrado de notables inquietudes por muchas razones: en lo político, crecía el rechazo del régimen y se extendían los anhelos de un sistema democrático; en lo económico, la inflación andaba disparada, particularmente desde la crisis del petróleo del 73, aunque poco antes ya había empezado a debatirse la necesidad de poner límites al crecimiento continuo; en lo social, el mundo obrero explotaba ante la falta de libertades sindicales y la juventud reclamaba cambios radicales en muy diversos planos.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 05/05/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/05/2023.

(**) Texto elaborado a partir de las conferencias pronunciadas, primero, en las *Jornadas de Metodología e Innovación Docente*, organizadas por el Grupo MID-AEPDA en la Universidad de Granada (12/09/2022) y, posteriormente, con ocasión de la festividad de Raimon de Penyafort, patrono de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (10/02/2023). Forma parte de los trabajos del grupo de investigación ADESTER, reconocido por el Gobierno de Aragón (proyecto S22_23R).

En el ámbito universitario, crecían las reivindicaciones, tanto en relación con cuestiones generales, como con respecto a problemas propiamente académicos. Las semanas se iniciaban con asambleas de curso y de centro que frecuentemente terminaban en proclamas, paros y manifestaciones, siempre con los pasillos sembrados de octavillas que esparcían mensajes incendiarios.

Las autoridades académicas pretendieron adoptar medidas enérgicas, que, sin embargo, generaron reacciones más firmes, cuando no violentas, entre los estudiantes. Una de tantas sorprendentes decisiones del rectorado zaragozano del tándem Casas-Usón consistió en tapiar la entrada a la Facultad de Ciencias a fin de evitar las concentraciones que tuvieron lugar en abril de 1972, lo que llevó al cambio del equipo rectoral, que pasó a dirigir Vicente y Gella, ocupadísimo abogado en ejercicio, jefe de la abogacía del Estado y catedrático de Derecho Mercantil.

En ese contexto, entre 1970 y 1975, se desarrolló mi carrera de Derecho en el campus de San Francisco. Las condiciones no eran, sin duda, idóneas para desenvolver apacibles escenarios de debates intelectuales. Si acaso, las discrepancias eran dinámicas y en ocasiones feroces con el adversario. No obstante, la Facultad de Derecho no era el centro más politizado, ni el más conflictivo, ni el más radicalizado de la Universidad de Zaragoza. Tales galardones, probablemente, hubiera habido que atribuirlos a Ciencias o a Letras y ello a pesar de que el episodio más tremendo de aquella época, incluida una desgraciada muerte, lo habían protagonizado compañeros de mi curso, como expondré en su momento.

En Derecho creo que prevalecían actitudes más calmadas, menos agresivas, más conformistas sin duda. Dominaba un difuso sentimiento de rechazo del sistema, expresado en deseos de un pacífico cambio político y una urgente evolución social, pero dentro del orden que enseguida habría de proporcionar la ejemplar transición al régimen constitucional. Fue en todo caso esa la óptica que determinó mi comportamiento cuando llegué ilusionado a cursar la carrera de Derecho, en cuyos avatares propiamente académicos quiero ahora centrarme, proporcionando mi visión personal de los mismos. Esta es, pues, una pequeña historia íntima a propósito de la enseñanza universitaria entonces recibida.

PRIMERO

El primer curso de la Facultad resultaba muy sencillo, pues solo tenía cuatro asignaturas. Además, únicamente tuvimos que estudiar con seriedad Historia del Derecho y el primer trimestre de Derecho Romano. Tanto Derecho Natural como Derecho Político y finalmente también Romano fueron muy fáciles de aprobar. Todo ello debido al diferente carácter, compromiso e interés de los correspondientes profesores.

De Natural se hacía cargo Sancho Rebullida, que acudía con mucho retraso y gran desenfado a dar las clases, empleando buena parte del tiempo en pasar lista. Había que estudiar un manual preparado por su padre, el ínclito don Miguel Sancho Izquierdo, cuya formación y afición le habían llevado a redactar una suerte de catecismo de planteamientos y contenidos escolásticos muy anticuados, pero que era fácil de aprender. Más o menos lo que nos habían enseñado en la filosofía del bachiller, partiendo de una tríada de ordenamientos subordinados: del Derecho divino al natural y el positivo, despreciativamente colocado este en el último escalón subalterno.

Para mejorar la calificación, presenté un trabajo sobre el aborto, donde trataba de demostrar la inconsistencia de los argumentos católicos sobre la unión del alma al cuerpo en el mismo instante de la concepción. Ahora pienso que, realmente, hice méritos para obtener un suspenso a perpetuidad, dada la vinculación ideológica del encargado de la cátedra. Sin embargo, me dio matrícula de honor, sea porque juzgó displicentemente el ensayo, sea porque ni siquiera se entretuvo en leerlo, alternativa esta que quizá sea la más probable.

En Político actuaba Ramiro Rico, todo un personaje. Impartía las clases de pie, sin ocupar la tarima reservada al profesor, elegantemente trajeado de estilo inglés, la mano izquierda en el bolsillo y moviendo la derecha rítmicamente. Podría decirse que era un seductor de la palabra, aunque nadie entendíamos la relación de sus charlas y divagaciones con la asignatura. Tomarle apuntes era, más que innecesario o inútil de cara a aprobar, imposible por los giros, circunloquios, matices e ironías que gustaba emplear en su discurrir *granaíno*.

Me impactó una clase que dedicó a resaltar la importancia del ascensor en la configuración de las ciudades. Explicaba que, antes de la introducción del invento, las casas del centro urbano daban cobijo a diversas categorías sociales, de manera que, desde el piso principal a las buhardillas, conforme se subían las penosas escaleras, iban disminuyendo los niveles de renta de los habitantes. Por tanto, concluía, el ascensor fue un elemento determinante de la segregación espacial característica de las urbes modernas.

Corrían rumores sobre don Nicolás, de quien se aseguraba que había sido depurado. No podía haberlo sido, ya que obtuvo la cátedra en 1950. Sin embargo, además de sus impactantes enseñanzas, nos recomendaba estudiar por Maurice Duverger, que fue, así, nuestro primer contacto con una doctrina europea ajena al régimen franquista. En el examen le gustaba preguntar «Los grupos de presión» y decían que la matrícula se ganaba acompañándole en el bar Gymkana para hablar y acaso debatir sobre temas varios ante el vermú y los calamares. Nosotros nunca nos atrevimos a ello.

En Romano tuvimos un curso extraño. Empezamos con mucha fuerza y rigor de la mano de Calonge, que hizo una exposición científica de las doce tablas, plena de rigor metodológico y lenguaje rebuscado. Impartiendo doc-

trina semejaba a un senador romano, eso sí, con gemelos de oro y pasador de corbata a juego. Pero a la vuelta de las navidades resultó que se había trasladado a Salamanca.

La continuación fue mucho más relajada de la mano del adjunto, Teixeira, que parecía siempre muy ocupado en su ejercicio de abogado. Nos ofreció quedarnos como nota final con la del primer parcial, que había corregido Calonge con severidad. Quienes habíamos aprobado no dudamos en aceptar, de donde derivó una notable carencia en nuestra formación.

La asignatura de verdad de primero, impartida por un docente extraordinario, fue Historia del Derecho. Lalinde era todo lo contrario del catedrático típico de la época: vestía con descuido, explicaba con modestia aceptando el debate e incluso la controversia, y se implicaba en variadas actividades docentes. Nos hizo estudiar su *Introducción a la Historia del Derecho español*, lo que ya era una hazaña, pues el título no se correspondía con la profundidad y largura de sus tratamientos. Teníamos que ir cada día con la lección trabajada, ya que la clase se dedicaba a comentar un texto histórico.

Además, era preciso realizar un trabajo de alguna cuestión que te proponía. A mí me tocó un comentario sobre el repudio en el Fuero de Cuenca que me sirvió para introducirme en el mundo de la investigación jurídica. Yo le debo mucho a Lalinde y lamento no haber tenido la oportunidad o la decisión de habérselo hecho saber.

El verano del 71 estuve muy ocupado. Empecé con un campamento en Albarracín de la parroquia de San Miguel. El Ayuntamiento nos había cedido una casa en las afueras, a la orilla del Guadalaviar, donde se hospedarían las niñas. Para los niños disponíamos de tiendas de campaña que nos habían dejado en el Frente de Juventudes. Un buen día aparecieron en el campamento el médico y el alcalde de Albarracín para informarnos de la epidemia de cólera que se había declarado en Zaragoza. Nos trajeron agua embotellada y nos vacunaron a todos, sin ninguna incidencia. Las lamentables letrinas que trabajosamente habíamos construido estaban siempre a rebosar pese a las diferentes ampliaciones, aunque no debía ser por el cólera, sino más bien por la buena salud de los chavales.

Las vacaciones de verano eran entonces muy largas, de manera que, si no te había quedado nada para septiembre, disfrutabas de cuatro meses, desde mediados de junio hasta después del Pilar. Eso explica que me diera tiempo para acudir a mi primera universidad de verano. Fue gracias a Pablo Casado, persona muy cordial y jurista brillante, registrador de la propiedad, que colaboraba con la cátedra de Historia del Derecho. Logró que nos dieran becas en la llamada Universidad de La Rábida a Ramón y Cajal, a Galindo y a mí mismo. Dejando, pues, el campamento de Albarracín, allí me dirigí en autobús, con intercambio en Madrid, para pasar los meses de julio y agosto.

La residencia era sencilla, pero cómoda y aun hermosa: comedor amplio, salas de estar capaces, terrazas con vistas a la ría de Huelva, habitaciones dobles dotadas de mesa de trabajo (aunque yo siempre estuve solo, imagino que debido a mis ronquidos), biblioteca, aulas, pista de tenis. Todo incluido. Nos trataban de maravilla. Especialmente en las excursiones por los pueblos onubenses, donde nos recibían hasta con bandas de música y obsequio de mariscadas. Y es que Rodríguez Casado, el rector de la universidad de verano, además de catedrático de Historia Moderna, numerario del Opus Dei y gordo de campeonato, era presidente del Crédito Social Pesquero.

Se dictaban cursos sobre variados temas: Europa, el regionalismo, Hispanoamérica... Entre los profesores, recuerdo especialmente a Murga, que acababa de obtener la cátedra de Romano de Zaragoza.

La convivencia animaba a la diversión, pues había tiempo para todo. Yo hice buenas migas con un valenciano cuyo nombre ya no recuerdo: él me llamaba Gran Rey y yo a él Gran Visir, en ambos casos pronunciando las erres con sonido de ges. Llegamos a ser muy pesados algunas noches.

En un viaje a Cádiz con pernocta, debimos estar insoportables. Vengadores anónimos nos lo hicieron pagar escondiéndonos toda la ropa mientras nos duchábamos. Tuvimos que pasar una tarde en soledad revestidos con sendas sábanas en plan senatorial, lo que al principio hasta nos hizo gracia, pero terminó siendo tedioso. Castigo merecido en todo caso.

Al final del curso había una regata con dos traineras: una formaba el equipo del rector seleccionado por éste y la otra era la de los que creían que la sana competición era posible. Nada de eso, pues el buque en el que seguíamos el reto, a las órdenes del rector, apoyaba decididamente a su trainera. De manera que sus integrantes, además de las mejoras en las comidas, los consejos prácticos, el material más adecuado y la mejor embarcación, terminaban contando con la complicidad del avezado lobo de mar que guiaba el barco rectoral. En el verano del 71, cuando parecía que los otros iban a ganar, pues se habían adelantado notablemente, la persistente complicidad del rector y el hábil manejo del piloto terminaron haciendo variar el resultado en los metros finales para desesperación de los vencidos.

Entre los actos finales, se organizaban concursos varios. Al de disfraces acudían autoridades de Huelva con sus esposas, que formaban parte del jurado. Causó impacto un número individual presentado por un navarro que llevaba la pierna escayolada y sujetaba una cuerda con el nudo del ahorcado, anunciándose como «El cojo del nudo». Contó luego Murga, que hacía de secretario del jurado, que una de las señoras le preguntó cómo escribir el título del concursante:

—¿Pongo cojo del nudo?

A lo que el romanista le respondió:

—Con cojo basta.

La representación colectiva ganadora fue la de un grupo de remeros y juerguistas espoleados por una figura abultada con almohadones y vestida con el enorme bañador del rector, birlado del tendadero, seguidos por Ramón y Cajal disfrazado de bebé en pañales como imagen de la propia Universidad de La Rábida.

En el concurso de oratoria quedé segundo. El primero fue un guineano que habló poéticamente del racismo. En realidad, yo creo que lo hice mejor, pero fui demasiado provocador al exponer el tema de «El aborto en nuestra sociedad», el mismo que había presentado como trabajo de Derecho Natural en la carrera. Todo lo que dije estuvo enfrentado a la ortodoxia católica. Sin embargo, desde el primer momento la inteligente reacción del público fue la de reírse con mis afirmaciones:

—La Iglesia Católica —decía yo— ha afirmado, pero no ha demostrado que el alma se una al cuerpo en el mismo instante de la concepción.

Frase que generaba la hilaridad colectiva continuando yo impertérrito:

—Las mujeres han de reivindicar su derecho al aborto.

Y la gente tirada por el suelo de risa.

De todas maneras, lo pasé muy bien. Los del Opus son gente educada y amistosa, prontos a dialogar y algunos con su punto de humor. Tengo incluso la impresión de que, desde que canonizaron a Escrivá, han abandonado algunas prácticas proselitistas que resultaban pesadas y penosas para quienes habían de sufrirlas.

SEGUNDO

En segundo ya se trabajaba algo, aunque con niveles de penetración y de exigencia muy diferentes. Las asignaturas estaban dominadas por la personalidad de los correspondientes catedráticos y sus ganas de trabajar, en general escasas.

En Político continuaba dando unas clases estrambóticas Ramiro Rico. Como hablaba sin ninguna sistemática y no era demasiado riguroso en los exámenes, tenía pocos oyentes.

La Economía Política resultaba tediosa de la mano de Palao, quien, por proximidad científica, pues era catedrático de Derecho Financiero, asumía muy envarado la enseñanza. Exigía nada menos que el complejo texto de Lipsey, lleno de ejemplos de zanahorias y coles de Bruselas que se nos hacían insufribles.

Civil fue también muy decepcionante. Nos tocó Martín-Ballester, que no prestaba ninguna atención a las clases, a las que acudía atildado en su gordura. Había que aprenderse un raquíto libro de su autoría titulado «Síntesis y guía de Derecho Civil». La alternativa de estudiar el Castán carecía de todo estímulo, ya que don Luis era impredecible, cuando no arbitrario en las calificaciones. Hacía exámenes orales teniendo en cuenta los avales presentados por los alumnos. Contaba ser hijo de notario, por ejemplo, pues tal condición generaba una especial aptitud que el profesor había de valorar, como argumentaba al explicarnos el sentido de la ficha que teníamos que rellenar indicando nuestra relación con el mundo jurídico. Así, si eras de estirpe adecuada o chica guapa, en el examen oral te podía decir que hablaras de lo que quisieras, mientras que a los ajenos al gremio les podía caer el régimen del Registro Civil o la diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia, cuestiones de las que no teníamos ni idea.

Corrían diversas anécdotas sobre el personaje. Tras la guerra, había sido gobernador civil de Logroño y Álava, y se aseguraba que acudió a los ejercicios de cátedras de uniforme, depositando el sable sobre la mesa. Se contaba también que, en cierta ocasión, el empleo habitual del nos mayestático para referirse a sí mismo había determinado que uno de los ayudantes se presentara en la estación, atendiendo, así, a la consigna del solemne prócer:

—Mañana viajaremos a Madrid en el talgo de las nueve.

Hubo de aclararle que el «nos» era él solo, sin ayudantes ni demás circundantes de la cátedra.

Compatibilizaba la dedicación a la universidad —más bien, la falta de dedicación— con el cargo de fiscal jefe de la Audiencia Territorial, lo que entonces era legal. Además, se dedicaba a la promoción inmobiliaria, lo que era entonces y sigue siendo ahora ilegal. Lo hacía por medio de persona interpuesta, un tal Colmenero, del que se decía: «Compra piso en Colmenero y te quedarás sin piso y sin dinero».

Canónico estaba impartido por Salazar, un repelente cura que nos exigió con todo detalle el Concordato de 1953 a través del minucioso texto de Fernández Regatillo. El esfuerzo requerido brillaba por su inutilidad, lo que generó protestas, huelgas y finalmente traslados de matrícula a Lérida para aprobar la asignatura. Más interés tenía la parte de Derecho Matrimonial, aunque costaba sacar provecho de las clases debido a los agobiantes esquemas con los que ocupaba la pizarra. La asistencia era obligatoria, salvo para las señoritas cuando exponía el impedimento de impotencia, objeto entonces de sabrosas referencias y anécdotas ya entre machos.

El canonista combinaba un integrismo de fondo con algunas tesis avanzadas. Con apoyo nada menos que en Agustín de Hipona, sostenía que el amor era la esencia absoluta y permanente del matrimonio, de manera que la

demostración de su ausencia en cualquier momento era causa de la nulidad de pleno derecho del sacramento. De estos hábiles manejos dialécticos y especialmente de un buen conocimiento de las posturas de los tribunales eclesiásticos en algunos países africanos donde domiciliaba a las partes, obtuvo luego notables éxitos y rentas como abogado matrimonialista.

En la Facultad, de la que entonces era decano, llevaba fama de enredador y tramposo. Trasladado a Madrid, salió oficiando una misa como capellán de los asesinados marqueses de Urquijo. Dado que entonces aún se ignoraba quién había sido el autor, algún colega comentó:

—Seguro que está implicado.

La única asignatura que se salvaba del desastre era Penal. La impartía con rigor Cerezo, que seguía las teorías finalistas de Welzel discrepando siempre del Supremo. Los cerbunos de clase (cerbuno: dícese del colegial del Cerbuna) organizaron un sistema de toma y distribución de apuntes pasados a máquina que tuvo notable éxito. En la efervescencia del logro, las opiniones de Cerezo pasaron a atribuirse primero a Guindo y finalmente a Gwendolyne, nombre entonces de moda por la canción de Julio Iglesias. La suplantación tuvo consecuencias, pues un compañero suspendió porque, según le explicó Cerezo:

—Cita usted a un autor desconocido que sostiene tesis vagamente parecidas a las mías.

Era un académico de sólida formación germánica que puso en marcha una importante escuela. No obstante, muchos años después, en mi particular recuerdo, el aura del profesor resultaría dañada como consecuencia de una imagen televisiva. En el aeropuerto de Palma de Mallorca, rumbo a su Menorca natal, apareció entrevistado como otros pasajeros sobre sus experiencias de vuelo. En la respuesta estuvo cordial y condescendiente, trasluciendo un fondo de entendido en viajes y desplazamientos. Sin embargo, el efecto positivo se desvaneció cuando su mujer, sin venir a cuento, declaró ante las cámaras que había llevado una vida muy sacrificada dado que él era muy celoso, idea que reiteró varias veces, de manera que repercutía en el telespectador mientras la figura de Cerezo se achicaba en el alejado final de la imagen en pantalla.

TERCERO

En tercero empezaba, de verdad, la carrera. Los catedráticos eran exigentes en todas las asignaturas, aunque en una de ellas dominaba la arbitrariedad derivada de una grave incompetencia. En efecto, en Internacional, Puente se mostraba incapaz de transmitir unos conocimientos ordenados: quería abarcar mucho, manejaba datos con pedantería y sin facilitárnoslos, y podía ser terrible en las evaluaciones. Luego se trasladó a Barcelona y decían que allí era

un corderito temeroso ante estudiantes más empoderados políticamente que nosotros. Años después, supe por amigos del Cerbuna, donde residió con su mujer y su hijo en la etapa zaragozana, que era un tacaño: cuando quedaba para ir de caza con unos colegiales, aparecía comiéndose unos churros sin invitar a nadie y nunca pagó su parte de gasolina. Miserias de la academia.

El Civil lo impartía ocasionalmente Lacruz, siempre muy técnico y difícil de seguir:

—*Primus* adquiere de *Secundus* una partida de garbanzos secos procedente de la explotación de *Tertius*, que *Quartus* usufructúa...

Era terrible cuando llegaba al desenlace y dirigiéndose a uno de los escasos asistentes preguntaba:

—¿Qué acción corresponde a *Tertius*...?

En las clases habitualmente le sustituían los entonces ayudantes Escudero o Delgado, el primero con bastante claridad, pero el segundo más bien en la línea críptica del maestro.

Afortunadamente, la valoración solo dependía de aprenderse bien el Albaladejo, que era el manual recomendado. Podías optar por hacer examen oral, que se grababa a efectos de reclamaciones, lo que resultaba ciertamente novedoso, aunque en nuestro caso el imponente magnetofón no funcionó: se salía la cinta. Fuimos cuatro compañeros a la prueba ante el tribunal: Ramón y Cajal declamó como siempre con seguridad; Remigio Nájera dio muestras de su habilidad para salir adelante al arrebatar a uno de los examinadores el código que tenía en la mano y buscar allí la respuesta a lo que se le preguntaba; Pablo Gómez aprobó poniendo cara de simpático entendido; sin falsa modestia, yo estuve brillante exponiendo el contrato a favor de tercero y por eso me gané la matrícula y fui elogiado sobre todo por Escudero.

Penal seguía con Cerezo, ayudado en algunos temas por Guallart hijo. La parte especial lograba récords de audiencia, especialmente en las clases sobre los que se empezaba a denominar delitos contra la libertad sexual y no ya contra el honor, pero también al tratar del homicidio y el asesinato, del aborto, del adulterio o de las falsedades y estafas. En cambio, los delitos de los funcionarios ni se citaban ni se exigía conocerlos, dado que eran prácticamente inaplicados en aquel país que regía un caudillo designado por la gracia de dios.

En Financiero, Palao era detestado por gran parte de los estudiantes, que consideraban sus explicaciones complejas y sus exigencias inalcanzables. Le íbamos pocos a clase y de nuevo los cerbunos cumplieron muy bien con su papel de escribanos y mecanógrafos, añadiendo incluso toques personales. En efecto, dominaba en el grupo de apuntes Pérez Moneo, quien entendía muy bien la asignatura y añadía comentarios personales a las enseñanzas del catedrático. Así, en el texto mecanografiado, que ponían a la venta en una

casa de reprografía, figuraba el citado Pérez Moneo junto a los ilustres profesores Sáinz de Bujanda o Cortés Domínguez. Ello motivó la chufra de Palao:

—Es usted un autor muy citado entre sus compañeros.

En todo caso, la asignatura que más me impactó fue Administrativo. Asistí con creciente interés e inquietud a las clases de Lorenzo Martín-Retortillo y también a las que ocasionalmente daban Bermejo o Martín Rebollo. La visión problemática, vinculada a la trayectoria histórica y a la realidad del momento, me resultó sugestiva, apasionante incluso, hasta el punto de determinar mi vocación. Las prácticas con Bermejo fueron una auténtica revelación: para empezar, por primera vez se nos proporcionaba un caso a resolver que determinaba dudas en su aplicación y algún debate entre compañeros.

El 2 de febrero de 1973 se conoció que el consejo de guerra había impuesto cinco penas de 30 años y 1 día de reclusión mayor para Noguera, Solsona, Burillo, Mellado y Sagarra, absolviendo únicamente a Vigil, por la muerte del cónsul francés honorario de Zaragoza, Roger Thur. Eran conocidamente los de extrema izquierda del curso, pero en cierto modo yo creo que los considerábamos necesarios. Profesionales del terrorismo no eran, aunque jugaban a serlo.

La noticia de las condenas no nos sorprendió. Si acaso, nos produjo alivio, habida cuenta de que el fiscal pedía penas de muerte. El hecho fue ciertamente terrible y aun diría que estúpido, ya que, en las sesiones orales a las que asistimos algunos compañeros, quedó clara la falta de intención de causar el desenlace fatal.

El grupo, que se denominaba Colectivo Hoz y Martillo, había tratado infructuosamente de establecer contacto con ETA. Al iniciarse por entonces cierta colaboración de la policía francesa con la española en la lucha antiterrorista, se les ocurrió que podían llamar la atención de los terroristas vascos organizando un atentado contra intereses galos. Eligieron para ello el consulado francés que más a mano tenían, pues el de Zaragoza estaba situado en la calle Santa Teresa de Jesús junto a la plaza de San Francisco, cerca de la ciudad universitaria.

La idea era rociar al cónsul con pintura roja y prender fuego al piso con la finalidad de hacerle salir a la calle. Así lo hicieron, pero tuvieron la mala fortuna de adquirir, en la droguería a la que acudieron, una pintura altamente inflamable. El cónsul honorario, tras ser manchado, entró en su despacho para recoger unos papeles y allí ardió, falleciendo poco después en el hospital. Al mismo tiempo, Vigil, el único absuelto, repartía en la Facultad unos panfletos donde el grupo reivindicaba el atentado.

Las penas fueron impuestas por un rígido tribunal de única instancia compuesto exclusivamente de militares. El fiscal fue Montul. Los abogados

defensores: Juste para Vigil, Alquézar para Sagarra, Ruiz Galbe para Mellado, Eiroa para Noguera, Polo para Burillo y Sáinz de Varanda para Solsona. Los letrados se repartieron los papeles, de manera que uno hablaba contra la pena de muerte citando a los clásicos españoles, otro insistía en la ausencia de intencionalidad de causar el daño o sobre las pinturas que podían adquirirse en la plaza y alguno también explicaba las condiciones en las que había tenido que aceptar la defensa de quien calificó de «árbol podrido».

En fin, el espectáculo fue, en verdad, penoso. Las condenas duras. En 1977, ya en la democracia, los autores fueron indultados como presos políticos. Yo nunca he pensado que fueran asesinos despiadados, pero tampoco héroes de la democracia. Más bien unos lamentables y torpes actores que gratuitamente causaron un terrible drama. Años después se supo que el cónsul asesinado había sido espía de los aliados en la guerra civil.

CUARTO

Cuarto era el curso más duro de la carrera: seis asignaturas, todas con sus prácticas. Sin embargo, y aunque tuve que emplear el primer trimestre en Toledo haciendo el segundo campamento de la IMEC, me fue muy bien.

En Civil volvimos a tener a Martín-Ballester, que, en uno de los escasos días que vino a dar clase, nos contó el desastre de la falta de propiedad privada en la Unión Soviética. Había tenido la experiencia directa de un viaje al paraíso comunista, alojándose en un hotel estatal cuyas habitaciones eran recorridas por filas de hormigas ante la indiferencia de los funcionarios encargados de la gestión; de haber habido un dueño, habría fumigado el hormiguero. En sustitución del titular, acudía su hijo, apodado el «chascas», quien aseguraba no tener nada que explicar porque ya estaba todo en el Castán, que era el libro recomendado.

En Administrativo seguimos con Retortillo, Bermejo y Rebollo un programa demasiado largo. La llamada parte especial no tenía fin al abarcar todas las actividades públicas. Años después, en Navarra, pude comprobarlo con el programa de González Navarro, que comprendía hasta el régimen de las palomas mensajeras. De cualquier manera, yo seguí encantado las explicaciones de aguas, costas, carreteras, urbanismo... Presenté un dictamen sobre la operación cuarteles y también participé en el seminario con una ponencia acerca de la (falta de) libertad religiosa en nuestro país.

En Tributario, con Palao, estudiamos impuestos llamados a desaparecer o a transformarse radicalmente. El IRPF se liquidaba conforme a criterios objetivos que atribuían rentas raquílicas a los diversos profesionales. Dominaban los impuestos indirectos. Todo resultaba muy descriptivo.

Rivero nos dictaba los apuntes de Trabajo empleando un lenguaje rico en matices, figuras y colores. Abandoné enseguida la labor transcriptor, ya que la cátedra vendía los meticulosos apuntes en reprografía. Las prácticas funcionaban bien: había que entregarlas semanalmente por escrito y te las devolvían corregidas.

Culminaban en la defensa pública de una casación basada en un supuesto real, tarea que se nos encargó a Ramón y Cajal y a mí mismo. Para prepararla, pudimos contactar con el abogado que la había llevado ante el Supremo, Acebal, quien entonces todavía estaba ligado a los sindicatos obreros clandestinos. En el despacho que compartía con un colectivo de colegas, un cartel anunciaba asesoramiento y defensa por el módico precio de 25 pesetas al mes. En una reunión de la patronal del metal, uno de los empresarios propuso partírle las piernas con el objetivo de parar las indemnizaciones que conseguía en la magistratura de trabajo. Otro asistente, más hábil, sostuvo que era preferible contratarlo, como empezaron a hacer con notable éxito en la defensa de los intereses empresariales y, a la vez, con enorme disgusto del sector sindical. Luego, Acebal consolidaría el mejor despacho laboralista de la ciudad, ocupándose de todo tipo de clientes.

El catedrático de Procesal era Herce, quien no estaba bien de la cabeza, por lo que se encargaba de las clases Ángel Bonet. En un examen parcial, ante el estupor de los ayudantes y los estudiantes, apareció el catedrático y nos puso preguntas que no figuraban en el programa. Otra vez, entró en una junta de Facultad asegurando que llevaba secretos oficiales en una cartera que había de entregarse a la reina, misión que encargó a Murga, el romanista, quien la asumió con entereza. En todo caso, se nos exigía el complejo manual del que era autor Herce, junto con Orbaneja. El capítulo de la legitimación, con su distinción *ad processum* y *ad causam*, hacía desistir de la carrera a bastantes compañeros o simplemente los animaba a trasladarse a Lérida, donde se aprobaba con facilidad.

Finalmente, impartía Mercantil Vicente Gella, un fenómeno absolutamente irrepetible: inteligente y elegante, seductor e irónico. Como era también rector de la Universidad, jefe de la abogacía del Estado y abogado en ejercicio (todo ello compatible en la época), empezaba la clase de la una a la una y media o dos menos veinte. Llegaba a la Facultad en el coche oficial y salía siempre a recibirlo el bedel Ambrosio, que le acompañaba hasta el aula, ayudándole allí a quitarse el abrigo con cuello de astracán.

Reposadamente, con una mano en el bolsillo del pantalón del traje inmaculadamente planchado, corbata y pañuelo a juego, don Agustín se volvía hacia los estudiantes expectantes para empezar su disertación. Las clases eran todo un espectáculo, generalmente a propósito de temas que nada tenían que ver con la asignatura, como la manera de jugar en la Bolsa o la forma adecuada de encargar el menú en el parisino Maxim's. En una ocasión, hubo de sufrir

el ataque dialéctico despiadado de alumnos de izquierda, que postulaban un sistema económico comunista. Lo recuerdo respondiendo, primero, con argumentos y razones, y ya al final, un tanto descompuesto, apoyado en la mesa profesoral que tenía detrás, gritando:

—¡No, no, del dogma de la libertad de empresa y la economía de mercado no conseguirán que me apee jamás!

Entre las muchas anécdotas del personaje, mi preferida es la que relata una comida que organizó en su domicilio de Independencia con ocasión de un congreso. En la mesa cubierta con finos manteles de hilo y reluciente de plata, se sirvió nada menos que un empedrado de lentejas. Dicen que alguno de los comensales comentó:

—Pues están muy sabrosas.

Gella asentía esbozando una sonrisa. Retirado el primer plato, declaró:

—Hasta ahora os ha invitado el catedrático de universidad; a continuación, lo hará el abogado en ejercicio.

Y llegaron exóticos manjares para delicia de los colegas.

En la etapa rectoral se hizo famosa la expresión con la que rechazaba cuantas urgencias se le presentaban:

—Si corre prisa hoy, más la correrá mañana.

En una ocasión, el gerente estaba agobiado porque no había dinero para pagar la nómina. Insistió una y otra vez en la necesidad de acudir al Ministerio para solucionar el problema. Finalmente, viajaron por separado a Madrid: don Agustín se alojó en el Palace, salió a cenar, se divirtió y a la mañana siguiente se levantó tarde, desayunó en la habitación, leyó los periódicos y se aseó con calma. El gerente lo esperaba nervioso, hasta que, ya a la hora del aperitivo, el rector bajó espléndido y se fueron al cercano Ministerio en taxi. Aunque no tenían cita, pues Gella había olvidado indicar a su secretaria que la pidiera, se les abrieron todas las puertas y fueron recibidos, con amabilidad y simpatía, por el subsecretario. Siguiendo el protocolo, ambos se embarcaron en una conversación sobre temas variados, intercalando anécdotas y divagaciones varias. El gerente a punto de infarto, pues enseguida había que pagar la nómina, cuestión que no parecía preocupar a los contertulios. Ya al final del encuentro, como de pasada, don Agustín dijo:

—Por cierto, hemos venido porque no ha llegado la remesa y mañana es día de pago.

—No te preocupes, Agustín, ahora mismo doy orden de hacer la transferencia urgente.

Y así fue, ante el asombro del gerente Guillermo Romeo, quien me contó el episodio.

QUINTO

El quinto curso de la carrera estaba dominado por la sensación de pánico ante la cercanía de tener que buscar una utilidad a cuanto habíamos aprendido, más bien poco, en la Facultad. En realidad, limpios, es decir, sin asignaturas pendientes, llegamos pocos, una veintena, aunque en la orla debemos ser un centenar. Por cierto, a mí la orla me salió gratis, porque me encargué de las gestiones con el fotógrafo Samy y éste no me cobró. La enmarqué, pero casi nunca he dispuesto de espacio para colgarla, hasta que, con ocasión del 25 aniversario de la promoción, la regalé, con marco y todo, a la Facultad, donde hoy luce.

Sensación de fin de etapa vital. Algún compañero comentaba la extrañeza que le producía ser bien acogido («¿un café?, ¿una copita?») por la madre de una compañera a cuya casa había acudido para preparar una práctica y lo mucho que esa actitud contrastaba con situaciones similares en los primeros años de la carrera. Todo puede ser.

En Derecho Civil, Mercantil y Procesal, nos volvieron a tocar los mismos catedráticos —Ballester, Gella y Herce—, aunque a ninguno de los tres le vimos el pelo.

En Civil, de nuevo asumido por el «chascas», la parte de Familia la llevábamos aprendida, más o menos, por Canónico y la de Sucesiones, con los Derechos Forales, era inabarcable.

De Mercantil se encargaba la Forniés, a quien era imposible seguir, pues hablaba como una metrallera; ella misma lo reconocía y contó que un día, un alumno estaba sentado en primera fila con la mano tras la oreja, por lo que le preguntó si acaso ella hablaba demasiado bajo, a lo que el estudiante le respondió:

—No es una cuestión de volumen, sino de ritmo.

Procesal lo asumía Bonet con seriedad y evitando que Herce se inmiscuyera.

En Filosofía, se acabó la bicoca de los Sancho, pues el nuevo catedrático, Gil Cremades, nos remitió enterito al Legaz Lacambra, que era un tocho difícil de tragar, por lo que funcionaban unos eficaces resúmenes sobre la historia del pensamiento filosófico aplicado al Derecho. En clase, trataba generalmente de cuestiones históricas, sin ninguna sistemática advertible por los estudiantes. Y en el examen, formulaba preguntas interesantes, pero que no aparecían en el voluminoso tratado de referencia. Pese a todo, por lo que fuera, a mí me dio matrícula de honor e intentó atraerme como ayudante con el objetivo de quitarse de encima a José Ignacio García Sesma. En recuerdo de los buenos tiempos de Cambrils, advertí a éste de la jugada, en la que yo no estaba interesado, pues ya había hablado con Retortillo para quedarme en Administrativo.

En Internacional Privado también acababa de llegar nuevo catedrático, Pastor, que daba unas clases elaboradas y algo complejas. Me llevé bien con

él, me dio matrícula de empollón y en alguna ocasión posterior me saludó con afecto. Siendo yo ya catedrático, nos encontramos en un viaje a Estrasburgo, donde él era juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y yo acudía como experto del Consejo de Europa. Me invitó a comer en el salón VIP del Consejo y departimos agradablemente.

Y de pronto terminabas la Facultad. Yo, en realidad, no me fui, pues seguí carrera docente. No obstante, dejé de relacionarme asiduamente con los compañeros con quienes había compartido los cinco años de la licenciatura. Solo algunas relaciones de amistad continuaron, cada cual ocupado en su propia trayectoria:

Nacho Boné se especializó como laboralista de éxito, ayudando a consolidar el bufete de Acebal.

Esteras preparó judicaturas y durante algún tiempo lo acogíamos en casa para comer cuando venía desde Calatayud a dar los temas con el fiscal Epifanio, líder en la preparación de opositores.

Herrero, compañero del colegio, tuvo muy mala suerte, pues la preparación de notarías se le complicó con la hepatitis derivada de una transfusión.

Lacasa pegó un cambio colosal en tercero, cuando empezó a salir con Anuca, que se conoce que lo puso firme, pues era un bala, y en un par de septiembres se sacudió la tira de asignaturas, luego entró de pasante con Duque y terminó fundando el mejor despacho de Zaragoza.

Lapeña fichó por los Colegios de Médicos y de Arquitectos, especializándose en casos de responsabilidad profesional.

José Luis Miguel entró a trabajar de letrado del Instituto Nacional de Previsión.

Parra empezó pronto a trabajar con su adinerado suegro Luengo, al parecer, la persona más rica de esta tierra. Se contaba que cuando adquirió el edificio del Banco Central en Madrid, Escámez le preguntó cómo iba a pagar, pensando en alguna complicada operación crediticia, pero el magnate aragonés respondió:

—Pues con un talón si le parece bien.

Pérez Moneo y José Manuel de Pablo pusieron despacho en Calatayud, aunque luego cada uno trabajó por su cuenta, trasladándose Moneo a Zaragoza.

Ramón y Cajal superó enseguida la oposición de abogado del Estado y tuvo destino inicial en Huesca, hasta que fundó un despacho madrileño de los de edificio entero en Castellana.

Son los que me vienen a la cabeza.

CONCLUSIÓN

Confío en que las anécdotas que nutren mis recuerdos de hace medio siglo no hayan empañado el objetivo del discurso, que era proporcionar una visión de primera mano sobre la enseñanza del Derecho en el tardofranquismo. En realidad, buena parte de las experiencias de la época eran similares, salvado el contexto político, a las que unos años más tarde pude conocer en Italia y Francia, además, por supuesto, de las que discurrían en otras universidades españolas.

Prevalecía la enseñanza meramente teórica desarrollada como un dogma transmitido oralmente. «La cátedra no descenderá a la vertiente práctica de la asignatura», era la frase atribuida a un prócer de la academia. El profesor impartía uno y otro año las mismas lecciones que habían formado parte de su programa de oposiciones, lo que podía advertirse incluso en el tono amarillento que iban tomando las viejas cuartillas, todavía no sustituidas de manera generalizada por los folios DIN A-4. Las infrecuentes actualizaciones de aquellas notas solían ocupar los márgenes o el dorso del papel. La participación del estudiante en la docencia se limitaba a tomar apuntes, estudiarlos y transcribirlos en el examen. Hacer una pregunta en clase era poco frecuente y en ocasiones el profesor directamente rechazaba el intento argumentando que, si no, no le daba tiempo a terminar. En todo caso, era el esfuerzo personal del estudiante el que determinaba el nivel de conocimientos.

Eso cuando funcionaba el sistema, ya que, como se ha podido comprobar en este relato, la enseñanza recibida fue muy irregular; esto es, el servicio público no funcionó correctamente. Había asignaturas que eran fáciles, con niveles muy bajos de exigencia, otras incluían requisitos indignantes, como adquirir nuevos apuntes de la cátedra en cada convocatoria, o decididamente arbitrarios, del tipo de demostrar la relación familiar con el foro. Así, de esos tres tipos se contabilizarían 13 asignaturas sobre un total de 25. Es decir, la mitad de la carrera entraba en la categoría de lo directamente inservible. Y ello, aunque algunas clases tuvieran representaciones memorables por parte de los catedráticos, según ha podido comprobarse en alguno de los episodios aquí recogidos.

¿Cómo se desarrollaban las asignaturas «buenas»? La tipología comenzaba con las asignaturas de dudosa utilidad, como se apreciaba en la abrumadora atención prestada cuestiones secundarias o como resultaba de la remisión a palo seco a complejos volúmenes. En segundo lugar, se situarían las asignaturas serias por el nivel de exigencia, aunque con gran distanciamiento del alumno en las clases, que resultaban inservibles. Tercero, las asignaturas formalmente explicadas en clase, que se estudiaban por apuntes, al principio elaborados individualmente por los estudiantes y luego ya por las comisiones de apuntes en colaboración con alguna copistería; en algunas de estas materias

también se empezaban a diseñar casos prácticos, pero más bien rutinarios, es posible que debido a que se habían hecho cargo recientemente de la docencia jóvenes catedráticos sin ocasión aún de formar sus equipos. Finalmente, el cuarto grupo era el selectísimo de las asignaturas que implicaban al estudiante con diversas actividades y prácticas.

El protagonismo de la enseñanza correspondía enteramente a los catedráticos, cuya personalidad se reflejaba en el programa que explicaban, el método que aplicaban y el interés que mostraban. En la exigente oposición que habían debido superar, tuvieron que acreditar una buena técnica oratoria, el conocimiento completo del programa, y una sesuda reflexión sobre el concepto, método y fuentes de la asignatura, pero nada sobre didáctica. Por otra parte, sólo paulatinamente, desde la puesta en marcha del doctorado Ruiz Giménez (1954), que estableció la bases para pasar del discurso a la tesis de investigación, los profesores fueron asumiendo verdaderas tareas científicas. Estábamos a las puertas de los grandes cambios que se reflejarían, en años cercanos a los que tratamos, en la masificación de los centros y después, en la notable ampliación del número de universidades, y de los recursos humanos y materiales disponibles.

En definitiva, en la época del tardofranquismo, la sensación generalizada de la necesidad de cambios sociales, económicos y políticos quedaba perfectamente reflejada en los estudios de Derecho, donde se imponían cambios en las personas, los contenidos y los métodos. En esos contextos, la Constitución de 1978 sería el elemento renovador esencial de un nuevo período.

CRÓNICAS

LA BÚSQUDA DEL IMPULSO ECONÓMICO Y SOCIAL EN LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2023^(*)

OLGA CARRERAS MANERO
Profesora Titular de Derecho financiero y tributario
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: —I. INTRODUCCIÓN. —II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2023: 1. Los estados financieros. A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda un examen del contenido esencial de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2023, diferenciando la parte correspondiente a los estados financieros de la citada norma, de la dispositiva (articulado). Junto a ello, viene a ponerse de relieve las principales novedades que presenta dicha Ley respecto de los presupuestos aprobados en el ejercicio 2022.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2023; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2023. It is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2022 Budget.

Key words: 2023 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

En consonancia con lo indicado en anteriores comentarios de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (1), y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (2), el Presupuesto cons-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 24/01/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/05/2023.

(1) A este respecto, pueden consultarse, entre otros, los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2021 y 2022, realizados por DE MIGUEL ARIAS, S., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: en los números 56 y 58, respectivamente, de la presente REVISTA.

(2) Sentencia de 18 de abril de 1994, entre otras.

tituye una institución característica del sistema democrático y es un instrumento esencial de cualquier organización política. En ese sentido, es posible afirmar que la aprobación anual de la citada norma por cualquier ente público —en lo que ahora nos atañe, la Comunidad Autónoma de Aragón— se erige, como no podría ser de otro modo, en una de las actuaciones normativas de mayor trascendencia.

Junto a lo anterior, cabe poner de relieve que dicha relevancia queda confirmada, a su vez, por un *doble motivo*: en primer lugar, porque la referida Ley constituye —a tenor de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional— uno de los principales aspectos en que se manifiesta el contenido *mínimo, esencial e inderogable* de la autonomía financiera prevista para toda Comunidad Autónoma (3); y, en segundo término, porque la Ley en cuestión representa el instrumento básico de ordenación económica y la norma *vertebradora* de la actividad financiera de nuestra Comunidad durante un determinado año.

Por consiguiente, y una vez expuestas las anteriores observaciones, el objetivo del presente trabajo consiste, como en años anteriores, en el estudio del contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2023, —los cuales han sido objeto de aprobación por la Ley 8/2022, de 29 de diciembre— (4) realizándose, a tal fin, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio precedente (2022).

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2023

Los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2023, como es habitual desde el año 1983, presentan una estructura fundamentalmente idéntica al de otras entidades territoriales, como las que corresponden a las Corporaciones Locales o al Estado. A este respecto, es posible diferenciar en aquellos un *doble contenido*: por un lado, el relativo a los *estados financieros* —distinguiéndose en su seno las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro, el referente a la *parte dispositiva o articulado* (5).

Así, y al igual que para los ejercicios precedentes, el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón vigente para el año 2023 se llevará a cabo, en un

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

(4) Publicada en el *B.O.A.* núm. 251, de 30 de diciembre.

(5) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2023 se encuentran recogidas en la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública, de 30 de junio de 2022 (*B.O.A.* núm. 126, de 1 de julio).

primer momento, a través de un análisis exhaustivo de los estados financieros de gastos e ingresos, para estudiar, en segundo lugar, las distintas previsiones normativas recogidas en el articulado de la citada norma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

Los créditos iniciales aprobados para el año 2023 en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma ascienden a 8.249.589 miles de euros, lo que, en comparación con los Presupuestos del ejercicio precedente (7.443.845 miles), suponen un incremento absoluto de 805.744 miles y porcentual del 10,8%. En consecuencia, y siguiendo la tendencia al alza de años anteriores, dicha cantidad constituye la mayor de todas las presupuestadas en la historia de nuestra Comunidad Autónoma, confirmándose, en la actualidad, la línea expansiva que se venía manifestado a nivel presupuestario.

Por lo demás, cabe señalar que, los créditos a los que acaba de hacerse referencia, se encuentran agrupados de conformidad con las pautas establecidas por las diferentes clasificaciones que aparecen recogidas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Aragonesa (6), lo cual, como es bien sabido, permite poner de manifiesto, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). A este respecto, el estudio que se realizará a lo largo de las siguientes páginas partirá de la perspectiva que del Presupuesto nos facilitan las ya mencionadas clasificaciones orgánica y económica (7).

El dato esencial que debe resaltarse, en lo que concierne a la *clasificación orgánica*, atañe al hecho del aumento que cabe apreciar en los créditos para los gastos en la casi totalidad de los Departamentos y Secciones correspondientes. Dicha situación presenta, empero, solo una excepción, en relación con la Vicepresidencia del Gobierno, que ha visto disminuidos tales créditos.

Más en concreto, la referida Sección ha experimentado una reducción de 140 miles de euros, lo que representa —en términos porcentuales— una bajada del 4,9% respecto del ejercicio 2022.

Por lo demás, y ya en lo que atañe a los Departamentos que ven aumentados los referidos créditos para gastos en términos cuantitativos, destacan el de

(6) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(7) Ambas clasificaciones se encuentran recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Sanidad, el cual presenta un importante aumento en sus créditos en una cuantía de 306.121 miles de euros, lo que representa —en términos porcentuales— un ascenso del 13,6% en relación con el ejercicio anterior; asimismo, el Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial ve aumentado la cuantía global de sus créditos en 125.665 miles de euros, lo que supone un incremento del 116,4% respecto de ese mismo ejercicio presupuestario. Junto a los ya citados, también se observa un aumento en el monto de los créditos destinados al Departamento correspondiente a Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente con 65.803 miles de euros más, experimentando, con ello, un incremento en sus dotaciones de un 7,6%.

Por su parte, también cuentan con un incremento en sus dotaciones para gastos en términos absolutos, los Departamentos de Educación, Cultura y Deporte, con 55.913 miles más (lo que supone un aumento del 4,9% en relación con los Presupuestos del año precedente), el de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda, con 54.541 miles más (lo que representa un ascenso del 32,4% respecto del ejercicio 2022) y el de Diversos Departamentos, con 53.062 miles más, esto es, un aumento del 3,2% en términos porcentuales. A los mencionados se une la Sección relativa a Presidencia y Relaciones Institucionales con 42.564 miles más (16,2%).

Con un aumento menor en el monto de los créditos, se encuentran los Departamentos de Economía, Planificación y Empleo con 41.784 miles más (27,9%), Ciudadanía y Derechos Sociales —30.741 miles más (6,8%)—, Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento —18.431 miles más (6,1%)—, Hacienda y Administraciones Públicas —8.906 miles más (18,6%)—. A los anteriores se suman las Secciones Cortes de Aragón —1.049 miles más (3,8%)— y «A las Administraciones Comarcales» —1.000 miles más (1,5%)—.

Por último, y ya en lo que concierne a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, una menor subida en sus créditos para gastos, se encuentran las relativas a la Presidencia del Gobierno —247 miles más (9,7%)—, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón —30 miles más (12,8%)—, Consejo Económico y Social —19 miles más (3,7%)— y, por fin, Consejo Consultivo de Aragón —6 miles más (1,5%)—.

Continuando con el examen de la clasificación orgánica, es el Departamento de Sanidad, al igual que en ejercicios anteriores, el que presenta un mayor volumen en el conjunto del Presupuesto de gastos, con 2.549.027 miles, cantidad que representa casi el doble de la asignada a la Sección Diversos Departamentos (1.665.780 miles). Junto a los anteriores, son las Secciones relativas a Educación, Cultura y Deporte (1.196.418 miles) y Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (982.482 miles) las de mayor cuantía desde la perspectiva arriba mencionada, representando todas ellas en su conjunto, en términos aproximados, el 76% del Presupuesto correspondiente al presente ejercicio.

Por su parte, y en lo que concierne a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, cabe citar a los de Ciudadanía y Derechos Sociales (477.645 miles), Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (320.919 miles), Presidencia y Relaciones Institucionales (304.951 miles), Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial (233.582 miles), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (222.726 miles), Economía, Planificación y Empleo (191.424 miles), Administraciones Comarcales (67.311 miles), Hacienda y Administración Pública (56.615 miles) y Cortes de Aragón (28.063 miles), cuantías cuya suma representan, de modo aproximado, un 23% del total del Presupuesto.

Por último, entre las Secciones que presentan un menor peso en el conjunto del Presupuesto desde la perspectiva cuantitativa se encuentran las referidas a la Presidencia del Gobierno (2.768 miles), Vicepresidencia del Gobierno (2.686 miles), Consejo Económico y Social (528 miles), Consejo Consultivo de Aragón (391 miles) y Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (264 miles).

De este modo aparecen desglosados, desde una perspectiva orgánica, los 8.249.589 miles de euros relativos a los créditos previstos en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2023, los cuales vienen a destinarse al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad.

A continuación, procederemos a abordar la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*, los cuales se encuentran agrupados, como es habitual, en nueve Capítulos.

Más en concreto, para el ejercicio 2023 a la sección relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos 1 a 5) se destina una cantidad de 5.858.952 miles de euros, frente a los 2.390.637 miles de euros con los que cuenta la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos 6 a 9). A estos efectos, debe reiterarse la circunstancia —por otra parte, frecuente— de que los créditos destinados a la primera de dichas Operaciones supera ampliamente la cuantía de los créditos correspondientes a las segundas (8).

Iniciando el análisis de los diferentes Capítulos que integran la mencionada clasificación, la primera observación que debe realizarse guarda relación con el aumento experimentado en su cuantía por la mayoría de dichos Capítulos respecto de los Presupuestos del año 2022. A este respecto, cabe señalar que es el Capítulo relativo a Bienes Corrientes y Servicios el que ha experimentado un mayor incremento en términos absolutos, habiendo ascendido en 257.579

(8) A este respecto, cabe señalar que en los Presupuestos para el ejercicio 2022 la cuantía a la que ascendían los créditos destinados a las Operaciones Corrientes era de 5.219.332 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital a 2.224.512 miles.

miles, lo que implica, en términos porcentuales, un incremento aproximado del 28,2% en relación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

Junto al arriba citado, también reflejan un aumento en el monto total de sus partidas los Capítulos relativos a Transferencias de Capital (209.123 miles más), Gastos de Personal (181.536 miles más), Transferencias Corrientes (126.445 miles más) e Inversiones Reales (56.856 miles más), cifras estas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2022, suponen sendos incrementos del 51,6%, 7,2%, 7,4% y 15,2%, respectivamente.

Por último, el aumento de menor importancia en términos cuantitativos corresponde al Capítulo de Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria, con 1.593 miles más, lo que representa un ascenso del 5,2% en comparación con los Presupuestos del ejercicio precedente (9).

Junto a lo anterior, debe indicarse que el Capítulo de Activos Financieros presenta idéntica dotación presupuestaria respecto del año 2022, con una cantidad de 2.250 miles de euros.

Por lo demás, y ya entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven reducido el importe de sus créditos, se sitúan los relativos a Pasivos Financieros (16.025 miles menos) y Gastos Financieros (6.363 miles menos), disminuciones que, cuantificadas en términos relativos, suponen, respectivamente, un 1,1% y 4%.

Junto a lo anterior, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2023 desde la óptica de la clasificación a la que venimos haciendo referencia revela que, como es habitual, continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (2.686.955 miles) y Transferencias Corrientes (1.819.628 miles) los que mayor peso presentan en términos globales. Tras ellos se encuentran los relativos a Pasivos Financieros (1.345.776 miles), Bienes Corrientes y Servicios (1.169.137 miles) y Transferencias de Capital (613.797 miles), conformando todos ellos, de una forma global, el componente central del Presupuesto de gastos, constituyendo, de modo aproximativo, el 92% del mismo.

Por su parte, a los Capítulos aludidos con anterioridad se unen, si bien con un importe económico muy inferior en relación con aquellos, los referentes

(9) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de Contingencia en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

a Inversiones Reales (428.814 miles), Gastos Financieros (151.237 miles) y, por último, el relativo al Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria (31.991 miles).

Siendo esto así, damos por concluido el análisis de los créditos recogidos en el estado de gastos desde la perspectiva de la clasificación económica, para pasar a examinar, acto seguido, el estado de ingresos de dichos Presupuestos, delimitando así las diversas fuentes de financiación de los mencionados gastos.

B) El estado de ingresos

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2023 asciende, con carácter meramente aproximativo, a la cantidad de 8.249.589 miles de euros, de los cuales 6.535.517 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 1.714.072 miles constituyen el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por dicha Comunidad. La primera de las referidas cuantías coincide con la prevista en el estado de gastos del susodicho Presupuesto, presentándose de este modo para el ejercicio 2023 unos Presupuestos formalmente equilibrados (10).

A estos efectos, y desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos se estructuran en *dos categorías*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos de Capital (Capítulos VI a IX). De este modo, en los Presupuestos objeto de análisis la cuantía total a la que se elevan los Ingresos citados en primer término es de 5.890.328 miles de euros, cuantía que, como ya es habitual, supera con amplitud el importe global de los Ingresos de Capital, los cuales aparecen cifrados en 2.359.260 miles.

En lo que respecta a la categoría de los *Ingresos Corrientes*, los Capítulos que presentan un mayor incremento en el importe de sus ingresos son el de Impuestos Directos (439.634 miles más) e Impuestos Indirectos (411.166 miles más), lo que implica, en términos relativos, sendos aumentos porcentuales del 25,7% y 22,7%, respectivamente.

Por lo demás, y aunque con un incremento menor respecto de los anteriores Capítulos, se encuentran el de Tasas y Otros Ingresos (5.683 miles más) y el de Ingresos Patrimoniales (1.553 miles más), lo que supone, respectivamente, un 5,7% y un 13,3%.

(10) La necesidad de que el Presupuesto aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin que el Estatuto de Autonomía recoja en su seno una previsión de idéntico tenor.

Por fin, el único Capítulo que ha sufrido un descenso en el importe de sus ingresos ha sido el de Transferencias Corrientes (187.041 miles menos), lo que supone una minoración porcentual del 11,7%.

En lo que atañe a la categoría de los Ingresos de Capital debe destacarse, en primer lugar, el descenso del Capítulo de Pasivos Financieros con 106.420 miles menos, lo que representa un 5,8%. Junto a ello, y ya en segundo lugar, ha de hacerse referencia al hecho de la existencia de una partida presupuestaria para el Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales, la cual asciende a 5.000 miles, circunstancia esta que difiere del ejercicio precedente, donde no existía previsión alguna en relación con dicho Capítulo.

Distinta es la situación de los Capítulos de Transferencias de Capital, con 235.813 miles más y de Activos Financieros, con 355 miles más, lo que supone, respectivamente, un incremento del 58,3% y 2,5%, respecto del ejercicio precedente.

Una vez llevado a cabo el análisis comparativo entre el estado de ingresos del Presupuesto de nuestra Comunidad para el 2023 y el previsto en el año anterior, y procediendo ya al examen individualizado de aquel, se comprueba cómo en el ejercicio actual es el Capítulo Impuestos Indirectos el que presenta una mayor importancia atendiendo a la cuantía de los ingresos que se le imputan, al ascender su monto económico a 2.221.252 miles.

Además del mencionado en el párrafo precedente, los gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón se financian a través de las *cuatro siguientes fuentes*: Impuestos Directos (2.145.996 miles), Pasivos Financieros (1.699.878 miles), Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes Públicos y ciertos Organismos Autónomos (1.405.538 miles) y Transferencias de Capital (640.188 miles).

Junto a los arriba citados, y situado ya en un nivel medio de importancia a la vista de los ingresos que se le imputan, se encuentra el Capítulo Tasas y otros Ingresos (104.312 miles).

Por último, y ya entre los Capítulos del Estado de Ingresos que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, se encuentran el de Activos Financieros (14.193 miles) y el de Ingresos Patrimoniales (13.228 miles), cantidades estas cuya suma global representa, aproximadamente, el 0,3% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la mención al origen y cuantía de los diferentes ingresos que conforman el estado respectivo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2023 damos por finalizado el análisis de estos últimos en lo que concierne a sus estados financieros. No obstante, ello no agota el estudio de dichos Presupuestos, debiendo recordarse que nos encontramos, ante todo, en presencia de una Ley, de una norma jurídica plena, lo que hace

imprescindible, a fin de lograr un adecuado entendimiento de su significado y efectos, detenerse en el análisis de las diversas previsiones recogidas en su articulado, al ser estas últimas las que disciplinan el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos y, a su vez, regulan y legitiman la obtención de ciertos ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2023 aparece integrada por 65 artículos —distribuidos a lo largo de nueve Títulos—, 45 Disposiciones Adicionales, 6 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. A este respecto, debe indicarse que dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, un esquema y contenido similar al de ejercicios anteriores.

De acuerdo con ello, el *Título Primero* de la Ley de Presupuestos ahora comentada, que lleva por título «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 y 2), viene a aprobar el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma —artículo 1—.

Por su parte, el artículo 2, en primer lugar, procede a señalar el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —cantidad que tiene carácter informativo y que asciende, en el presente ejercicio, a 338.598 euros— (11), dándose cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21.1 de la LOFCA (12) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (13). Asimismo, dicho precepto establece, en segundo término y con base en lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (14), la actualización

(11) De los cuales 307.349.000 euros corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, 27.109.000 euros al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 4.140.000 euros al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(12) A cuyo tenor: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(13) De conformidad con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(14) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, si bien las mismas no experimentan, con carácter general, incremento alguno para el presente ejercicio presupuestario.

En lo que atañe al *Título Segundo* de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 3 a 11)—, el mismo regula el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación a los referidos créditos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 3 de la citada norma se encarga de poner de relieve el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Así, dicha previsión se complementa, en lo atinente a la clasificación económica, por lo previsto en el apartado 2 del referido precepto, donde se establece la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a los diversos Capítulos que integran tal clasificación.

Una vez indicado lo anterior, cabe señalar que este carácter limitativo al que acabamos de hacer referencia queda excepcionado por lo dispuesto en sede del artículo 5.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se les confiere la condición de ampliables (15). A estos efectos, y de conformidad con el artículo 5.2 de dicha Ley, la financiación de tales créditos se realizará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería siempre que sea posible en función del grado de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Junto a ello, el artículo 4 de la Ley de Presupuestos para el año 2023 fija los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, a este respecto, que con cargo a los respectivos créditos solo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural que corresponda al ejercicio presupuestario en cuestión, hipótesis esta que puede llegar a ser excepcionada en ciertos supuestos.

(15) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo, aquellos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas, los créditos destinados a atender las obligaciones derivadas de la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita o los créditos destinados a la financiación de la enseñanza concertada.

Por lo demás, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve excepcionado, a su vez, por la previsión recogida en el artículo 6 de tal Ley de Presupuestos, a cuyo tenor viene a otorgarse a la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo. Ahora bien, dicho precepto advierte que la autorización de las citadas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (16).

Por su parte, es el artículo 7 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, prevé la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera, mediante la acreditación de remanente de tesorería disponible o la baja de otros créditos.

Por último, el artículo 10 de la susodicha Ley recoge la posibilidad de que, a propuesta de la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública, se efectúen, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados de ingresos y gastos cuando ello resulte necesario a fin de conseguir el equilibrio presupuestario de las fuentes de financiación (17), o bien cuando proceda legalmente. Más en concreto, aquella se encuentra autorizada para que pueda disponer, en su caso, la no liquidación o, incluso, la anulación y baja en la contabilidad de todas las liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

(16) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad, incluso, en sede Constitucional, disponiendo el artículo 135.1 de la Carta Magna que «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Por su parte, el referido principio se encuentra también contemplado en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este a cuyo tenor: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio financiero». Junto a las normas anteriores, la referencia a la estabilidad presupuestaria se encuentra, a su vez, en el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, cuyo apartado primero dispone que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

(17) Véase la nota anterior.

Atendiendo a lo indicado en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos para el año 2023 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en asuntos de Hacienda y Administración Pública, importantes facultades en materia de gestión de ciertos créditos presupuestarios. Dichas facultades, las cuales aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que será el órgano de Gobierno de la misma o el mencionado Consejero quienes, en un buen número de situaciones, determinarán la cuantía y el destino definitivo de los gastos públicos.

De acuerdo con ello, resulta coherente que el citado Texto legal cierre su Título segundo recogiendo, en el artículo 11, una cautela esencial relativa a la modificación de dichos créditos, requiriendo que la misma se efectúe a través de un expediente en el que deben expresarse las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquella, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Pasando ya a analizar lo que atañe al *Título Tercero* de la pertinente Ley de Presupuestos, el mismo, bajo la denominación «De la gestión del presupuesto» (artículos 12 a 17), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo fundamental es el de evitar, en la medida de lo posible, la generación de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que impliquen repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

Así, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 12 de la mencionada norma establece que la programación y gestión presupuestaria deberá sujetarse, en todo caso y sin perjuicio de que sean aplicables todos los principios generales y sectoriales previstos en sede normativa para las actuaciones públicas, a los *dos siguientes principios*: la responsabilidad por la gestión presupuestaria pública y la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los objetivos y utilización de los recursos públicos.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley de Presupuestos dispone, siguiendo la línea de anteriores ejercicios, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2023, o en otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la cual se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (18). Dicha

(18) A estos efectos, es importante recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera dispone que «Las disposiciones legales

exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de la misma a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Junto a las anteriores medidas, el artículo 14 de aquella pone de manifiesto que no podrá disponerse de los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad.

Por su parte, y en lo que respecta a los compromisos de gastos de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos del ejercicio actual establece que corresponde al Gobierno de Aragón autorizar los gastos de carácter plurianual o de ejercicios futuros en los *tres siguientes casos*: expedientes de contratación, encargos de ejecución y conciertos de valor estimado superior a 3 millones de euros; acuerdos y convenios de colaboración de concesión de subvenciones de concesión directa, cuya cifra supere los 900 mil euros; y, por fin, convocatorias de subvenciones que superen los 5 millones de euros.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2023 otorgan a diversos entes de la Administración autonómica (bien al Gobierno, bien al Consejero competente en materia de Hacienda y Administración Pública) importantes facultades en sede presupuestaria.

En último lugar, es el artículo 16 de dicha norma el que hace mención a que el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a la financiación del presupuesto de la Universidad de Zaragoza se realizará, con carácter general, con periodicidad mensual por doceavas partes, salvo que sea preciso su reconocimiento con periodicidad distinta. En tal supuesto, se requiere la solicitud motivada de la pertinente autorización de la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

El *Título Cuarto* de la presente Ley se encuentra dedicado a la materia «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 18 a 42).

Como es habitual, el Título arriba citado se ocupa del régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra

y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

Comunidad durante el ejercicio 2023. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título no será objeto de un estudio detallado en este comentario por tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

De ahí que solo destaquemos el hecho de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en su caso, idéntico incremento que el que establezca la normativa básica del Estado, con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2022, previsión que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 18.2 de la Ley de Presupuestos aragonesa, resulta aplicable a las retribuciones fijadas en los contratos de cualquier naturaleza del personal al servicio del sector público.

Como consecuencia de lo anterior, dicho artículo prevé, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido en aquel se adecúe a lo dispuesto en el mismo, deviniendo inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan a este.

El *Título Quinto* de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2023, bajo la rúbrica «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 43 a 48), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de nuestra Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de la misma.

A estos efectos, el artículo 43 de la Ley arriba mencionada viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquellas. Dicho Fondo —que aparece desglosado en el Anexo VI de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos relativos a tales Entidades y de determinados programas sectoriales.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que se establezca ciertas partidas presupuestarias para el citado Fondo Local dirigidas a realizar transferencias a Entidades locales de Aragón con la finalidad de apoyar el desarrollo y la gestión de determinadas actividades.

Por su parte, vienen a recogerse, en el marco de la política demográfica y contra la despoblación, un conjunto de programas cuyo punto en común es el de mejorar la estructura poblacional de los asentamientos aragoneses, mediante una adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad.

En esta línea, el artículo 45 de dicha norma regula el Fondo de Cohesión Territorial constituido con la finalidad de avanzar en la cohesión del territorio y en el equilibrio poblacional de Aragón, mediante transferencias corrientes

y de capital a los diversos agentes sociales y territoriales que, a través de un procedimiento de concurrencia competitiva, vayan a desarrollar actuaciones enmarcadas en alguno de los ejes de desarrollo territorial.

Por su parte, son los artículos 46 y 47 los que regulan diversas previsiones en relación con las transferencias a las Administraciones comarcales, tanto en lo que atañe a créditos destinados a las mismas, como a lo concerniente a programas finalistas de las que aquellas son destinatarias.

En relación con el Fondo de Compensación a Ayuntamientos en municipios incluidos en Áreas de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, el artículo 48 de la Ley presupuestaria que nos ocupa contempla un régimen económico de compensaciones a favor de los mismos, siendo el importe máximo a percibir de 150.000 euros, sin que ningún municipio reciba cantidad inferior a 5.000 euros.

El *Título Sexto* de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2023, bajo la denominación «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 49 a 54) se ocupa del régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad Autónoma (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquella conceda a lo largo del referido ejercicio presupuestario.

En lo que concierne al mismo, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias autorizadas al Gobierno de Aragón es de 1.699.878 miles de euros (artículo 49.1). A este respecto, y como ya es habitual, la contratación del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse, en todo momento, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (19).

Junto a las operaciones a las que acaba de aludirse, el Consejero competente en materia de Hacienda y Administración Pública se encuentra autorizado

(19) En relación con esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite a aquel la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, futuros, *swaps* y otros similares— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, se contempla, asimismo, la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. A estos efectos, y para los supuestos en que estas sean a largo plazo (más de un año), el artículo 51 de la Ley que ahora nos ocupa prevé que dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública. En todo caso, y cualquiera que sea la modalidad de endeudamiento adoptada, aquellos deberán informar mensualmente al citado Departamento de las operaciones de endeudamiento formalizadas y de la situación actual de su cartera de deuda.

Junto a lo anterior, y en lo que hace referencia al otorgamiento de avales y garantías, el artículo 52 viene a señalar que es el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de Hacienda, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas, con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar el límite de riesgo de 100 millones de euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad de un millón de euros.

Por su parte, la concesión del aval se supedita al cumplimiento de determinados requisitos. A estos efectos, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán acreditar que no han sido sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos (artículo 52.5).

Junto a lo anterior, el artículo 53 de la susodicha Ley de Presupuestos prevé la posibilidad de formalizar, previa autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, contratos de reafianzamiento con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio social y fiscal en Aragón por una cuantía máxima global de 20 millones de euros, recogándose, asimismo, los requisitos exigidos para ello.

Por último, el artículo 54 de aquel Texto legal encomienda al Departamento de Economía, Planificación y Empleo la posibilidad de realizar las actuaciones que corresponden a la Comunidad Autónoma de Aragón derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

Continuando con el comentario relativo a los Títulos que conforman la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2023, el *Título Séptimo*, se recogen las normas relativas a «LA INFORMACIÓN A LAS CORTES DE ARAGÓN» (artículos 55 a 62).

En este sentido, los preceptos arriba indicados se ocupan de regular la obligación de información que compete al Gobierno de nuestra Comunidad. A este respecto, se prevé que este último debe remitir a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública ciertos informes, datos, acuerdos o expedientes en relación con la siguiente información: presupuestaria (artículo 55), financiera (artículo 56), subvenciones y ayudas (artículo 57), fondos y planes especializados (artículo 58), personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 59), contratación pública (artículo 60), gasto en difusión y medios de comunicación (artículo 61) y, por último, sobre transparencia (artículo 62).

Para finalizar con el comentario relativo a los Títulos que conforman la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2023, solo resta hacer referencia al *Título Octavo*, «FONDO ARAGONÉS DE I+D+I» (artículo 63), y al *Título Noveno*, «NORMAS TRIBUTARIAS» (artículos 64 y 65).

De este modo, el artículo 63 de la referida norma regula los créditos que constituyen el citado Fondo, el cual viene a definirse como el conjunto de recursos económicos destinados a I+D+I que se incluyan en los presupuestos de nuestra Comunidad en el correspondiente ejercicio, viéndose reflejados aquellos en el Anexo VIII de dicha Ley.

Por fin, los dos últimos preceptos que conforman la norma ahora comentada recogen las modificaciones previstas en el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, diferenciando, en el artículo 64, las correspondientes a los tributos cedidos, mientras que, en su artículo 65, aparecen las que atañen a los tributos propios.

Siendo esto así, únicamente resta realizar una breve mención sobre *dos cuestiones específicas* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las *Disposiciones Adicionales*: 1) la determinación de la normativa a la que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad y 2) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios.

En este sentido, y en lo que atañe a las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 7ª), la susodicha Ley de Presupuestos mantiene la exigencia de que el solicitante deberá acreditar debidamente el hecho de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de la deuda pendiente).

Asimismo, se prevé que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón, proceder este último que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, cuando una vez concedida una subvención se solicite un aval con posterioridad. Ahora bien, y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, en relación a un mismo proyecto, de aval y subvención.

Por su parte, y ya que en lo que concierne a la gestión de ciertos créditos presupuestarios, es la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2023 la que se ocupa de esta cuestión en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, siendo la Disposición Adicional 8ª la que establece una serie de previsiones específicas acerca de la gestión de los créditos correspondientes a los Capítulos de Diversos Departamentos.

Por último, y ya para concluir, únicamente resta indicar que es también la ya mencionada Disposición Adicional 8ª de la Ley objeto del presente comentario la que regula el denominado Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria, el cual tiene como finalidad cubrir ciertas contingencias. Así, viene a establecerse que la cuantía correspondiente a dicho Fondo puede verse incrementada a lo largo del año mediante las modificaciones presupuestarias pertinentes, con la debida autorización de la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

CRÓNICA DE LA JORNADA SOBRE EL PAPEL DE LA REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA REFUNDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO(*)

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE(**)
Universidad Monteávila (Venezuela)

En el centenario de don Eduardo García de Enterría

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS RESPONSABLES DE LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA.– III. LAS PUBLICACIONES CONMEMORATIVAS DE MOMENTOS HISTÓRICOS DE LA REVISTA: 1. Las publicaciones conmemorativas de los números centenarios. 2. La publicación conmemorativa del cincuentenario de la creación.– IV. EL INICIO DE LOS RECONOCIMIENTOS CON MOTIVO DEL PRÓXIMO SEPTUAGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.– V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Esta crónica describe los antecedentes y el homenaje organizado por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, tanto a los padres fundadores de la Revista de Administración Pública, como a la publicación con motivo de sus inminentes setenta y cinco años de existencia.

Palabras claves: Derecho administrativo; refundación; Revista de Administración Pública; generación.

ABSTRACT: This chronicle outlines the background and the homage organized by Universidad Pontificia Comillas de Madrid, both to the founding fathers of the Revista de Administración Pública and to the publication on the occasion of its imminent seventy-five years established.

Key words: Administrative law; refoundation; Public Administration Revue; generation.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 16/01/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 29/03/2023.

(**) Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. www.hernandezmendible.com.

I. INTRODUCCIÓN

La Universidad Pontificia Comillas de Madrid ha organizado un ciclo de actividades académicas, con motivo del inicio de la conmemoración de los setenta y cinco años de la creación de la *Revista de Administración Pública* fundada por una generación de *iuspublicistas* irrepetibles nacidos durante los años veinte del siglo pasado, que comenzó siendo editada por el Instituto de Estudios Políticos de Madrid y que actualmente es publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Las circunstancias que llevaron a la gestación de la *Revista de Administración Pública* tuvieron lugar en el verano de 1948, en una playa al borde del Cantábrico, en el pueblo de Llanes, en el Principado de Asturias, donde Eduardo García de Enterría, quien recién había ganado la oposición de Letrado del Consejo de Estado, conoció a Francisco Javier Conde, que en ese momento era el director del Instituto de Estudios Políticos. Al comienzo del otoño de ese mismo año se reunieron en Madrid y concibieron la idea de crear una revista (1).

Para integrar el equipo gestor, García de Enterría asumió la condición de director técnico y comenzó el fichaje entre los Letrados del Consejo de Estado que tenían inclinación académica (Villar Palasí, Fueyo Álvarez y Alonso Olea) y los discípulos de Segismundo Royo-Villanova (Garrido Falla, González Pérez y Serrano Guirado), considerando que estos últimos constituyen el primer grupo «de jóvenes investigadores en Derecho Administrativo en la Universidad española» (2).

Las actividades organizadas en la Universidad Pontificia Comillas conforman un doble homenaje, por una parte a la publicación periódica más prestigiosa y longeva de derecho público en lengua castellana; y, por otra, un reconocimiento *in memoriam* a los padres fundadores, por la visión que tuvieron en la época predemocrática, los aportes que hicieron al restablecimiento del Estado de Derecho, la orientación que brindaron para la redacción de la Constitución, la responsabilidad que asumieron durante el período de la transición y la constancia de haberse mantenido al frente de esta prestigiosa publicación mientras sus fuerzas vitales se lo permitieron, conducta que es propia de los auténticos maestros comprometidos con la sociedad en que vivieron y que los constituyeron en conspicuos referentes académicos, a los cuales emular personal e intelectualmente.

(1) García de Enterría, E. (1999), «Para una historia interna de la RAP», *Revista de Administración Pública* 150, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 612.

(2) García de Enterría, E. (1999), *op. cit.*, p. 613.

Esta generación de las grandes luces del Derecho Público español, gracias a sus mentes excepcionales (3), su profundidad y didáctica llegaron a concebir un producto de exportación, que ha llegado a irradiar todo el conocimiento generado más allá de las fronteras, al compartirlo a través de la *Revista de Administración Pública*, la cual constituye el faro que ha iluminado los senderos del Derecho Público no sólo en España, sino en toda Iberoamérica.

El objeto de esta crónica no es recoger de manera literal las intervenciones de quienes participaron en la primera jornada de este ciclo de conferencias, pues ello excedería la finalidad de la misma, sino dar cuenta del inicio de esta celebración académica, no sin antes hacer mención de los principales protagonistas y a la obra desarrollada durante las más de siete décadas, que motivan esta conmemoración.

II. LOS RESPONSABLES DE LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA

El primer número, en 1950 —y hasta el número 19— se presentó bajo la dirección formal de Francisco Javier Conde, Director del Instituto de Estudios Políticos, en tanto el Consejo de Redacción lo presidía Luis Jordana de Pozas, quien estuvo acompañado por Manuel Alonso Olea, Juan Ignacio Bermejo Girones, Eduardo García de Enterría, quien fue el primer secretario de la REVISTA, Fernando Garrido Falla, quien fue el primer secretario adjunto de la REVISTA, Juan Gascón Hernández, Segismundo Royo-Villanova, Fernando Sainz de Bujanda y José Luis Villar Palasí.

En el número 10, en 1953 se incorporaron al Consejo de Redacción, Jesús F. Fuego Álvarez, Ricardo Gómez-Acebo, Jesús González Pérez, quien fue el segundo en ocupar el cargo de secretario adjunto de la REVISTA, y Enrique Serrano Guirado.

A partir del número 112, en 1987, Eduardo García de Enterría deja la secretaría de la REVISTA, que llevaba desde el número uno y es electo formalmente director del Consejo de Redacción, pasando la secretaría a Fernando Sainz Moreno.

Con la publicación del número 136, en 1995, se produjo un cambio en la secretaría pasando a ocupar esta responsabilidad Carmen Chinchilla Marín. Esta referencia marca un hito en la historia de la REVISTA, pues se trata de la primera mujer, en cuarenta y cinco años de circulación, en ocupar ese cargo directivo en el Consejo de Redacción. Sus antecesores fueron el propio Eduardo

(3) Pérez Olea, M. (1999), «El entorno de la “Revista de Administración Pública” en sus primeros años (Recuerdos del ayer, lecciones para el mañana)», *Revista de Administración Pública* 150, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 474.

García de Enterría, quien contó como secretarios adjuntos a Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, Alejandro Nieto García, Lorenzo Martín-Retortillo, Ramón Martín Mateo, José Ramón Parada Vázquez, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez y Fernando Sainz Moreno, habiendo sustituido este último en la secretaría a García de Enterría, como se mencionó anteriormente.

Hasta el número 186, en 2011, la dirección del Consejo de Redacción continuó a cargo de Eduardo García de Enterría y la secretaria era Carmen Chinchilla Marín, pero en el número 187, de 2012, la dirección del Consejo de Redacción experimentó una pequeña modificación, en la que pasaron a compartirla Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, acompañados en la secretaría por Carmen Chinchilla Marín. Luego del fallecimiento de Eduardo García de Enterría, a partir del número 192, de 2013, la dirección la ejerció Tomás-Ramón Fernández Rodríguez y la secretaria continuó siendo Carmen Chinchilla Marín.

Desde el número 208, en 2019, las responsabilidades en el Consejo de Redacción reposan en el director Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, mientras que Carmen Chinchilla Marín pasó a ser directora ejecutiva y como secretario fue designado Rafael Gómez-Ferrer Rincón.

Esta directiva se encuentra acompañada de los vocales Margarita Beladiez Rojo, Edorta Cobreros Mendazona, Luis M^a Díez-Picazo Giménez, Germán Fernández Farreres, Francisco López Menudo, Lorenzo Martín-Retortillo, Luis Martín Rebollo, José Ramón Parada Vázquez, Fernando Sainz Moreno, Silvia del Saz Cordero, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Francisco Sosa Wagner y Joaquín Tornos Mas.

En el Consejo Asesor participan Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga, Ricardo Alonso García, José M. Baño León, Avelino Blasco Esteve, Raúl Bocanegra Sierra, Allan Randolf Brewer-Carias, José Luis Carro Fernández-Valmayor, José Manuel Castells Arteché, Luis Cosculluela Montaner, Rafael Entrena Cuesta, José Esteve Pardo, Tomás Font i Llovet, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Enrique Gómez-Reino, Iñaki Lasagabaster Herrate, Fernando López Ramón, Blanca Lozano Cutanda, Elisenda Malaret García, Ángel Menéndez Rexach, Santiago Muñoz Machado, Luciano Parejo Alfonso, Juan Pemán Gavín, Alfonso Pérez Moreno, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Manuel Rebollo Puig, José Suay Rincón, Leopoldo Tolivar Alas y Joan Manuel Trayter Jiménez.

III. LAS PUBLICACIONES CONMEMORATIVAS DE MOMENTOS HISTÓRICOS DE LA REVISTA

Las publicaciones conmemorativas de los hitos de la *Revista de Administración Pública* permiten distinguir dos categorías: la primera relacionada

con los números editados y la segunda vinculada al tiempo ininterrumpido de publicación. A continuación se hará referencia a cada una por separado.

1. Las publicaciones conmemorativas de los números centenarios

El número centenario de la *Revista de Administración Pública* —cuando tenía treinta y tres años desde su fundación— fue extraordinario y doblemente significativo, pues por una parte constituyó «una suerte de homenaje colectivo a lo que esa historia ha representado para nuestro Derecho Administrativo y nuestra Ciencia de la Administración» (4) y, por la otra, un homenaje a Luis Jornada de Pozas, quien había presidido el Consejo de Redacción, desde su fundación en 1950 hasta el momento de su fallecimiento, justo antes de la publicación del número centenario, lo que impidió contar con sus palabras introductorias sobre la historia de esta publicación, en esa ocasión (5).

Este número centenario sin precedentes (6) —ni repetición en cuanto a su extensión hasta el momento— motivó el entusiasmo y la participación de Enrique Alonso García, Manuel Alonso Olea, Isidro E. Arcenegui Fernández, Enrique Argullol Murgadas, Manuel Arias Senoseain, Gaspar Ariño Ortiz, Mariano Baena del Alcázar, Martín Bassols Coma, Raúl Bocanegra Sierra, José María Boquera Oliver, Luis Pablo Bourgon Tíno, Allan R. Brewer-Carías, Antonio Cano Mata, Antonio Carceller Fernández, Adolfo Carretero Pérez, José Luis Carro Fernández-Valmayor, Antonio Carro Martínez, José Manuel Castells Arteché, Luis María Cazorla Prieto, Manuel Francisco Clavero Arévalo, Eduardo Coca Vita, Luis M. Cosculluela Montaner, Antonio Embid Irujo, Pedro Escribano Collado, Vicente M. Escuin Palop, Claro J. Fernández-Carnicero González, Germán Fernández Farreres, José María Fernández Pastrana, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Tomás Font i Llovet, Javier Gálvez Montes, Alfredo Gallego

(4) García de Enterría, E. (1983), «Cien números de la “Revista de Administración Pública”, *Revista de Administración Pública* 100-103, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 3.

(5) García de Enterría, E. (1984), «*In memoriam*. Luis Jornada de Pozas», *Revista de Administración Pública* 104, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 14.

(6) Sobre el estudio histórico del surgimiento del Derecho Administrativo en España, debe consultarse el trabajo «Apuntes para una historia de los autores de derecho administrativo general español», de Nieto, A. (1984), *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 17-68; y más recientemente, Escribano Collado, P. (2011), «La aportación doctrinal de los grandes Maestros del Derecho Administrativo contemporáneo», en M. Zambonino (Coord.), *Nacimiento y desarrollo de la Administración moderna. La libertad de comercio. Pasado y presente: los grandes maestros del Derecho Administrativo Contemporáneo*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública-Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, pp. 147-264.

Anabitarte, Eduardo García de Enterría, José Antonio García-Trevijano Cárnica, Fernando Garrido Falla, Enrique Gómez-Reino Carnotta, José Luis González-Berenguer Urrutia, Francisco González Navarro, Jesús González Pérez, Aurelio Guaita Martorell, Alberto Gutiérrez Reñón, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Pedro María Larumbe Biurrun, Jesús Leguina Villa, José Francisco López-Font Márquez, Diego López Garrido, Fernando López Ramón, Laureano López Rodó, Francesc Lliset Borrel, Ángel Martín del Burgo Marchan, Ramón Martín Mateo, Luis Martín Rebollo, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, José Luis Meilán Gil, Rafael de Mendizábal Allende, Franck Moderne, Carlos F. Molina del Pozo, Miguel Montoro Puerto, Luis Morell Ocaña, Luis de la Morena y de la Morena, Santiago Muñoz Machado, Alfonso Nava Negrete, Alejandro Nieto, Luis Ortega Álvarez, José Ortiz Díaz, José Ramón Parada Vázquez, Luciano Parejo Alfonso, Alfonso Pérez Moreno, Antonio Pérez Tenessa, José Luis Piñar Mañas, Jesús Prieto de Pedro, José María Reyes Monterreal, Valentín Rodríguez Vázquez de Prada, Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez, Francisco Rubio Llorente, Emilio Ruiz-Jarabo Ferrán, Fernando Sainz Moreno, Javier Salas, Ángel Sánchez Blanco, Jaime Sánchez Isac, Miguel Sánchez Morón, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Juan Manuel Serrano Alberca, José Eugenio Soriano García, Francisco Sosa Wagner, Joaquín Tornos Mas, José Luis Villar Palasí y Eduardo Vivancos.

En 2016 se publicó el número bicentenario, oportunidad en la que la mayoría de la generación fundadora se había despedido, luego de haber dejado un gran legado. Para ese momento ya no estaban Manuel Alonso Olea, Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, Fernando Sainz de Bujanda, José Luis Villar Palasí y en fase de edición de ese número conmemorativo —aunque de generación posterior—, se sumó a esa lista Jesús Leguina Villa.

En aquel entonces afortunadamente seguía vivo y como testigo de excepción de esa gran historia Jesús González Pérez, que participó desde el primer número hasta el momento de su fallecimiento en enero de 2019.

Aquella edición bicentenario fue dedicada a «*El Derecho Administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea*». Al inicio contiene una entrevista a Jesús González Pérez, que realiza Tomás Ramón Fernández. En ella también participaron con sus aportes Alejandro Nieto, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Luis Cosculluela Montaner, Francisco Sosa Wagner, Santiago Muñoz Machado, Luis Martín Rebollo, Joaquín Tornos Mas, Fernando López Ramón, Germán Fernández Farreres, Francisco López Menudo, Antonio Jiménez-Blanco, José María Baño León, Edorta Cobreros Mendazona, Ricardo Alonso García, Carmen Chinchilla Marín, Iñaki Agirreazkuenaga, Blanca Lozano Cutanda y Tomás-Ramón Fernández.

Al momento de iniciarse las actividades que motivan esta crónica, se habían publicado 218 números y se encontraba en prensa la REVISTA 219, que cerró el año 2022.

2. La publicación conmemorativa del cincuentenario de la creación

Con motivo de los primeros cincuenta años de la aparición de la *Revista de Administración Pública*, el número 150 dio cuenta de la estricta periodicidad de esta publicación y la edición fue destinada en gran medida, a realizar un balance de este medio siglo de existencia.

Ese número extraordinario contiene una valoración de lo ocurrido en el período que va entre los números 1 y 150, en que se ha reflexionado sobre la evolución de cada una de las instituciones jurídicas tradicionales del Derecho Administrativo.

Los colaboradores que participaron fueron Manuel Alonso Olea, José María Boquera Oliver, Manuel Francisco Clavero Arévalo, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Alfredo Gallego Anabitarte, Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, Rafael Gómez Ferrer-Morant, Jesús González Pérez, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Paulino Martín Martín, Ramón Martín Mateo, Luis Martín Rebollo, José María Michávilva Núñez, Luis Morel Ocaña, Belén Noguera de la Muela, Ramón Parada Vázquez, Manuel Pérez Olea, Fernando Sainz Moreno, Federico Carlos Sainz de Robles, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Joan Manuel Trayter Jiménez y Francisco Sosa Wagner.

Además de los valiosos trabajos que acometen el balance de las instituciones jurídicas, guardan especial interés para esta crónica las contribuciones históricas de Eduardo García de Enterría y Manuel Pérez Olea, ambas citadas anteriormente.

IV. EL INICIO DE LOS RECONOCIMIENTOS CON MOTIVO DEL PRÓXIMO SEPTUAGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El tributo que se rinde a los maestros se llevará a cabo en un ciclo de conferencias de tres años, que se realizarán en tres sesiones anuales entre 2022 y 2025, fecha esta última en que se conmemorará el septuagésimo quinto aniversario de la aparición en el universo jurídico de la *Revista de Administración Pública*.

Es así como tuvo lugar la primera jornada el 16 de noviembre de 2022, que se realizó en el aula P. Martín de Nicolás, de la Facultad de Derecho, en

la Universidad Pontificia Comillas-ICADE y fue organizada por el Centro de Innovación del Derecho (CID-ICADE).

Esta sesión fue inaugurada por el decano de la Facultad de Derecho Abel Veiga Copo y por la directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Yolanda Gómez Sánchez.

En sus palabras iniciales, el decano destacó la importancia de la generación fundadora de la *Revista de Administración Pública* y la permanencia de la revista hasta el presente, considerando que la mayoría de las publicaciones duran poco por diversas razones. Además, recordó que la costumbre en España es tardar en reconocer lo que se ha hecho bien. Igualmente destacó, que sin relevo generacional la universidad está perdida.

La segunda en intervenir fue la mencionada directora, quien expresó que se trata de un merecido y muy oportuno homenaje a la generación fundadora de la *Revista de Administración Pública*. Recalcó que esta publicación es un referente del Derecho Administrativo en sentido amplio. Reconoció el trabajo que realizan Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Carmen Chinchilla Marín y Rafael Gómez-Ferrer Rincón. Concretamente, agradeció la receptividad y colaboración del primero en las iniciativas que ella le ha planteado. Finalmente señaló que la publicación en su edición electrónica tiene una difusión universal y gratuita desde 2021.

La moderación la realizó Antonio J. Alonso Timón, profesor de Derecho Administrativo y coordinador del área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho-ICADE. Antes de dar inicio a la participación de los expositores invitados, destacó que el homenaje se hacía a una generación que cambió muchas cosas y además recordó el homenaje realizado a Eduardo García de Enterría en el verano pasado, por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y que puso en marcha el proyecto que pretende a partir de 2023 constituirse en un foro de encuentro y debate sobre las grandes cuestiones de la actualidad del Derecho Público.

Seguidamente se le dio la palabra al primero de los expositores invitados. Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y director de la *Revista de Administración Pública*. Este inició su intervención preguntándose ¿por qué la RAP es tan importante? A los fines de dar respuesta procedió a mencionar que ésta se constituyó en el vehículo que sirvió para refundar el Derecho Administrativo español. Recordó que éste comenzó a gestarse a mediados del siglo XIX y mencionó como uno de los referentes a Manuel Colmeiro. Sostuvo que la disciplina era poco valorada, pues el desarrollo del Derecho Administrativo estaba atrasado —con respecto a los vecinos continentales—, consecuencia de las circunstancias que vivió España en aquellos tiempos.

Recordó que la RAP fue un producto del azar, pero que colocó a España en el mapa del Derecho Administrativo europeo. A través de la REVISTA se importó el Derecho Administrativo francés e italiano de su época.

Destacó que el movimiento renovador del Derecho Administrativo convergió con el movimiento de reforma administrativa del Estado, que le fue encomendado a Laureano López Rodó, advirtiendo que aunque generacionalmente era contemporáneo a los fundadores de la RAP, no fue miembro integrante de ésta.

En esa época se aprobaron la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, redactada por Jesús González Pérez y Manuel Ballbé Prunés, y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, elaborada en la Secretaría General de la Presidencia de Gobierno, ambas actualmente derogadas, así como la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que tiene la impronta de Eduardo García de Enterría y está todavía vigente. Estos se constituyeron en los instrumentos jurídicos que reconocían las garantías de los ciudadanos frente al Estado, llegando a servir de portaaviones para aterrizar en la Constitución de 1978, manteniéndose en vigor al restablecerse el Estado de Derecho durante aproximadamente veinte años más hasta su derogación.

El segundo en intervenir fue Luis Martín Rebollo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria, quien afirmó que la generación de la RAP contribuyó a la consolidación del país, al forjar las bases intelectuales y culturales de la democracia, así como del Derecho, con las leyes de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de Procedimiento Administrativo y de Expropiación Forzosa.

Se apoyó en Luis María López Guerra para sostener que en 1978 no había constitucionalistas en España, y que fueron los miembros de la RAP quienes estudiaban el Derecho Constitucional.

Sostuvo que los conceptos elaborados por esta generación de juristas crearon un lenguaje común, que ha permitido incluso el diálogo intergeneracional.

El tercero en tomar la palabra fue Juan Ramón Fernández Torres, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Comenzó compartiendo la experiencia de los que constituyeron sus primeros contactos con la RAP, que no fueron estrictamente académicos y luego cómo ello evolucionó al plano académico, bajo la orientación de Sebastián Martín-Retortillo Baquer, durante el tiempo de elaboración de su tesis de doctor.

Además, destacó que al revisar los números de la REVISTA publicados en lo que va del presente siglo, observó que junto a los temas clásicos españoles (contratos, responsabilidad, función pública, dominio público), se encuentra la participación de los extranjeros europeos e iberoamericanos.

Al momento del cierre de esta jornada inaugural, el moderador manifestó que el Derecho Administrativo construido en la RAP ha sido el de la lucha contra

las inmunidades del poder, recordando al afortunado título del enjundioso trabajo de García de Enterría. Pero advirtió sobre el riesgo de que esta disciplina pueda ser utilizada para limitar los derechos y las libertades, como sucedió durante la emergencia sanitaria mundial. Concluyó rescatando lo expresado por Luis Martín Rebollo, en el sentido de que cuando nadie estudiaba el Derecho Constitucional, éste fue forjado desde el Derecho Administrativo.

Siguiendo el orden de intervenciones iniciales, Fernández Rodríguez parafraseó a Maurice Hauriou, al señalar que la Administración Pública debe actuar respetando la ley y que cuando actúe, que responda. El Derecho Administrativo encierra una tensión permanente, entre el poder, que supone una amenaza para los derechos de las personas, y la libertad.

Seguidamente Luis Martín Rebollo recordó que el Derecho Administrativo es la búsqueda del equilibrio entre los privilegios de la Administración y los mecanismos de control, para la protección de los derechos fundamentales. Sostuvo que se ha transitado del lenguaje del poder al lenguaje de los derechos y finalizó exhortando la designación de un mayor porcentaje de jueces especializados en Derecho Administrativo.

Concluyó Fernández Torres señalando la necesidad de un mayor compromiso con el Derecho Administrativo de este tiempo.

Entre los asistentes presenciales y virtuales que aproximadamente rondaron el centenar de personas, destacó la presencia de Rafael Gómez-Ferrer Rincón, quien es el actual secretario de la REVISTA; Libardo Rodríguez Rodríguez, presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); así como los integrantes del mismo José Araujo-Juárez y José Luis Villegas Moreno, siendo este último además profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En la presentación del número centenario, García de Enterría señaló que la *Revista de Administración Pública* ha servido para «proporcionar un foro extraordinariamente amplio y plural, donde han podido concurrir grupos de estudiosos con conciencia de trabajar en una obra común, una obra indefinidamente abierta, que nos incita a una labor constante y sin término y que nos somete al juicio de los pares, al debate incesante, al contraste con otros puntos de vista y con la experiencia de la vida jurídica, debate y contraste sin los cuales toda opinión particular, por brillante que fuese, sería al final vana» (7).

(7) García de Enterría, E. (1983), «Cien números de la “Revista de Administración Pública”», *Revista de Administración Pública* 100-103, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 4.

Sin duda esta Revista es un auténtico referente para todas las publicaciones periódicas homólogas, sobre las que ha ejercido modelaje en España y el resto de Iberoamérica.

No se puede concluir esta crónica sin antes agradecer la iniciativa a las autoridades de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, por este ciclo de jornadas de exaltación de la generación que refundó el Derecho Administrativo español.

Para todos aquellos que en nuestra formación académica somos tributarios de la *Revista de Administración Pública* —en mi caso desde los estudios del grado y luego al homologar el título de Abogado a Licenciado en Derecho—, constituye un compromiso de gratitud ineludible con los padres fundadores reconocerles permanentemente por su empeño en esta iniciativa, por haberla desarrollado hasta convertirla —aunque no surgió con esa finalidad— en el ágora de los *iuspublicistas* iberoamericanos (8), lo que estimula a compartir las reflexiones sobre el futuro de esta prestigiosa publicación con quienes hoy tienen la responsabilidad de continuar el legado, así como del desafío que tendrán las nuevas generaciones, que al recibir la posta deberán seguir construyendo y renovando el Derecho Administrativo iberoamericano a partir de sus cimientos (9), mientras se transita hacia el tercer centenario de los números publicados y el primer siglo de su edición.

(8) García de Enterría, E. (1999), «Para una historia interna de la RAP», *Revista de Administración Pública* 150, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 618.

(9) Pérez Olea, M. (1999), «El entorno de la “Revista de Administración Pública” en sus primeros años (Recuerdos del ayer, lecciones para el mañana)», *Revista de Administración Pública* 150, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 473.

BIBLIOGRAFÍA

Luis CALVO SÁNCHEZ. *El sistema administrativo de las Ordenanzas Generales de Montes. Las bases históricas de la regulación de los montes en España. 1833-1842*. Ed. Fundación Conde del Valle de Salazar. Madrid. 2022. 512 págs. (*).

En alguna ocasión se ha dicho que «*Si uno no sabe historia, no sabe nada: es como ser una hoja y no saber que forma parte del árbol*». Esta frase, no en vano de temática forestal, es bastante ilustrativa de lo que supone el libro que se va a comentar, pues su lectura es imprescindible para poder entender cabalmente nuestro actual Derecho Forestal y su evolución, por cuanto cubre una laguna que no había llamado la atención de la doctrina, especialmente la jurídica (al fin y al cabo estamos hablando de una norma legal, lo que no excluye que en este campo concurren otros profesionales, como ingenieros o geógrafos). De hecho, es el resultado de la trayectoria investigadora del propio autor, pues sin duda alguna era el paso lógico tras su magna obra sobre la «*La génesis histórica de los montes catalogados de utilidad pública (1855-1901)*» y su continuación «*El Catálogo de Montes: origen y evolución histórica (1859-1901)*». Si se nos permite la terminología cinematográfica, este libro es la precuela de «*La génesis ...*», hasta tal punto que su lectura ha de hacerse con la mirada puesta en los anteriores. Las Ordenanzas Generales de Montes son el preludio o antesala de la normativa forestal moderna en España que nace, precisamente y como es de general conocimiento, con la normativa desamortizadora. Quizás por ello ésta ha acaparado toda la atención doctrinal, eclipsando otros periodos.

Y como con «*La génesis ...*», su autor hace en esta obra un alarde de profundos conocimientos legales, históricos y bibliográficos, todos ellos imprescindibles para abordar el tema. Lo que le permite relatar el nacimiento y evolución de una norma legal, analizando sus interioridades, con incontables datos y anécdotas histórico-jurídicas de especial interés, envuelto en una prosa sin superfluidad lingüística. Quizás lo más interesante de su lectura sea comprobar que las notas que caracterizaron la redacción, aprobación y ejecución de las Ordenanzas Generales de Montes siguen, de alguna manera, vigentes en la actualidad, como veremos más adelante.

El dominio de la materia (a estas alturas no se va a descubrir la autoridad del autor dentro del Derecho Forestal) le permite relatar con precisión quirúrgica

(*) El presente texto es una versión ampliada de la recensión del mismo libro admitida para publicar en el número 221 de la Revista de Administración Pública.

y sin rodeos retóricos la materia que expone, con una redacción clara y amena, armando intencionadamente un relato directo, sabedor en todo momento de lo que pretende contar y su propósito, lo que nos permite dejarnos abandonar en su lectura confiados en la seguridad de la rigurosa exhaustividad del autor. Hasta tal punto es así que no sólo es recomendable sino que aparece como preciso no eludir las acotaciones a pie de página, pero no como una obligación, sino por el mero placer de su lectura, pues quedan perfectamente integradas en la línea narrativa del libro sin interrumpirla.

A este respecto no debe perderse de vista que estamos ante una obra de investigación, donde el acceso a diferentes archivos de las Administraciones públicas, publicaciones y normativa de la época, etc ... son las fuentes utilizadas para la construcción del relato. Y aunque pueda pasar desapercibido, aquí radica uno de los valores del libro, pues ello comporta unos especiales conocimientos, pero sobre todo un tiempo invertido en su preparación que es desmesurado si lo comparamos con otro tipo de estudios jurídicos. Sólo el autor sabe las innumerables horas destinadas a la indagación archivística que han sido precisas para llevar a término su labor. Es obligado llamar la atención sobre este tipo de trabajos de investigación que han implicado un esfuerzo, tanto intelectual como de dedicación temporal, desproporcionadamente superior al estándar de cualquier otro libro jurídico. Quizás sea éste el motivo de que no abundan las publicaciones jurídico-históricas entre la doctrina, mucho más en los momentos actuales en que lo cuantitativo de los trabajos se sobrevalora respecto a lo cualitativo y no merezca la pena el sobreesfuerzo de una dedicación como la empleada en el libro ahora recensionado. Precisamente estos peculiares mimbres, junto a su habilidad investigadora, le han permitido a Luis Calvo acceder a fuentes inéditas para la doctrina, como es el Diario de la Administración, del que no me consta su cita por autores previos, lo que le dota al libro de un valor suplementario por su originalidad.

Este proceso de obtención de la información se dirigía a responder a las preguntas básicas de qué, quién, cuándo, dónde, cómo y por qué, técnica típica del periodismo jurídico, utilizada con virtuosismo y que permite una lectura ágil y amena del libro, donde el relato mantiene un ritmo constante y mantenido, aunque su estructura formal no responda a ese esquema.

El *qué* viene a ser una obviedad tras la lectura del expresivo título del libro: la historia de la elaboración, redacción y ejecución de las Ordenanzas Generales de Montes, entendida como las bases históricas de la normativa forestal moderna en España. Y resaltamos lo de modernas, pues normas, y no pocas, ya existían cuando se dictaron. Pero es cierto que respondieron a la necesidad de dotar de unas leyes actuales (de hecho, fueron una mejorable traslación del *Code Forestier* francés de 1827) que regulasen un sector tan castigado como el forestal.

Se nos dibuja una historia de intereses económicos y políticos contrapuestos, bajo el manto de la dialéctica Liberalismo-Antiguo Régimen, de propietarios, Administraciones locales, Marina, etc... Al fin y al cabo, la historia de nuestro Derecho Forestal ha sido un relato pendular, en donde el repudio a la normativa vigente marcaba la guía a seguir en la construcción de la siguiente. La demoledora crítica que Jovellanos realiza a las Ordenanzas de Montes de 1748 en su Informe sobre la Ley Agraria de 1795, por su imposición de realizar plantíos y reservando notorios privilegios a la Marina Real, algo impopular especialmente entre los campesinos, fue la inspiración de la primera normativa liberal, de escaso intervencionismo y favorable a la propiedad privada y su libre competencia. Estos principios llevados al extremo acabaron derivando en el proceso desamortizador, letal para muchos montes, y que también se cebó en el campesinado, al verse privado de buena parte de sus montes y del acceso a unos recursos locales. Y contra los excesos forestales de la desamortización se retorna nuevamente a una política intervencionista. A nadie se le ocurriría actualmente criticar una política activa de repoblación forestal, para lo cual son necesarios los viveros, pero que tanto rechazo popular suscitaban en la época de las Ordenanzas Generales de Montes.

Respecto al *quién*, el autor se preocupa sobremanera en identificar y describir a los actores que intervienen en el proceso, consciente sin duda alguna que las normas jurídicas son una construcción humana y que a fin de cuentas reflejan sus conocimientos, posiciones, ideologías, intereses y, lo que es peor, sus ignorancias, miserias y contradicciones. Como todavía ocurre en el ámbito jurídico-forestal, y en esto el proceso de las Ordenanzas Generales de Montes es paradigmático, son recurrentes los legos y aventureros, donde cualquier persona se cree con autoridad para opinar y, lo que es más trascendente, para redactar una norma legal, con las consecuencias a ello inherentes. Lo que es especialmente grave, sobre todo en una materia como la forestal cuyos efectos, sean favorables o perniciosos, no se manifiestan hasta pasadas varias décadas; motivo por el cual los Gobiernos no toman el debido interés, pues no obtienen resultados visibles, léase rendimiento electoral, en el mísero plazo de una legislatura. Por eso las Ordenanzas Generales de Montes se nos aparecen como un paradigma de nuestro Derecho Forestal histórico, lo que acrecienta el interés en la obra ahora recensionada, donde convenientemente se nos ilustra sobre este particular, como cuando el principal promotor del restablecimiento de la situación legal anterior a las Ordenanzas Generales de Montes ¡¡reconocía que ni siquiera las había leído!!: «*Creo que hay una del año 33, que aunque no la he visto toda, me han dicho que tiene cosas excelentes; pero tiene otras muy fútiles que valen muy poco*» (p. 406). Sin duda alguna es el retrato de lo que pasó en ese momento, pero siguió pasando en lo que restaba del siglo XIX, todo el XX y lo que llevamos del XXI en materia jurídico-forestal: el mero opinador que, por azares de la política o de la Administración, tiene

capacidad para influenciar en importantes decisiones pero que carece de fundamento intelectual para llevar a cabo ordinariamente su labor. O incluso peor: todo el mundo se considera experto en la materia, con independencia de su real instrucción y competencia, cuando el postureo en la apariencia de erudición es más importante que el real y honesto conocimiento. Si a ello se le adicionan las vicisitudes políticas y los intereses de todo tipo, el resultado real no pudo ser otro que el que nos expone Luis Calvo.

Personajes como Javier de Burgos, Cea Bermúdez y Jovellanos (como inspirador del liberalismo en materia agro/forestal e impulsor de la reacción contra la normativa del Antiguo Régimen) se mezclan o son sucedidos por otros como Juan Álvarez Guerra, Salustiano Olózaga, Sandalio de Arias (como precursor de la influencia en la normativa forestal que más tarde tendría el Cuerpo de Ingenieros de Montes), Fernández de Navarrete, González Arnao, Calderón de la Barca o Pío Pita Pizarro, van discurrendo en el sugestivo relato del nacimiento y desarrollo de las Ordenanzas Generales de Montes.

El *cuándo* de las Ordenanzas Generales de Montes sigue un clásico orden cronológico, como no podía ser de otro modo en un trabajo de corte histórico. De su gestación interna y aprobación en 1833 hasta su ejecución en un periodo que abarcó desde 1834 a 1842. Recordemos que el subtítulo de la obra es el de «*bases históricas*», lo que nos informa sobre el acotamiento temporal objeto de estudio, pues aunque las Ordenanzas Generales de Montes siguen, curiosamente, en vigor, y podría escribirse una continuación sobre su desenvolvimiento en los años siguientes, lo cierto es que el libro se refiere exclusivamente a esas *bases históricas*, a su gestación e inmediato intento de desarrollo reglamentario.

Empero, la obra contiene un interesantísimo apartado que se ubica fuera del periodo indicado, también ausente de atención por parte de la doctrina, como es el análisis de las Reales Ordenanzas de 1748, disposiciones que regulaban el sector forestal cuando las Ordenanzas Generales de Montes entraron en vigor. Se trata de un aspecto clave para discernir la coyuntura de partida y de malestar de la que surgen las Ordenanzas Generales de Montes, imposibles de entender si no es como reacción a la situación precedente. Entre la diversidad de opiniones y actores de las Ordenanzas Generales de Montes, el único punto de conexión fue sin lugar a dudas el rechazo al sistema de gestión de las Reales Ordenanzas citadas, y su ánimo de distanciarse del mismo.

Aunque basada en justificadas críticas al sistema de gestión forestal del Absolutismo, la reacción liberal contenía así mismo errores de apreciación que serían la semilla de las máculas que acaecerían en la normativa forestal del Liberalismo. Así, Jovellanos piensa que los montes se crean y forman por la sola obra espontánea de la Naturaleza, sin intervención humana ni, mucho menos, por tanto de su Administración pública. Es un *laissez faire, laissez passer*

forestal. Y la experiencia de estos últimos 200 años ha demostrado que sin un demanio forestal y una intervención de la Administración en la materia, especialmente de orden técnico y económico, los montes no pueden crearse, conservarse, mantenerse en su óptimo y producir. Consecuentemente con ese pensamiento, como ya hemos dicho, se produjeron rechazos a los plantíos, por innecesarios y molestos para los campesinos, cuando actualmente es la principal e imprescindible política de fomento de los montes. De ahí que el conocimiento de la Historia del Derecho Forestal nos enseñe que en esta materia deben rechazarse los maximalismos, pues toda solución tiene su momento y lugar para encajar y desarrollarse.

El *dónde*, referido a una norma de carácter estatal, no deja mucho margen de maniobra, y en esencia se desenvuelve en la capital del Reino, lugar generador de prácticamente toda la documentación consultada, desde la parlamentaria hasta la administrativa de su génesis y de desarrollo. Sólo Cádiz, por la labor de las Cortes constituyentes que pretendieron romper con el *Ancien Régime*, y que materializaron por vez primera la impugnación del sistema de gestión forestal nacido en 1748, el caso de Cazorla, por su importancia y singularidad, así como algunos conflictos particulares surgidos tras la aprobación de las Ordenanzas Generales de Montes como en Huelva o Salamanca, quiebran el monopolio madrileño en el relato.

Más complejo es el *cómo*, y a la postre, el verdadero devenir del hilo histórico descrito en el libro. Se nos describe una redacción rápida del texto normativo, durante todo el año 1833, y de qué modo desde sus inicios estuvo sometido a polémicas y disensiones, en función de los equilibrios de poder e intereses del momento. Especialmente interesante es la exposición sobre la criticada inspiración francesa del *Code Forestier* de 1827, algo lógico por cuanto supuso la reproducción de soluciones foráneas aplicadas a los montes españoles, pero sin adaptación alguna. Se trata de una operación recurrente en el Derecho Forestal patrio, la de introducir normativamente figuras y conceptos europeos en nuestras leyes forestales, técnica que se mantiene incluso en la actualidad, sin tener presente que nuestro estado biogeográfico no tiene equivalencia con el centroeuropeo, y, por tanto, dichos conceptos y normas reguladoras se deben a una realidad y a una silvicultura propias y autóctonas. Es el caso, hasta ahora infructuoso, del intento de sustituir el concepto monte por el de bosque, como si éste fuera más moderno o superior, cuando en realidad responden a dos realidades forestales completamente dispares, la primera típica de espacios mediterráneos y la segunda característica de la Europa central y nórdica. O lo que ocurrió con las Reales Ordenanzas de 1748, casi una copia de la *Ordonnance sur le fait des eaux et forêts* (1669) de Colbert, lo que ocasionó que luego la Corona se viera obligada a conceder múltiples excepciones a modo de privilegios para ir adaptándolas a los casos particulares autóctonos.

La deficiente técnica normativa que se utilizó es desgranada por el autor con aguda inteligencia, señalando la ausencia de reglamentos de desarrollo, que nunca vieron la luz, o, los que llegaron a dictarse se consideraron provisionales, al igual que las Ordenanzas Generales de Montes de las que traían causa, a la espera de una ley definitiva que nunca llegó. Desde luego las Ordenanzas Generales de Montes estaban lejos de lo modélico, llegando a ser en algunos puntos impracticables (p. 327 y 329), y reconociéndose incluso que no era una «obra perfecta» (p. 340).

Pero lo realmente interesante de la narración de este libro es el *por qué*. Ya hemos visto que las Ordenanzas Generales de Montes nacieron como la materialización de la reacción del entonces naciente Liberalismo frente a la normativa desfasada que representaban las Reales Órdenes de 1748. Pero ello no fue motivo suficiente, aunque se nos aparezca como el más visible.

En primer lugar, las Ordenanzas Generales de Montes fueron el instrumento legislativo que marcó un primer intento de sobrepasar la Arboricultura, materializada en las Reales Ordenanzas de 1748 y la efímera de 1803, e introducir en nuestras normas nacionales españolas la Silvicultura. No obstante, sin un Cuerpo de personal específico y especializado que ordenara el recurso esta transición no era posible en la práctica, debiendo recordar que no es hasta 1846, es decir, con unas Ordenanzas Generales de Montes en vigor ya durante 13 años, cuando se creó en España la Escuela de Ingenieros de Montes en Villaviciosa de Odón, de inspiración germana. Y aunque en dicha norma se hablaba de la intervención de Geómetras agrimensores, lo cierto es que sin la formación necesaria la superación de la Arboricultura era todavía una entelequia. No me cabe duda, en un ejercicio ucrónico, que si en 1833 hubiera existido ya un Cuerpo de Ingenieros de Montes, las Ordenanzas Generales de Montes habrían tenido otro articulado muy distinto, así como que la Dirección General de Montes se hubiera mantenido en el tiempo y desarrollado plenamente sus funciones.

Por otro lado, las Ordenanzas Generales de Montes fueron un verdadero ejercicio de integración, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, de todos los aprovechamientos forestales bajo un mismo régimen jurídico, como el pascícola de la Mesta y demás ganaderos, incluso la vertiente forestal de la Real Cabaña de Carreteros. Y ello esencialmente bajo la primacía de la madera, que se instaura en las Ordenanzas Generales de Montes precisamente por influencia del *Code Forestier* francés.

Otra motivación la encontramos en la necesidad de adaptar la normativa forestal a la naciente estructura administrativa del Estado liberal, como pueda ser la división provincial coetánea de las Ordenanzas Generales de Montes, actualmente vigente con algunos retoques, algo que queda excelentemente explicado en el libro. Precisamente la planta, la intendencia orgánica y el

personal son los tres pilares sobre los que ha pivotado la Administración forestal en España hasta bien entrados en el último tercio del siglo XX, las mismas cuestiones que trataban de resolver las Ordenanzas Generales de Montes y sobre las que el libro incluso hace descansar en buena medida su esquema expositivo.

A lo que hay que añadir que ya se advirtió la necesidad de ordenar la propiedad forestal en España. Los legisladores de la época eran conscientes, aunque sin el consenso que hubiera sido preciso, de que las bases en que debía descansar la gestión forestal era la ordenación y clasificación de la propiedad de los montes. De ahí que las Ordenanzas Generales de Montes se configuraran como el primer intento de reacción al régimen caótico de propiedades forestales, y cuyo ejemplo eran los entonces denominados «*promiscuos derechos en los montes*». Por ello se buscó la protección, potenciación y engrandecimiento del patrimonio forestal estatal integrando a unos terrenos, baldíos, realengos y de dueño desconocido, que no estaban identificados ni, por supuesto, deslindados. Y, por otra parte, centraba el problema de la propiedad común de los montes, con las dificultades que conllevaba, pues ya entonces se sabía que «*lo que es del común es de ningún*». Como quiera que se negaban los fondos para el funcionamiento de la Dirección General de Montes, como primer intento de Administración forestal moderna, esa ordenación de la propiedad forestal fracasó y con ello todo el sistema diseñado en las Ordenanzas Generales de Montes. Como bien señala el autor, a modo de epitafio de las Ordenanzas Generales de Montes, hubo «*demasiados imposibles*» (p. 491), que lastraron la puesta en marcha de este sistema. A pesar de ello, se comenzó a planificar una tímida iniciativa desamortizadora de los montes de propios, y que apuntaba premonitoriamente lo que después iba a suceder en la Desamortización de Madoz y que ésta no tuvo en cuenta a pesar de contar con este claro precedente: la corta y venta del arbolado del terreno recién conseguido para compensarse del desembolso realizado en esa adquisición.

Lo que nos hace reflexionar sobre que, en un simulacro de convergencia evolutiva, ante el mismo problema lo más probable es que la solución hubiera sido igual o similar. Y de igual forma que el Catálogo de Montes de Utilidad Pública surgió como consecuencia del necesario criterio de excepcionalidad frente a la iniciativa desamortizadora, a esta figura se hubiera llegado por la vía de la dependencia de la guarda y conservación que le correspondía a la Dirección General de Montes (p. 112), pero sin género de dudas de un modo menos traumático y, a la postre, más beneficioso para la riqueza forestal, aunque ello nos hubiera privado del libro de «*La génesis ...*» y del placer de su lectura.

Con lo cual, la situación heredada por las Ordenanzas Generales de Montes lastraba su propia puesta en marcha. Ejemplo: aunque se entendiera

que los realengos pertenecían al Estado, lo cierto es que lo habitual era que fueran aprovechados por los vecinos de las localidades próximas. De ahí que cuando estos montes se intentaran poner bajo la administración de la Dirección General de Montes se percibiera como un intento de intromisión en las atribuciones de los Ayuntamientos (p. 437), llegándose a afirmar que los pueblos se apropiaban de los realengos (p. 456). Éste es el motivo de que, por ejemplo en la provincia de Soria, no se computara ningún monte propiedad del Estado (p. 466), cuando menos de un siglo antes se inventariaron realengos en el Catastro del Marqués de la Ensenada.

No obstante, hay un punto de justicia poética con las Ordenanzas Generales de Montes: de ser un texto inicialmente de transición (de hecho, ya por última vez, mantiene el tradicional apelativo de «Ordenanzas», típico de la Edad Media y del Antiguo Régimen), y que nada más nacer fueron consideradas provisionales e, incluso incurrieron en interinidad al restablecerse el Decreto de las Cortes de Cádiz de 14 de enero de 1812, además de repudiadas al reclamarse que fueran inmediatamente sustituidas por otro cuerpo legal, por cierto tantas veces anunciado y nunca materializado, y del que se manejaron varios borradores, sin darles la oportunidad de desplegar sus efectos y extender sus previsiones a través de una dotación presupuestaria adecuada y un necesario desarrollo reglamentario [se confesó que «*En ninguna parte ha sido completamente aplicada*» (p. 427)], y, por último, cuyo modelo organizativo quedó finiquitado sólo cuatro años más tarde, ha pasado a ser la norma forestal más longeva de nuestra Historia, pues sigue vigente al día de la fecha al menos formalmente. No debe olvidarse que la Ley de 24 de mayo de 1863 no era en rigor una auténtica Ley de Montes, sino una ley de delimitación de la propiedad pública forestal.

En definitiva, es preciso agradecer a Luis Calvo que con el criterio y rigurosidad que le caracteriza nos haya permitido asomarnos a una etapa nunca estudiada hasta ahora por nuestra doctrina, protagonizada por una norma olvidada y, por ello, desconocida, incluso para los juristas administrativo-forestales.

José Miguel GARCÍA ASENSIO

Abogado. Doctor en Derecho. Exprofesor asociado
Universidad de Valladolid.

M^o Asunción CASABONA BERBERANA: *Las Entidades Urbanísticas de Conservación: Situación actual y expectativas*, Barcelona, Atelier, 2022, 344 págs.

1. Las Entidades Urbanísticas de Conservación se enmarcan en el seno de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras y, en consecuencia, constituyen un medio de participación de los particulares en el proceso urbanístico. Estas entidades se configuran como entidades de derecho público, de adscripción obligatoria, dotadas de personalidad jurídica propia e independiente de la de los miembros que la integran, y, por tanto, con su propia capacidad de obrar. Nos encontramos ante una institución ya clásica cuyo principal cometido es la conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos.

Nuestro ordenamiento jurídico ha proporcionado una escasa regulación de esta figura, a la que en el ámbito doctrinal tampoco se le ha otorgado un amplio protagonismo. En este contexto, el presente libro, fruto de la tesis doctoral dirigida por el profesor Fernando López Ramón, aporta un riguroso y completo estudio sobre una institución jurídica tradicional del sistema urbanístico español.

La obra contiene una interesante combinación de la construcción teórica de las entidades urbanísticas de conservación con una visión práctica que permite al lector introducirse en las cuestiones cotidianas que se suscitan en el seno de estas instituciones. En este enfoque pragmático abordado por la autora se puede vislumbrar el conocimiento exhaustivo de la praxis administrativa y urbanística, reflejo de una amplia trayectoria profesional.

La convergencia de intereses públicos y privados en las entidades urbanísticas de conservación es el punto de partida del estudio realizado. La búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses se desvela como una idea subyacente a lo largo de toda la obra, dado que debemos tener presente que los propietarios que conforman estas entidades asumen el desarrollo de una función pública cuya atribución, de forma general, corresponde a las Administraciones. Esa atribución de funciones públicas a sujetos privados es admitida en casos excepcionales y en un espacio temporal que debe ser acotado.

2. A lo largo de esta obra, compuesta de trece capítulos, la autora desgrana con destreza los múltiples aspectos y problemáticas que surgen en torno a las entidades urbanísticas de conservación en el ejercicio de las funciones que legalmente se le atribuyen.

Se contiene en ella un exhaustivo análisis de la normativa aplicable que comienza con el estudio de la normativa estatal, particularmente la regulación

contenida en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, para a continuación abarcar la legislación autonómica, incluyendo la evolución de esa normativa autonómica. Precisamente, en relación con la legislación autonómica, la autora llama la atención sobre las entidades urbanísticas de conservación para zonas industriales, reconocidas en las Comunidades de Andalucía, Asturias y Valencia, como entidades que además de la conservación asumen funciones vinculadas a su mejora e impulso, así como a la promoción económica, con la finalidad de reforzar la capacidad y la competitividad de las áreas industriales. Constituyen estas entidades una manifestación de una ampliación de funciones de las entidades urbanísticas de conservación que es latente ya en algunas legislaciones autonómicas.

Con posterioridad se detiene en el estudio de la justificación de las entidades urbanísticas de conservación que, a su juicio, se sustenta sobre dos aspectos: la reacción a la acción urbanizadora privada, permitiendo a particulares conservar y mantener unos servicios cuyo coste resulta elevado, y una justificación económica, evitando una situación financiera insostenible para los Ayuntamientos si estos tuviesen que asumir esos costes, principalmente en aquellas urbanizaciones más alejadas del núcleo urbano.

En esa confluencia de intereses públicos y privados el texto incide en que la conservación de las obras de urbanización y de las dotaciones e instalaciones que soportan los servicios públicos constituye, en definitiva, el mantenimiento de bienes demaniales, llamando a la reflexión respecto a la situación de onerosidad que puede darse para los propietarios a los que se les imputa en exclusiva esa carga.

Al abordar la naturaleza jurídica de las entidades urbanísticas de conservación, la autora profundiza en su carácter administrativo y en su consideración como corporaciones de derecho público. Se complementa ese análisis con un estudio de las semejanzas y diferencias con otras figuras jurídicas, particularmente con las asociaciones y con las comunidades de propietarios.

Sin duda, uno de los aspectos más controvertidos en el ámbito de las entidades urbanísticas de conservación ha sido determinar el alcance de la genérica obligación de conservación de las obras de urbanización y del mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos. La falta de concreción que ofrece la legislación respecto de este extremo ha motivado que la configuración del régimen jurídico aplicable se haya completado con diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han ido concretando el alcance de sus cometidos. Se contiene en esta obra, al abordar la actividad de estas entidades, un exhaustivo estudio de la casuística analizada en la jurisprudencia.

A lo largo del texto se incide en la obligatoriedad de pertenencia a estas entidades. No obstante, la autora se inclina claramente por la opción de que

la pertenencia a las mismas surgiese de la voluntad de los propietarios. Esa es la tendencia que tímidamente va ganando terreno, tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial. Ahora bien, esa voluntariedad también plantea algunas cuestiones que, en general, no se encuentran todavía resueltas, como por ejemplo la necesidad de que esa sea la voluntad unánime de todos los propietarios de una concreta urbanización o, en su caso, cuál es la posición en la que se encuentran aquellas personas propietarias que no prestan su conformidad a la constitución voluntaria de una entidad urbanística de conservación. Menciona la autora la novedosa incorporación en la Ley 7/2001, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, de la previsión de que, excepcionalmente, la conservación de las obras de urbanización corresponda a los propietarios, agrupados en entidades urbanísticas de conservación, cuando haya sido asumida voluntaria y motivadamente por tres cuartas partes de las personas propietarias.

La obra aborda también otra de las cuestiones polémicas en relación con estas entidades: cuál debe ser su duración. No puede predicarse respecto de estas entidades una duración indefinida, pues la Administración no puede trasladar a los particulares las obligaciones que le son propias *sine die*. Así se refleja en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre este aspecto y es plasmado ya en distintas legislaciones autonómicas.

3. El libro contiene un análisis de los aspectos formales que caracterizan esta figura jurídica. Se ocupa así de cuestiones tales como su constitución, analizando la necesidad o no del otorgamiento de escritura pública de constitución o la necesidad de inscripción en un registro de entidades urbanísticas colaboradoras para que adquieran personalidad jurídica. Afirma la autora que tomando en consideración la naturaleza de estas entidades, el otorgamiento de la escritura de constitución tiene un carácter esencialmente formal, dado que el documento público no supone alteración del orden jurídico y, en su caso, de la imposición de su constitución derivada del planeamiento. En relación con su inscripción en un registro, con las excepciones de Galicia y Valencia, las Comunidades Autónomas han previsto con carácter general la creación de un Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, en el que deben inscribirse también las entidades urbanísticas de conservación.

Los estatutos de las entidades urbanísticas de conservación, elaborados por los miembros que las integran y en los cuales se deben establecer sus normas de funcionamiento, deben ser aprobados por la Administración urbanística actuante, manifestación de la función de tutela que le corresponde a ésta.

En cuanto a su funcionamiento, se destaca que las Juntas de las entidades urbanísticas de conservación, aún sin estar integradas en una estructura administrativa, se encuentran tuteladas por la Administración, por lo que deben actuar conforme a los principios generales que rigen cualquier actuación admi-

nistrativa, si bien en cuanto a la toma de decisiones determinados aspectos se asemejan a otras instituciones sometidas al Derecho privado.

Podemos observar, por tanto, como el exhaustivo trabajo realizado permite concluir la continua convivencia del Derecho Público y del Derecho privado en el seno de estas instituciones.

Un aspecto relevante en su funcionamiento y sobre el que insiste la autora es el cálculo de las cuotas de participación en estas entidades. Este cálculo se realizará partiendo de la superficie íntegra del polígono, estableciendo su distribución de forma equitativa entre los propietarios, en función de la superficie de sus parcelas y repartiendo entre ellos la cuota que correspondería a la superficie destinada a cesiones obligatorias a la Administración, a excepción de la superficie de parcelas lucrativas de naturaleza patrimonial —el porcentaje de aprovechamiento lucrativo que le corresponde—, pues respecto de estas últimas la Administración se considera un propietario más.

4. Algunos de los debates imprescindibles en los que debe sumergirse el lector son los referidos al sometimiento de esta institución jurídica a las normas de contratación, así como la fiscalidad a la que está sujeta. Para aproximarse a la contratación de las entidades urbanísticas de conservación desglosa en primer término la argumentación de la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, de la *Scala de Milán* (asunto C-399/98). Continúa con un análisis minucioso de la posición mantenida por diversos órganos consultivos así como la jurisprudencia recaída en la materia, llegando a la conclusión de una manifiesta falta de consenso entre la doctrina, la jurisprudencia y las Juntas Consultivas de Contratación respecto a si la contratación de las entidades urbanísticas colaboradoras está o no sometida a las normas de contratación pública, cuestión que, con carácter general, tampoco se encuentra resuelta en la legislación autonómica.

Respecto al régimen fiscal, el estudio de los distintos tipos tributarios conduce a la autora a descartar la naturaleza tributaria de las cuotas que recaudan las entidades urbanísticas de conservación y a considerar estas cuotas como prestaciones patrimoniales de carácter público, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria. Ahora bien, en todo caso debe tenerse presente que, en caso de impago de las cuotas, estas entidades instarán de la Administración actuante el inicio del procedimiento de apremio contra el deudor. A mayor abundamiento, dado que estas entidades realizan una actividad económica, consistente en la percepción de unas cuotas obligatorias que deben pagar los propietarios para financiar los servicios necesarios para la conservación y el mantenimiento de la urbanización, se debe considerar que su actividad está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, esta actividad se encuentra entre los supuestos de exención dado que es un servicio que se presta directamente a

sus miembros, sin finalidad lucrativa y con un objetivo de naturaleza cívica, atendiendo al interés general que implica esa prestación.

Como reflejo de la amplitud del objeto del estudio, éste contiene una comparativa con la situación existente en Europa, analizando figuras próximas como las Associations foncières urbaines en Francia, las fórmulas de «Administración compartida» como formas de participación de los ciudadanos en la conservación de los bienes públicos en Italia, o los denominados Business Improvement Districts en Gran Bretaña.

Uno de los últimos capítulos se dedica a la situación de las entidades urbanísticas de conservación en Aragón, capítulo eminentemente práctico, fruto del análisis de los Estatutos de diecinueve entidades. Este estudio empírico le permite concluir a la autora que su naturaleza administrativa se va difuminando, de tal suerte que los aspectos propios del derecho administrativo han ido cediendo terreno a aspectos que las aproximan más a formas de derecho privado.

5. Cierra este estudio un atractivo conjunto de aportaciones sobre las expectativas de futuro para las entidades urbanísticas de conservación, que estructura diferenciando aquellas de zonas residenciales, respecto de las constituidas en zonas industriales. En relación con las primeras, aboga la autora por su mantenimiento sin prever alteración en su configuración pues considera que siempre habrá interesados en urbanizaciones residenciales, dispuestos a costear mejores servicios. Sin embargo, mayor evolución augura en las entidades en urbanizaciones de tipo industrial, apoyándose en dos factores: el impulso desde la Administración a esta figura, complementaria a la creación de zonas de promoción económica, y el interés de los propietarios en ubicarse en lugares con mejores prestaciones, que resulten más competitivos.

En definitiva, la autora ha llevado a cabo una ardua labor de investigación que ha culminado con un estudio íntegro a través del cual el lector podrá profundizar en el conocimiento de las entidades urbanísticas de conservación, desde una perspectiva teórica caracterizada por el rigor académico presente a lo largo de todo el texto, pero asomándose a una visión práctica de esta institución, lo que la convierte en una obra de referencia en la materia y en un excelente manual de consulta.

María José VALENZUELA RODRÍGUEZ
Doctora en Derecho

Joan-Pere LÓPEZ PULIDO, *Perspectiva cognitiva y Nudge público. La actuación conductual de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2023, 667 págs.

El libro del que damos cuenta responde a la construcción e integración de un concepto, el «nudge», en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, estableciendo los parámetros de su régimen jurídico. Cuenta con un Estudio preliminar del catedrático de Derecho administrativo Dr. Vicenç Aguado i Cudolà, en el que se realiza una disertación sobre la actuación administrativa conductual y la actuación informal, aproximándonos a la técnica del «nudge público», que se desarrolla, construyéndose su régimen jurídico, a partir del establecimiento de un régimen de garantías y control judicial. Su autor, Joan-Pere López Pulido es, actualmente, director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Sant Feliu de Llobregat, así como profesor asociado de Derecho administrativo de la Universitat de Barcelona, y cuenta con una dilatada trayectoria profesional en diferentes Administraciones públicas y como docente e investigador en la Universidad.

Esta obra tiene su génesis en la Economía conductual y en los procesos regulatorios y de control del gasto, de las políticas públicas ejecutadas por parte de la Administración federal de los Estados Unidos y de sus Agencias. Su recepción se realiza a partir de la obra de Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008). En cuanto a los fundamentos teóricos de la actuación conductual, nos llevan a la relación entre Psicología y Derecho Administrativo sobre los cuales se ha pronunciado Velasco Caballero (2023).

Como indica su autor, los elementos que constituyen el nexo de esta obra se anclan en un mismo fundamento jurídico, la función constitucional de ilustración, como tarea en la actuación de los poderes públicos, mediante lo que se denomina la Arquitectura de la elección, como proceso cuya funcionalidad se identifica como instrumento público que define el diseño e intervención sobre el plano de la racionalidad y su afectación en el proceso decisional del individuo y en el comportamiento colectivo.

En la actividad administrativa formalizada, se encuentra muy asentado en el Derecho administrativo un régimen de garantías que se anuda en un procedimiento regulado. No así en la actuación administrativa conductual, que como la actuación administrativa informal, no requiere, como norma general, de un procedimiento, lo cual motiva la necesidad de construir también un régimen de garantías. En este nuevo escenario el autor ha desarrollado la relevancia jurídica de adoptar el enfoque de la Perspectiva cognitiva en la actuación de

carácter conductual de la Administración pública, del resto de los poderes públicos y de los entes del sector público, que responde al establecimiento de un régimen de garantías en sus relaciones con los ciudadanos. El autor se inspira en la Perspectiva de género teniendo en cuenta su regulación y gobernanza, a partir de su incorporación al ordenamiento jurídico español.

El autor siguiendo a Martín Rebollo, considera que se proyecta la finalidad del Derecho administrativo en garantizar la seguridad jurídica en las situaciones y relaciones que se den entre la ciudadanía y la Administración pública, el resto de poderes públicos y los entes del sector público, ante la que identifica como actuación de carácter conductual que, en general, no está procedimentalizada, pero que tiene una gran incidencia en los derechos y libertades. En dicho sentido se destaca que «el Derecho administrativo se ha movido y se mueve en un siempre inestable equilibrio entre el Poder y la libertad, entre el Estado y el individuo... un Estado fuerte y bien pertrechado porque su mera existencia es, con frecuencia, la mejor garantía no sólo de la seguridad sino también de la libertad de todos... La libertad como lema, pero el Estado como garante último de esa libertad» (Martín Rebollo, 2022).

Como pone de manifiesto el catedrático, Dr. Vicenç Aguado en el Estudio preliminar, «con acierto, este libro trata de las ciencias conductuales en el ámbito de la alimentación, centrándose en un supuesto característico de “nudge público” como es el denominado semáforo nutricional, que encontramos en los productos que se comercializan en las tiendas y supermercados. Es el denominado Nutri-Score unas etiquetas según las cuales podemos escoger los alimentos según criterios saludables. El consumidor con poco tiempo para leer la información, en letra pequeña, relativa al valor energético, a las grasas saturadas o no, los hidratos de carbono de los cuáles azúcares, las proteínas, la sal u otra información relevante, toma decisiones basadas en qué un producto tiene una A o una D, según una escala en franjas de colores de la que se destaca una letra. Ahora bien, ¿cuáles son los criterios para otorgar dicha letra? ¿Qué garantías tenemos que dicha asignación ha sido correctamente realizada?» En ese aspecto, el autor nos recuerda que la Unión europea ha realizado un profundo análisis a partir de diferentes estudios basados en evidencias empíricas, respecto a las diferentes herramientas de información nutricional frontal, que se ha recogido en un Informe de la Comisión de 2020. De ellos se deriva que al presentarse los alimentos en más o menos saludables, se puede realizar una cierta manipulación del consumidor al que se le incita a una elección directa o intuitiva, no reflexiva, sobre la información nutricional específica del alimento, y cómo le podría afectar de esta forma, sus características nutricionales por determinadas intolerancias. Asimismo, en dicho informe se destaca que las empresas pueden reformular sus productos a partir de la aplicación de este modelo, lo cual puede comportar incluso un perjuicio para determinados productos aún cuando presenten beneficios nutricionales. Ello ha

BIBLIOGRAFÍA

ocurrido con el aceite de oliva penalizado por el algoritmo como elemento nutricional negativo por ser grasa, hasta el año 2019, a propuesta de España.

Nos encontramos ante un libro que abre un nuevo espacio de reflexión e investigación en el ámbito del Derecho administrativo, que en su día inició el catedrático de la Universidad de Barcelona Juli Ponce Solé, y en el que también se han interesado los catedráticos Francisco Velasco Caballero, Ricardo Rivero Ortega, o la profesora Elisa Moreu Carbonell.

Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Girona

Alberto PALOMAR OLMEDA y Ramón TEROL GÓMEZ (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 443 págs.

1. La presente obra colectiva nos ofrece un análisis exhaustivo de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE). Esta norma está llamada a convertirse en el instrumento esencial para la consecución de la neutralidad climática, objetivo sobre el que pivota la actual acción de la Unión Europea en materia de energía y clima. La decisiva influencia de esta disposición sobre las políticas públicas de nuestro país ha sido acertadamente advertida por los profesores PALOMAR OLMEDA y TEROL GÓMEZ, quienes se han propuesto un estudio sistemático de esta regulación horizontal, que despliega sus efectos sobre distintos ámbitos sectoriales y presenta una gran complejidad técnica necesitada de una profunda reflexión doctrinal. En esta labor de análisis intervienen junto a ellos los profesores Juan ROSA MORENO, Gil Manuel PEREA CRESPILO, José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS, Sofía CABEDO USO, Germán VALENCIA MARTÍN y Paula PÉREZ ZAPICO, cuyas aportaciones facilitan la plena comprensión de los aspectos jurídicos más destacados de la regulación, ofreciendo el trabajo en conjunto un texto claro y al mismo tiempo —aquí uno de sus principales méritos— técnicamente riguroso.

2. Organizados en ocho capítulos, los diversos comentarios que componen el libro se desarrollan en paralelo al iter sistemático establecido por el legislador estatal, sin perjuicio de concretos ajustes expositivos —tratamiento conjunto de los Títulos I y V y algunas remisiones internas— que permiten al lector un acercamiento estructurado a la materia que es objeto de exposición.

En el arranque de la obra, y antes de entrar en el examen pormenorizado y secuencial de los Títulos de la Ley, el profesor PALOMAR OLMEDA nos presenta una definición operativa del sintagma «cambio climático», así como una aproximación básica a las causas y manifestaciones derivadas de la alteración climática global producida por la acción humana. Consciente del carácter multifactorial del fenómeno, el autor justifica la importancia de su ordenación jurídica, repasando para ello los diversos instrumentos normativos que se han venido sucediendo desde la primera década de los años noventa, de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático hasta la entrada en vigor del Acuerdo de París en 2016.

Dentro del ámbito nacional, y por exigencia del Estado de las autonomías, se adentrará en aspectos especialmente espinosos como las cuestiones competenciales en materia de cambio climático, apoyándose aquí en un profuso

soporte jurisprudencial de orden constitucional, con obligadas alusiones a la importante STC 87/2019. Con este punto de partida, y tras la exégesis del artículo 1 de la LCCTE, el autor definirá la disposición legal estudiada como «norma programática y proyectiva cuya ejecución material se traslada a otras normas y a la actuación de diversas Administraciones Públicas según la competencia de la que se hable en cada momento» (p. 42).

Inmerso en el análisis del Título Preliminar, Alberto PALOMAR OLMEDA ofrecerá al lector una interesante sistematización de los principios rectores de la LCCTE, distinguiendo allí preceptos ligados a principios ambientales de otros, más amplios, relacionados con la organización de las comunidades políticas. También, en la misma operación de ordenación y deslinde, identificará algunos llamados a posibilitar la conexión del cambio climático con otras políticas generales, principios de naturaleza proyectiva y operativa y, finalmente, aquellos relativos a la conformación del marco de relaciones interadministrativas.

El profesor cerrará su aportación con algunas reflexiones críticas en torno a las dificultades a las que se enfrenta la consolidación real del modelo establecido por la Ley, tanto en aquellos casos en que existe normativa autonómica sobre cambio climático como en los que se carezca de una labor normativa específica. Así las cosas, desde su conocimiento de la materia, nos anticipa un más que probable «largo proceso de desarrollo, complementación y determinación hasta llegar al conocimiento exacto de los parámetros de normatividad directa» (p. 72).

3. En el capítulo segundo de la obra a la que se dedican estas breves notas, el profesor Juan ROSA MORENO se enfrenta al examen de los objetivos y planificación de la transición energética y adaptación climática, que el texto legal desarrolla en el Título I, así como al de las medidas de adaptación a los efectos del cambio climático reguladas en los artículos 17 a 26 de la LCCTE. Como nos advierte desde el inicio, la visión crítica que mantiene sobre determinados aspectos regulatorios no le impedirá una valoración general positiva de la disposición legal, que encuadrará en la llamada «senda de transición» hacia la neutralidad climática española, fin a largo plazo pretendido por la Ley.

Establecido con prolijidad el marco de referencia internacional y europeo, el profesor se adentra en el análisis de los objetivos energéticos con finalidad climática, extrayendo sus caracteres configuradores. ROSA MORENO constatará la existencia de objetivos dispersos en el articulado de la disposición legal, con distinto nivel de concreción cuantitativa y temporal, de entre los cuales la reducción de gases de efecto invernadero, la penetración de renovables y la eficacia energética serán los únicos a los que la norma anudará una cuantificación a medio plazo. El establecimiento y consecución de todos estos objetivos energéticos requerirá del necesario concurso de un conjunto de principios y expedientes técnicos —principio de no regresión, no utilización de la

técnica de presupuestos de carbono, utilización compensatoria de sumideros de carbono— que el profesor ROSA examina pormenorizadamente, a la luz de la LCCTE y de otros tantos instrumentos comunitarios.

Entre las interesantes aportaciones doctrinales del autor, destaca especialmente la determinación de la naturaleza jurídica de los distintos objetivos contenidos en la Ley 7/2021. Partiendo de ella, distinguirá las directrices programáticas de formulación abierta y cualitativa de otros objetivos configurados legalmente como verdaderas reglas imperativas, a cuyo cumplimiento quedan obligados directamente los poderes públicos. Siendo así, y en lógica consecuencia, analizará la fiscalización en vía judicial de la inacción climática de las Administraciones públicas, tanto por el incumplimiento pleno de las obligaciones de hacer en que se traducen cada uno de los objetivos como por el cumplimiento defectuoso de los umbrales cuantitativos legalmente establecidos. Dentro del marco de control jurisdiccional, el autor nos ofrece diversos ejemplos europeos de litigiosidad climática —Países Bajos, Francia, Alemania— y de ámbito nacional —demanda presentada por Greenpeace España, Oxfam Intermón y Ecologistas en Acción en 2020—.

Relacionados con la planificación de la transición energética, ROSA MORENO desarrolla con detalle los dos instrumentos esenciales previstos en la LCCTE; el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) y la Estrategia de Descarbonización a 2050, también conocida como Estrategia a Largo Plazo (ELP), sin omitir las previsiones para la transición digital establecidas en el artículo 6 de la Ley. Junto a estos mecanismos, ya en el ámbito de la planificación de adaptación a los efectos del cambio climático, el profesor analiza el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), instrumento básico destinado a promover la acción coordinada y coherente en la lucha contra el fenómeno climático en España. Seguidamente aborda, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, el encuadre competencial del PNACC, confirmándonos la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales regulen sus propios instrumentos estratégicos de adaptación y su integración sectorial.

El profesor ROSA dedica la parte final de su contribución al cabal tratamiento de la naturaleza jurídica, alcance y contenido del PNACC, así como a exponer con precisión su integración en la planificación de diversas políticas sectoriales como la hidrológica, la de dominio público marítimo-terrestre, la territorial y urbanística o la protección de la biodiversidad.

4. En el tercero de los capítulos, Gil Manuel PEREA CRESPILO dedica sus reflexiones al Título II de la LCCTE, que la disposición legal destina a la regulación de las energías renovables y la eficiencia energética. Para ello partirá, al igual que otros autores en los apartados anteriores, de un estudio previo de la acción europea. Así, nos ofrece interesantes razonamientos al hilo de la política energética de la Unión, con una detallada descripción del marco

normativo supranacional y los instrumentos utilizados en la lucha contra el cambio climático. Este marco europeo fundamentará en gran medida, como afirma el autor, el contenido de los artículos 7 y 8, objetivo principal de su trabajo. La exégesis de estos preceptos le llevará a evidenciar la existencia de una clara apuesta por la generación de energía eléctrica de origen renovable mediante los recursos hídricos, siempre bajo parámetros de gestionabilidad y almacenamiento eficiente, que permitan además su efectiva optimización y garanticen el abastecimiento del suministro. En este contexto, PEREA nos acerca al papel preponderante que el legislador otorga a las centrales hidroeléctricas reversibles o de bombeo y de las tecnologías dirigidas al aprovechamiento del ciclo urbano del agua.

También nos reserva este capítulo consideraciones al respecto de las medidas energéticas en el ámbito edificatorio —diferencias entre sistemas activos y pasivos—, poniéndose en conocimiento del lector el relevante papel del urbanismo y la importancia de la optimización de los procesos constructivos, tanto mediante la mejora interna de las condiciones de confort interior como a través de la obtención y fabricación de los materiales utilizados.

En sus conclusiones, PEREA CRESPILO mantiene un tono crítico con la falta de fuerza innovadora de la LCCTE respecto a la generación de electricidad a partir de materias no contaminantes.

5. De la transición energética y combustibles renovables se ocupa BELTRÁN CASTELLANOS en el capítulo cuarto de la obra. El profesor aborda el análisis del Título III de la LCCTE desde una distinción primaria entre preceptos de prohibición y cautela (artículos 9 a 11) y preceptos de fomento de energías limpias (artículos 12 y 13). A partir de ella hará interesantes reflexiones acerca de la limitación de autorizaciones para la explotación, investigación o exploración de hidrocarburos y minerales radioactivos.

Destacan en esta parte de los *Comentarios* las aportaciones doctrinales en torno a la fiscalidad verde —que la Ley regula someramente en la Disposición adicional séptima—, a la que el autor dedica una especial atención y cuidado, denunciando la falta de coherencia de las políticas de subvenciones europeas a los combustibles fósiles, de los que dice son un lastre para el impulso de la mitigación energética y climática. En este ámbito, siguiendo lo previsto en la citada Disposición, propondrá para España una reforma fiscal ambiental como herramienta más eficaz para el cumplimiento real del Acuerdo de París.

El profesor José Miguel BELTRÁN mantiene, a tenor de lo expuesto en su trabajo, una valoración positiva de la norma. No obstante, la excesiva remisión a la potestad reglamentaria y la imprecisión de los mandatos dirigidos a las Administraciones públicas le llevarán a considerar que se trata de una «Ley incompleta que deberá completarse en un camino inatacable de procedimientos y actuaciones».

6. El Título V de la LCCTE, «Movilidad sin emisiones y transporte», es objeto de escrutinio en el capítulo quinto de la obra. De los tres artículos que lo componen da buena cuenta Sofía CABEDO USO, quien aborda la regulación de este ámbito sectorial desde los años ochenta, ofreciéndonos un conjunto de importantes referencias a acuerdos, decisiones y normativa que vienen a reflejar la evolución regulatoria del transporte en la Unión Europea. Tras esta introducción, se detendrá en el estudio de los artículos 14 a 16 de la LCCTE, que regulan respectivamente la promoción de la movilidad sin emisiones, la obligatoriedad de instalación de puntos de recarga eléctrica y la reducción de emisiones en el transporte marítimo y los puertos de titularidad estatal.

El análisis del primero de los preceptos requerirá de la autora un contraste con algunas de las medidas establecidas por el PNIEC 2021-2030 en materia de movilidad y transporte. Posteriormente, considerará aspectos como la electromovilidad, ampliándose con detalle el contenido de las medidas de mitigación mínimas que deben contener los planes de movilidad urbana sostenible (PMUS) a los que se hace alusión en el artículo 14.3 de la LCCTE.

En relación con la instalación de puntos de recarga eléctrica, CABEDO USO nos acerca a la interoperabilidad de los sistemas de propulsión alternativa y a la adecuada cobertura de puntos de recarga accesibles, tanto en la red viaria como en la edificación, por la previsión contenida en el Código Técnico que la regula —tanto respecto de edificios de nueva construcción como por intervenciones en edificios existentes—.

Finalmente, la autora entra a valorar la problemática en torno a la eficiencia energética de puertos y transporte marítimo, especificándose las medidas e incentivos previstos en la LCCTE, la promoción de las llamadas Autopistas del Mar (servicio de Transporte Marítimo de Corta Distancia o TMCD) y de las líneas regulares de transporte *Roll On-Roll Off*.

7. Tratado con rigor el Título V en el capítulo segundo de la obra, el profesor Germán VALENCIA MARTÍN dedicará su labor, en el capítulo sexto, a la exposición y análisis del Título VI de la LCCTE, «Medidas de transición justa».

Tras aclarar lo que debe entenderse por «transición justa» y repasar el marco normativo supranacional, el autor ofrece al lector algunos antecedentes regulatorios de gran importancia como el «Marco estratégico de Energía y Clima» del año 2019, hito en el que sitúa el comienzo formal de la política española en materia de «transición justa». Dentro de este, destacará el papel de la «Estrategia de transición justa» de 2019 y la previsión contenida en ella de un «Plan de acción urgente para las comarcas de carbón y centrales en cierre 2019-2021».

Posteriormente, el profesor VALENCIA se adentra en el análisis del régimen de transición justa derivado de la LCCTE, incluyendo algunos pormenores

contenidos en el anteproyecto, su tramitación y el dictamen preceptivo del Consejo de Estado. El autor objetará motivadamente la parquedad de la disposición legal, en tanto limitada a la regulación de algunos instrumentos de planificación (Estrategias) y gestión (Convenios), sin previsión específica de medidas concretas con las que alcanzar los objetivos de la transición justa. Tras determinar la competencia estatal de la aprobación de la Estrategia de transición justa y la necesidad de participación autonómica en el proceso de elaboración, se detendrá en los convenios de transición justa del artículo 28 LCCTE, haciendo breve repaso a lo que considera son sus modelos de referencia; los regímenes de ayudas para la reactivación económica de las comarcas carboníferas españolas de los años noventa y los «contratos de transición ecológica» franceses iniciados en 2017.

De los convenios de transición justa expondrá naturaleza y marco normativo, así como los ámbitos objetivo, subjetivo y material de aplicación, aportando interesantes reflexiones al hilo del procedimiento de elaboración a seguir, en apoyo de la «metodología para la elaboración de los convenios» contenida en la primera Estrategia de 2019.

VALENCIA MARTÍN cerrará su aportación a la obra colectiva ofreciendo al lector una bien fundamentada opinión doctrinal sobre el motivo, significado y alcance del artículo 29 LCCTE dedicado al «Cese de la producción de carbón nacional».

8. En el capítulo séptimo, Paula PÉREZ ZAPICO dedicará su atención a los Títulos VII y VIII de la LCCTE, intitulados respectivamente «Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética» y «Educación, investigación e innovación en la lucha contra el cambio climático y la transición energética». En su trabajo se abordan cuestiones como la utilización de fondos públicos para la lucha contra el cambio climático que, según nos indica, encuentra apoyo constitucional en la equidad del gasto público y los principios rectores de la política social y económica. Junto a esto, desgana aspectos varios como la fijación de la cuantía de gasto y su afección a los fines de la LCCTE o la coordinación financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

PÉREZ ZAPICO presenta además un detallado análisis sobre contratación pública verde. Partiendo de la normativa europea, nos brinda una interesante perspectiva sobre la evolución de la incorporación de criterios ecológicos en procedimientos de contratación, poniendo además en contraste los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público y la LCCTE, enfatizando la importancia de las consideraciones medioambientales en la fase de adjudicación. Fijado lo anterior, se detiene con acierto y detalle en el análisis de las obligaciones de información establecidas en los artículos 32 a 34 de la LCCTE, describiendo con precisión el ámbito subjetivo de aplicación, los contenido y los criterios

de elaboración de informes de impacto medioambiental obligatorios para determinados operadores del sector financiero y energético.

Paula PÉREZ culmina su participación con algunas reflexiones al hilo de los artículos 35 y 36 de la LCCTE; primero, respecto de las medidas de transmisión del conocimiento sobre el cambio climático, a implantar en los distintos niveles que contempla el Sistema Educativo Español; en segundo lugar, sobre las obligaciones impuestas al Gobierno en materia de promoción de la investigación, desarrollo e innovación en materia de cambio climático y transición energética.

9. Los *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética* se cierran con las reflexiones del profesor Ramón TEROL GÓMEZ, codirector de la obra.

En primer lugar, el autor aborda con minuciosidad el análisis del Título IX «Gobernanza y participación pública», con una delimitación introductoria del concepto de «gobernanza», para la cual partirá, entre otras fuentes, del Libro Blanco aprobado por la Comisión Europea en 2001. Desde esta aproximación, mantendrá una postura crítica sobre el limitado alcance que la LCCTE da al término, circunscrito en ella a la creación, en el plano organizativo, de un Comité de Expertos y, en el de la participación, de la denominada Asamblea Ciudadana del Cambio Climático. Ambas cuestiones, contenidas en los artículos 37 y 39 respectivamente, así como el resto de previsiones del articulado del Título IX, serán tratadas por TEROL GÓMEZ de forma rigurosa, permitiendo al lector una aproximación clara, útil y conveniente a aspectos regulatorios técnicamente complejos como son la cooperación interadministrativa en materia de cambio climático y energía o las medidas, políticas, inventarios y proyecciones de gases de efecto invernadero.

El profesor cerrará los *Comentarios* dedicados a esta norma desgranando las particularidades de las Disposiciones adicionales, transitorias y finales de la LCCTE. En relación con las primeras, distinguirá entre las medidas proyectadas por el texto legal —Disposiciones adicionales segunda a novena— de aquella otra, única —Disposición adicional primera—, limitada a la exclusión del ámbito de la ley de los equipos, sistemas de armas, instalaciones y actividades de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Respecto de las finales, pormenorizará el conjunto misceláneo de reformas normativas, así como aquellas otras de contenido variado residenciadas en las Disposiciones finales séptima, octava, décima, undécima y duodécima.

10. En suma, la obra objeto de esta reseña nos presenta una aproximación detallada, rigurosa y crítica en lo oportuno de una Ley llamada a adaptar la realidad de nuestro país a las exigencias de la acción climática. El ambicioso propósito legal y el carácter poliédrico del problema que pretende afrontar la colocan por sí mismo en el primer plano de atención de juristas de muy diversas disciplinas. Siendo así, los *Comentarios a la Ley 7/2021* dirigidos

BIBLIOGRAFÍA

por los profesores TEROL GÓMEZ y PALOMAR OLMEDA son sin duda una valiosa aportación doctrinal y una herramienta imprescindible para entender cabalmente los entresijos de la transición energética y la implantación progresiva de todo el conjunto de medidas de contención contra el cambio climático que la acompañan.

Jordi ESTEVE

Profesor ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

Francisco SOSA WÁGNER y Mercedes FUERTES, *Clásicos del Derecho público (I)*, Biblioteca básica para estudiosos y curiosos, Madrid, Marcial Pons, 2023, 371 págs.

Los autores son dos conocidos catedráticos de Derecho administrativo en la Universidad de León que, a su condición académica, añaden una dinámica actividad periodística en las páginas de opinión. Forman una pareja entrañable y querida en el ámbito de la disciplina y del debate público. Entre los factores de admiración cuenta, no sólo la frecuente coincidencia en las críticas y proposiciones que realizan, también y muy especialmente, el ágil manejo del lenguaje, que proporciona siempre textos de lectura entretenida cuando no inquietante.

En esta ocasión, no son las dotes de participación en las cuestiones de actualidad las que han de destacarse, sino la faceta de historiadores del Derecho público. Esta es una línea que ha cultivado especialmente Sosa Wágner en una serie esencial de publicaciones sobre los maestros de la escuela alemana y también en un notable conjunto de monografías sobre autores españoles. La empresa editorial que ahora ambos ponen en marcha trata de formar una biblioteca básica de los clásicos juristas del Derecho público europeo.

En este primer volumen de la colección, presentan a los juristas franceses, alemanes, austríacos e italianos que proporcionaron los fundamentos dogmáticos del moderno Derecho público. En cada grupo, identifican, primero, las características de los autores considerados, situándolos en el contexto histórico en el que discurre su obra y luego, llevan a cabo una selección de textos básicos de esos mismos publicistas. Generalmente, las lecturas están sacadas del notable conjunto de traducciones españolas existentes, aunque en algunos casos los editores nos ofrecen su propia versión castellana de la obra original.

Es un libro útil, pues facilita el manejo y comprensión de las construcciones doctrinales que forjaron las bases de nuestros sistemas de convivencia. Bases en modo alguno petrificadas, más bien dispuestas en una permanente evolución, que, de las iniciales visiones estatales, nos ha permitido acceder a los actuales procesos de integración europea.

Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza.