

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol.3 2025

Equipo editorial

Comité de dirección:

Director: José Esteve Pardo
Universidad de Barcelona (UB)

Codirector: Marc Tarrés Vives
Universidad de Barcelona (UB)

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

Comité editorial:

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

Comité asesor:

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

**Cuadernos
de Derecho Regulatorio
Vol. 3
2025**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2025

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
<https://revistamarcialpons.es/cuadernosdederechoregulatorio>
ISSN: 3020-6162
MADRID, 2025

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS LIMITATIVAS DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES Y VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN , por Juan Antonio Carrillo Donaire, Jose Miguel Jiménez Díaz y Manuel Rodríguez Pareja..... | 11 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ESTACIONAMIENTO REGULADO Y DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SU GESTIÓN MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS | 14 |
| 2.1. Naturaleza jurídica y objeto del servicio municipal de regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública..... | 14 |
| 2.2. Modalidades de prestación del Servicio de Estacionamiento Regulado: generalización de la gestión indirecta | 16 |
| 2.2.1. Modos de gestión de los servicios públicos locales..... | 16 |
| 2.2.2. Competencias municipales y procedimiento para la elección y cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales en supuestos de gestión directa monopolística por la propia entidad | 18 |
| 2.2.3. La obligación de elegir el modo de gestión más eficiente y sostenible económicamente aboca a los Ayuntamientos a optar preferentemente por la gestión indirecta mediante contratista interpuesto | 19 |
| 2.2.4. Los nuevos contratos de concesión de servicios y de servicios en la LCSP..... | 22 |
| 2.2.5. Naturaleza de los contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado | 23 |
| 3. EL COBRO DEL SERVICIO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO MEDIANTE APLICACIONES (APPS)..... | 29 |
| 3.1. Régimen jurídico del cobro mediante <i>Apps</i> : prestación diferenciable y liberalizada. Consecuencias desde la perspectiva de la libre competencia..... | 29 |
| 3.2. El pago mediante <i>Apps</i> como prestación «accesoria» de los contratos de gestión de zonas SER..... | 39 |
| 3.3. Imposibilidad de exigir la gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante <i>Apps</i> | 40 |
| 3.4. Obligaciones del gestor del servicio respecto de terceros operadores de <i>Apps</i> | 44 |
| 3.4.1. Obligación de separar las cuentas del servicio de gestión de las del servicio de cobro | 45 |
| 3.4.2. Obligación de interconexión con otras <i>Apps</i> | 47 |
| 4. LAS RELACIONES ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NORMATIVA DE COMPETENCIA | 48 |
| 4.1. Vinculación de los órganos de contratación a la normativa de competencia: alcance y formulación del principio en relación con los servicios de cobro mediante <i>Apps</i> | 48 |
| 4.2. Prácticas restrictivas y obstruccionistas del libre acceso al servicio de pago mediante <i>Apps</i> | 52 |

| | Pág. |
|---|-----------|
| 5. VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO | 56 |
| 5.1. Impugnación/alegaciones frente a los Pliegos | 57 |
| 5.1.1. La solicitud de aclaración de los Pliegos | 57 |
| 5.1.2. El recurso especial en materia de contratación: la cuestión de la legitimación | 57 |
| 5.2. Vías posibles a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia..... | 59 |
| 5.3. Vías posibles a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado..... | 64 |
| 5.4. Vía de la inactividad de la Administración contratante ante las prácticas obstruccionistas por parte del gestor frente a la introducción de la modalidad de pago mediante <i>Apps</i> de terceros..... | 68 |
| | |
| RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS LIMITATIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES EN ÁREAS DE ESTACIONAMIENTO REGULADO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3ª) DE 30 DE MARZO DE 2023 , por Luis Loras Oteo | 71 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 72 |
| 2. HECHOS..... | 73 |
| 3. LA RESOLUCIÓN DEL TDCA..... | 74 |
| 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN..... | 75 |
| 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO | 76 |
| 6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ÁREAS SER | 79 |
| 7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS | 81 |
| 8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA TS..... | 82 |
| 9. CONCLUSIÓN | 86 |
| | |
| TRANSFORMACIÓN DE LA MATRIZ ENERGÉTICA EN COLOMBIA: HACIA UNA TRANSICIÓN SOSTENIBLE Y RESPONSABLE, por Irit Milkes S. | 87 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 88 |
| 2. LA ALTA DEPENDENCIA DEL AGUA EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL AÚN PAPEL PROTAGÓNICO DE COMBUSTIBLES FÓSILES..... | 89 |
| 3. EL PLAN ENERGÉTICO 2022-2052: UNA POLÍTICA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA UN ABASTECIMIENTO DE ENERGÍA SEGURO, SOSTENIBLE Y JUSTO | 90 |
| 4. LOS PRINCIPALES RETOS PARA LA INTEGRACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES A LA MATRIZ ENERGÉTICA | 93 |
| 5. CONCLUSIONES..... | 96 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA..... | 97 |
| | |
| EL DESAFÍO REGULATORIO DE LA BIOTECNOLOGÍA VEGETAL EN EUROPA: ENTRE EL IMPULSO A LA INNOVACIÓN Y LA PRESERVACIÓN DE LAS GARANTÍAS PÚBLICAS, por Mariola Rodríguez Font..... | 99 |

| | Pág. |
|---|------|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 100 |
| 2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO EUROPEO DE LOS OMG BAJO LA LÓGICA PRECAUTORIA..... | 101 |
| 3. EL NUEVO MARCO REGULATORIO DE LAS NTG..... | 104 |
| 4. TRANSFORMACIONES EN LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LOS VEGETALES NTG1..... | 110 |
| 4.1. De la evaluación exhaustiva a la simplificación administrativa..... | 110 |
| 4.2. El umbral de las veinte modificaciones como eje del debate regulatorio..... | 112 |
| 4.3. De la evaluación <i>ex ante</i> a la gestión <i>ex post</i> | 115 |
| 4.4. La transparencia a debate: participación ciudadana, etiquetado y trazabilidad..... | 117 |
| 5. REFLEXIÓN FINAL..... | 120 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA..... | 120 |
| | |
| LA BUROCRACIA DEFENSIVA O LA AUTOPROTECCIÓN ADMINISTRATIVA, por Maur Diaz Jover..... | 123 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 124 |
| 2. APARICIÓN Y EXTENSIÓN EN EL CONTEXTO ESPAÑOL..... | 125 |
| 3. CAUSAS ESTRUCTURALES Y NORMATIVAS..... | 127 |
| a) Régimen de responsabilidad de los empleados públicos y control judicial..... | 127 |
| b) La complejidad normativa y las exigencias procedimentales..... | 128 |
| c) Exigencias de transparencia..... | 129 |
| 4. PROPUESTA DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN. EL ERROR COMO RESPUESTA.. | 129 |
| a) Redefinir el régimen de responsabilidad para aquellas decisiones adoptadas desde la buena fe..... | 130 |
| b) El reflejo en la Administración del derecho al error..... | 131 |
| 5. CONCLUSIONES..... | 132 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA..... | 133 |
| | |
| CRÓNICA DEL INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM (ITF) SUMMIT 2025: RESILIENCIA EN EL TRANSPORTE ANTE LOS CRISIS GLOBALES, por Sebastián Herrera Tapia..... | 135 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 136 |
| 2. CHILE COMO PAÍS ANFITRIÓN..... | 136 |
| 3. RECOMENDACIÓN SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL..... | 137 |
| 4. CONVERGENCIA DEL DEBATE GLOBAL DEL ITF SUMMIT CON LA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE..... | 138 |
| 4.1. El Derecho a la Movilidad Sostenible como Eje Central de la Adaptación Regulatoria..... | 138 |
| 4.2. Gobernanza Institucional y Control de la Actuación Pública..... | 139 |
| 4.3. La Respuesta a la Disrupción Tecnológica: IA y Digitalización..... | 139 |
| 5. CONCLUSIÓN..... | 140 |
| 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 141 |

**ESTUDIOS I:
LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA REGULACIÓN**

| | |
|---|---------|
| LA REGULACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RESIDUOS. UN DEBATE ACTUAL, por Jesús Conde Antequera | 145 |
| 1. INTRODUCCIÓN AL DEBATE SOBRE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS..... | 145 |
| 2. CARACTERÍSTICAS DESTACABLES DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS RESIDUOS | 146 |
| 3. LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS RESIDUOS A LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y LOS NUEVOS PARADIGMAS REGULATORIOS.. | 150 |
| 3.1. Cuestiones determinantes de la necesidad de evolución normativa..... | 150 |
| 3.2. Principales aspectos requeridos de revisión..... | 152 |
| 3.2.1. <i>Sobre la necesidad de revisión del concepto jurídico de residuo y de reformulación de los criterios normativos de clasificación.</i> | 152 |
| 3.2.2. <i>La necesaria reconsideración de la «jerarquía de residuos».</i> | 153 |
| 3.2.3. <i>La vinculación de la gestión de los residuos a los objetivos legales más que a la tipología u origen del residuo.</i> | 153 |
| 3.2.4. <i>La adecuada implementación del principio «quien contamina paga» para que el coste de la gestión recaiga efectivamente sobre el productor del residuo.</i> | 154 |
| 4. LA TENDENCIA A LA CONFIGURACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS COMO ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL DE CARÁCTER ECONÓMICO. ... | 155 |
| EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS EUROPEOS EN LA NORMATIVA ITALIANA EN MATERIA DE GESTIÓN DE RESIDUOS, por Angelo Giuseppe Orofino..... | 157 |
| 1. EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL COMO DERECHO FRONTERIZO | 157 |
| 2. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS COMO FACTOR IMPULSOR DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL..... | 159 |
| 3. LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE.... | 160 |
| 4. LOS CRITERIOS DE PRIORIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS | 161 |
| 5. EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN Y LA CONCENTRACIÓN COMO MEDIOS DE GESTIÓN DE LAS NECESIDADES MEDIOAMBIENTALES..... | 162 |
| 6. LOS PRINCIPIOS DE AUTOSUFICIENCIA Y PROXIMIDAD | 165 |
| 7. EL USO DE LAS PALANCAS ECONÓMICAS EN LA PROTECCIÓN DEL ECOSISTEMA..... | 165 |
| 8. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN LA PRODUCCIÓN DE RESIDUOS | 166 |
| 9. REFLEXIONES FINALES..... | 167 |
| ASPECTOS SOBRE LOS OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN LA LEY 7/2022, DE 8 DE ABRIL, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR, por Josep Lluís Serra Frontera..... | 169 |
| 1. ANTECEDENTES..... | 169 |

| | Pág. |
|---|------------|
| 2. OBJETIVOS DE LA LEY 7/2022, DE 8 DE ABRIL, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR..... | 175 |
| 2.1. La exposición de Motivos | 175 |
| 2.2. Los aspectos programáticos o guía de los objetivos de la Ley 7/2022 (LRSECEC)..... | 177 |
| 3. OBJETIVOS DE PREVENCIÓN DE RESIDUOS..... | 179 |
| 4. OBJETIVOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS..... | 180 |
| 5. LA RECOGIDA SEPARADA DE BOTELLAS DE PLÁSTICO EN LA LRSECEC..... | 182 |
| 6. OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN OTRAS NORMATIVAS O FLUJOS DE RESIDUOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS .. | 183 |
| 6.1. Objetivos específicos del Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil..... | 183 |
| 6.2. Objetivos específicos del Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil..... | 184 |
| 6.3. Objetivos específicos del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases..... | 184 |
| 7. CONCLUSIÓN | 187 |
| LOS RETOS REGULATORIOS DEL SECTOR DE LOS RESIDUOS, por Aleix Canals Compan | 189 |
| 1. INTRODUCCIÓN. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE RESIDUO . ¿ES NECESARIA UNA NUEVA DEFINICIÓN?..... | 190 |
| 2. LA DEFINICIÓN DE «SUBPRODUCTO» Y «FIN DE CONDICIÓN DE RESIDUO». ALGUNAS IDEAS EN FAVOR DEL DESARROLLO DE LA CIRCULARIDAD DE LOS MATERIALES..... | 192 |
| 3. LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR. ¿UN ALIADO EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS? | 196 |
| 4. CONCLUSIÓN | 198 |
| ESTUDIOS II: SOSTENIBILIDAD Y TAXONOMÍA COMO NUEVOS PARDIGMAS REGULATORIOS DE LA UE. SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS | |
| LOS DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE LA CADENA DE SUMINISTRO, por Martin Burgi..... | 201 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 201 |
| 2. LA DIRECTIVA 2024/1760 (CS3D) | 202 |
| 3. LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTROS (<i>LIEFERKETTENSORGFALSPFLICHTEN GESETZ</i> (LKSG) DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO .. | 202 |
| 3.1. Los costes de aplicación de la Ley | 202 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.2. Las determinaciones clave de la Ley (LKSG)..... | 203 |
| 3.3. En especial, las obligaciones de diligencia debida | 203 |
| 3.4. Supervisión y sanciones a las empresas sujetas a obligaciones de diligencia debida..... | 204 |
| | |
| EL IMPACTO DE LA TAXONOMÍA Y SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS, por Suzana Tavares da Silva | 205 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 205 |
| 2. EL REGLAMENTO EUROPEO DE LA TAXONOMÍA..... | 206 |
| 3. LA RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA..... | 207 |
| 4. EL DISEÑO ECOLÓGICO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS: LA SECTORIALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA OBLIGATORIA | 209 |
| 5. DIFICULTADES Y RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA | 210 |
| 6. LA EXPERIENCIA PORTUGUESA Y LAS IMPLICACIONES PARA LA COMPETITIVIDAD DE LA UE | 211 |
| 7. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS..... | 212 |
| | |
| REFLEXIONES ACERCA DEL ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO EUROPEO DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD, por José María de Paz Arias..... | 215 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 215 |
| 2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD | 216 |
| 2.1. El principio de transparencia | 217 |
| 2.2. La diligencia debida..... | 220 |
| 3. ACERCA DE LAS CRÍTICAS AL PROYECTO DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD Y ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE SIMPLIFICACION | 221 |
| 4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE REFORMA Y EL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD | 226 |

PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS LIMITATIVAS DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES Y VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN

Juan Antonio Carrillo Donaire

Catedrático de Derecho Administrativo

Jose Miguel Jiménez Díaz

Investigador en Derecho Administrativo

Manuel Rodríguez Pareja

Abogado experto en Derecho Administrativo

RESUMEN: Las nuevas oportunidades de negocio que abren las plataformas de pago virtuales y las aplicaciones móviles (*Apps*) generan importantes retos en el ámbito del pago de las tarifas por la prestación de servicios públicos que obligan a modular la aplicación de los principios tradicionales de organización y de gestión de los servicios públicos. Uno de los campos donde este reto está siendo más conflictivo es en el de los servicios de cobro de los estacionamientos regulados de vehículos en la vía pública (SER). Por vía de principio, el cobro constituye un servicio diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de servicios de estacionamiento. Se trata de una actividad liberalizada que cualquier empresa, por tanto, podría prestar de forma externa y con independencia del gestor del servicio. No obstante, los Pliegos que rigen la licitación de los contratos de concesión y de los contratos de servicio relativos a la prestación de los SER suelen contemplar los servicios de cobro como prestaciones «acesorias» de los contratos de explotación de los estacionamientos, pese a que no se subsumen en el servicio público legalmente atribuido a los Ayuntamientos. Al regular la prestación principal, como consecuencia de la ordenación de un servicio público como el de estacionamiento en la vía pública, que conlleva «prestaciones directas a la ciudadanía», los poderes adjudicadores suelen establecer condiciones de acceso restrictivas del mercado y de la competencia sobre el servicio de cobro, mostrando una preferencia o estableciendo condiciones más favorables, de modo directo o indirecto, en favor de la App del gestor del servicios de estacionamiento; o dificultando la interoperabilidad de los servicios de cobro de terceros con los sistemas del propio gestor, confiriéndole a este una ventaja competitiva que de algún modo pretende compensar las cargas de la explotación del gestor del servicio de estacionamiento.

En el presente trabajo se analiza la problemática que desde el Derecho Administrativo de la contratación pública y del Derecho de la competencia presenta esta realidad ampliamente asentada en nuestros municipios, proporcionando las soluciones jurídicas y las vías de reacción frente a los comportamientos y prácticas restrictivas de la liberalización de los servicios de cobro.

PALABRAS CLAVE: contratos de explotación de Servicios de Estacionamiento Regulado (SER), servicios de cobro mediante aplicaciones (Apps), restricciones de la competencia.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ESTACIONAMIENTO REGULADO Y DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SU GESTIÓN MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS: 2.1. Naturaleza jurídica y objeto del servicio municipal de regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública; 2.2. Modalidades de prestación del servicio de estacionamiento regulado: generalización de la gestión indirecta: 2.2.1. *Modos de gestión de los servicios públicos locales*; 2.2.2. *Competencias municipales y procedimiento para la elección y cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales en supuestos de gestión directa monopolística por la propia entidad*; 2.2.3. *La obligación de elegir el modo de gestión más eficiente y sostenible económicamente aboca a los Ayuntamientos a optar preferentemente por la gestión indirecta mediante contratista interpuesto*; 2.2.4. *Los nuevos contratos de concesión de servicios y de servicios en la LCSP*; 2.2.5. *Naturaleza de los contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado*.— 3. EL COBRO DEL SERVICIO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO MEDIANTE APLICACIONES (APPS): 3.1. Régimen jurídico del servicio de cobro mediante Apps: prestación diferenciable y liberalizada. Consecuencias desde la perspectiva de la libre competencia; 3.2. El pago mediante Apps como prestación «accesoria» de los contratos de gestión de zonas SER; 3.3. Imposibilidad de exigir la gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps a terceros operadores; 3.4. Obligaciones del gestor del servicio respecto de terceros operadores de Apps: 3.4.1. *Obligación de separar las cuentas del servicio de gestión de las del servicio de cobro*; 3.4.2. *Obligación de interconexión con otras Apps*.— 4. LAS RELACIONES ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NORMATIVA DE COMPETENCIA: 4.1. Vinculación de los órganos de contratación a la normativa de competencia: alcance y formulación del principio en relación con los servicios de cobro mediante Apps; 4.2. Prácticas restrictivas y obstruccionistas del libre acceso al servicio de pago mediante Apps.— 5. VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO: 5.1. Impugnación/alegaciones frente a los Pliegos: 5.1.1. *La solicitud de aclaración de los Pliegos*; 5.1.2. *El recurso especial en materia de contratación: la cuestión de la legitimación*. 5.2. Vías posibles a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia; 5.3. Vías posibles a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; 5.4. Vía de la inactividad de la Administración contratante ante las prácticas obstruccionistas por parte del gestor frente a la introducción de la modalidad de pago mediante Apps de terceros.

1. INTRODUCCIÓN

Al calor de las nuevas oportunidades de negocio que están facilitando las plataformas digitales de contratación de servicios y de gestión de pagos mediante aplicaciones móviles (Apps) están surgiendo retos antes desconocidos que obligan a modular la aplicación de los principios tradicionales de organización y de gestión de los servicios públicos y de regulación de las actividades prestacionales que caen bajo la órbita o la competencia de las Administraciones Públicas. Uno de ellos viene dado por la posibilidad de que el usuario abone las tarifas derivadas de la prestación que contrata mediante una aplicación móvil operada por una empresa distinta al gestor del servicio o del titular de la licencia, por cuanto esos servicios de cobro son servicios

financieros liberalizados que se prestan fuera de la órbita de la prestación principal, cuya organización y ordenación de su adecuada prestación es responsabilidad última de la Administración pública.

Este problema está siendo objeto de análisis desde hace un tiempo por la doctrina más atenta, que ha puesto el acento en la necesidad de conjugar la regulación administrativa y las facultades de policía del servicio con la irrupción de las plataformas digitales y sus aplicaciones en un marco de llamada economía colaborativa¹. Las plataformas de demanda de servicios y las aplicaciones de pago se muestran enormemente refractarias a ser aprehendidas por la dogmática regulatoria del Derecho público y los instrumentos jurídicos clásicos del servicio público, desbordando los cauces por los que tradicionalmente discurrían las relaciones entre la Administración y el usuario. Cuando la prestación o el servicio se opera, además, por un contratista interpuesto, el contrato se intercala como fuente de derechos y obligaciones que generan una dinámica diversa, y a veces opuesta, a la ordenación de los intereses públicos en juego y a la plena vigencia de los principios de igualdad y de legalidad tal y como estos venían siendo entendidos desde la fundación del Estado de Derecho, como recientemente ha puesto de manifiesto el profesor Esteve Pardo en una obra capital².

Uno de los campos donde este reto está generando mayor controversia es en el de los servicios de cobro de los estacionamientos regulados de vehículos en la vía pública (SER). Por vía de principio, el cobro constituye un servicio diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de gestión de los servicios públicos municipales. Se trata de una actividad liberalizada que cualquier empresa, por tanto, podría prestar de forma externa y con independencia del gestor del servicio. No obstante, la regulación del servicio y las previsiones de los Pliegos que rigen la licitación de los contratos de concesión y de servicio relativos a la prestación del servicio de estacionamiento regulado suelen contemplar los servicios de cobro como prestaciones «accesorias» de los contratos de explotación, pese a que no se subsumen en el servicio público de estacionamiento legalmente atribuido a los Ayuntamientos. Al regular la prestación principal, como consecuencia de la ordenación del régimen de un servicio público como el de estacionamiento en la vía pública que conlleva «prestaciones directas a la ciudadanía», los poderes adjudicadores suelen establecer condiciones de acceso restrictivas del mercado y de la competencia sobre el servicio de cobro, mostrando una preferencia o estableciendo condiciones más favorables, de modo directo o indirecto, en favor de la App del gestor del servicios de estacionamiento; o dificultando la interoperabilidad de los servicios de cobro de terceros con los sistemas del propio gestor, confiriéndole a este una ventaja competitiva que de algún modo pretende compensar las cargas de la explotación del gestor del servicio de estacionamiento.

¹ ARROYO I AMAYUELAS, E. MARTÍNEZ MATA, Y., RODRÍGUEZ FONT, M., y TARRÉS VIVES, M., *Servicios en plataforma: estrategias regulatorias*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

² *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, (primera edición 2023, segunda edición 2025).

El desarrollo de la compleja y rica problemática que está ocasionando esta tendencia a constreñir desde la regulación pública lo que no dejan de ser actividades de mercado, como los servicios de cobro, alcanza en este sector del estacionamiento de vehículos en la vía pública una confrontación de principios e instrumentos jurídicos que se mueven en los respectivos campos de la liberalización y la defensa de la competencia, de un lado; y, de otro, en las necesidades del servicio público y los derechos de la ciudadanía, dando lugar a prácticas y soluciones jurídicas que creemos que podrían extrapolarse a otros muchos campos de las prestaciones públicas en los que la tecnología de pago mediante App está aún por llegar.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ESTACIONAMIENTO REGULADO Y DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SU GESTIÓN MEDIANTE CONTRATOS PÚBLICOS

2.1. Naturaleza jurídica y objeto del servicio municipal de regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública

El Servicio de Estacionamiento Regulado (SER) tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la vía pública, con la finalidad de racionalizar y compatibilizar el uso del espacio público y el estacionamiento de vehículos.

Al tratarse de un servicio vinculado al uso del dominio público y al estacionamiento de vehículos en la vía urbana está legalmente atribuido al municipio como competencia propia, como en la actualidad consagra el artículo 25.2.g) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo, LBRL), al conferir a los municipios la competencia sobre «tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad».

Concretando el alcance de esta competencia municipal, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, atribuye a los Ayuntamientos:

«b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social».

A lo que el apdo. c) del citado precepto añade la potestad correctiva ante el indebido estacionamiento en estos espacios, habilitando a las autoridades municipales para acordar la inmovilización o/y, en su caso, la retirada y posterior depósito de los vehículos.

A la vista de estas previsiones normativas, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del servicio municipal de regulación y control de estacionamiento regulado en la vía pública, calificándolo expresamente como un servicio público reservado a la competencia municipal en los términos que habilita el artículo 128.2 de la Constitución Española. Así, en su Sentencia de 29 de octubre de 2010 (rec. núm. 78/2006; ECLI:ES:TS:2010:5869) afirmaba que la regulación contenida en la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial *«es la base esencial que sostiene la actividad desarrollada por las empresas que controlan esos estacionamientos limitados, de lo que se deriva el carácter de gestión de servicio público que tal actividad presenta»*, con los efectos previstos en el artículo 86 de la LBRL, a los que luego nos referiremos.

La rotación de los vehículos en el uso de aparcamientos en la vía urbana, que permite su utilización más racional en supuestos de alta demanda, se consigue mediante el establecimiento de estas zonas por la correspondiente Ordenanza Municipal de Regulación de Aparcamientos (ORA), que habilita al cobro de una tasa o de una tarifa (prestación patrimonial pública de carácter no tributario —dependiendo de circunstancias a las que nos referiremos—), para los vehículos estacionados en las zonas delimitadas durante una franja horaria de determinados días de la semana y del año; sin perjuicio de que puedan establecerse exenciones o bonificaciones a determinados colectivos, como el de residentes. Tarifa que será proporcional al tiempo en que se encuentren ocupando la vía pública en las zonas y horas más demandadas o conflictivas, que también pueden tener distintas intensidades o categorías. Así, en algunos municipios, sobre todo en aquellos de mayor población, las áreas SER se zonifican, diferenciándose entre distintas tipologías de plazas en razón de su destino característico, ligado al tiempo de permanencia y al coste (residentes, con o sin uso mixto para no residentes; limitación de tiempo máximo; larga duración para facilitar el intercambio modal; etc.). En algunas ocasiones, además, se contemplan áreas especiales de uso disuasorio (alta rotación) o de usos específicos reservados o preferentes (socio-sanitarios, discapacitados, vehículos eléctricos, vehículos poco contaminantes).

El servicio de estacionamiento regulado (SER) tiene por objeto, por tanto, limitar el tiempo de permanencia de los vehículos en la superficie destinada a estacionamiento en las vías públicas de las áreas urbanas de mayor demanda de acceso a determinadas zonas la ciudad, sea por su carácter comercial o administrativo. Para ello se establece un sistema de control de los tiempos de aparcamiento que, en definitiva, es en lo que consiste la explotación del servicio de estacionamiento regulado en la vía pública, mediante aparatos expendedores de tiques u otros modos de pago admitidos y de personal que controle la caducidad del derecho temporal de ocupación de los estacionamientos.

En palabras del anteriormente citado pronunciamiento del Tribunal Supremo, la verdadera naturaleza jurídica del servicio de la ORA, cuando este se externaliza mediante un contrato,

«responde por tanto a una prestación de servicios al Ayuntamiento para que este cumpla sus propias competencias, poniendo a su disposición los medios humanos y materiales necesarios para

ello, a cambio del precio acordado por la prestación de dicho servicio, revisable (...), que viene determinada en base a un presupuesto de los costes necesarios para la realización de los mismos. La estructura de costes del servicio es, pues, similar a muchos otros servicios públicos prestados a las entidades locales (limpieza viaria, recogida de basuras, mantenimiento y conservación de parques y jardines, etc.)».

2.2. Modalidades de prestación del Servicio de Estacionamiento Regulado: generalización de la gestión indirecta

2.2.1. *Modos de gestión de los servicios públicos locales*

Como es sabido, en nuestro ordenamiento existen dos modalidades de prestación o de gestión de los servicios públicos: la directa y la indirecta. La gestión directa es aquella en la que la Administración realiza la prestación con su propia organización o mediante la creación de una entidad instrumental dependiente de ella que puede ser tanto de Derecho público como de Derecho privado. La indirecta se externaliza en favor de empresas privadas mediante la licitación del servicio. Como veremos, el ordenamiento local vigente decanta una clara preferencia por los modos directos de gestión que no impliquen la creación de entes instrumentales de la Administración, o bien, como alternativa igualmente preferente, la gestión indirecta de los servicios de competencia local mediante contratista interpuesto.

Tradicionalmente se contemplaban cuatro modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito local, bajo el tipo contractual común para todas ellas del contrato de gestión de servicios públicos que ha venido contemplando la legislación de contratos: la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica y la sociedad de economía mixta³. Dichas modalidades tenían cabida en el artículo 85.2 B) de la LBRL, que se remite, para la gestión indirecta de los servicios públicos locales «a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre». No obstante, dichas fórmulas han sido derogadas por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). En efecto, la transposición que la LCSP ha hecho de las Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ha supuesto la supresión del contrato de gestión de servicio público y, por tanto, de las modalidades aludidas. Por tanto, la existencia de zonas

³ BLANQUER CRIADO, D. (2012), *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia; MESTRE DELGADO, J.F. (2011): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales, »La contratación local», «El servicio público de distribución de aguas», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, 3ª ed., Madrid, Iustel; SOSA WAGNER, F (2004), *La gestión de los servicios públicos locales*, 6a. ed. Civitas, Madrid; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2007) *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*, Barcelona, Bayer Hnos., S. A.

SER que se gestionan mediante el extinto contrato de gestión de servicios públicos en la actualidad responden a supuestos de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP que están llamados a desaparecer⁴.

En la vigente LCSP las modalidades contractuales que dan cobertura posible a la gestión indirecta de los servicios de estacionamiento regulado son tres:

- a) Contrato de concesión de servicios (art. 15 LCSP).
- b) Contratos de servicios (art. 17 LCSP).
- c) Gestión mediante una sociedad de economía mixta cuyo capital sea mayoritariamente público, a la que se le podrá adjudicar directamente un contrato de concesión de servicios (Disposición Adicional 22ª LCSP).

En la práctica, como veremos, la modalidad de prestación indirecta, externalizada mediante licitación, se reconduce ahora a las figuras de los contratos de concesión de servicios o al contrato de servicios en función de que haya o no una efectiva transferencia del riesgo de explotación al contratista⁵; siendo marginal la existencia de sociedades mixtas en el sector⁶.

En relación con las referidas modalidades de gestión es de consignar que, pese a la externalización del servicio a terceros contratistas, la Administración conserva siempre la dirección y control del servicio público, la llamada «policía» del servicio; sobre todo cuando el contrato se configura con prestaciones directas a la ciudadanía (arts. 284.2 y 287.2 de la LCSP para la concesión y art. 312 de la LCSP para el con-

⁴ Como ejemplos de contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado mediante la modalidad extinta de la gestión servicios públicos que, en virtud del momento de celebración y del tiempo de duración del mismo continúan vigentes, pueden citarse: el contrato de gestión del servicio de inmovilización, carga y traslado al depósito municipal de los vehículos que por orden de la policía local hayan de ser retirados de la vía pública (GRUA) y del servicio de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario en la ciudad de Gandía (ORA) (expte.: CONT-010/2016); el contrato de prestación del servicio de control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en el municipio de Gornal (expte.: 1/2018); el contrato de gestión del servicio público de estacionamiento limitado (Zona Azul) en Martos (expte.: SEC10B00J); o el contrato de concessió de la gestió i explotació del servei públic municipal d'estacionament controlat de vehicles a motor amb horari limitat a la zona blava de la Pineda i als dos parquings soterrats situats a Via-seca durant un període de quatre anys (expte.: GOV 579/2016).

⁵ LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, 41-68; MAGIDE HERRERO, M. (2017) «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 46, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5449/documento/art03.pdf>

⁶ Puede citarse el ejemplo de AUSSA (Aparcamiento Urbanos, Servicios y Sistemas S.A.) en el municipio de Sevilla; o de la Sociedad Municipal Mixta de Promociones y Gestión de Servicios de Esplugues S.A. (PROGESER) en el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat. Las sociedades de economía mixta son operadores en el término municipal de referencia, pero además la jurisprudencia (a partir de la pionera STSJ de Extremadura núm. 58/2014 de 25 Mar. 2014, rec. 228/2013) ha reconocido su capacidad para presentarse a licitaciones fuera del mismo, donde operan como concesionarios cuando resultan adjudicatarios de las licitaciones correspondientes.

trato de servicio), pudiendo siempre la Administración contratante ejercer una serie de potestades orientadas a preservar la continuidad y calidad de los servicios cuando concurran razones de interés público que lo justifiquen. Entre ellas, por ejemplo, la de modificación de las características del servicio contratado y de las tarifas que han de abonar los usuarios, la de acordar el rescate del servicio público e, incluso, su supresión, compensando económicamente al contratista por los perjuicios que pueda sufrir. Además, terminado el plazo de duración del contrato, el servicio ha de revertir a la Administración, debiendo el contratista entregar todas las obras e instalaciones a que estuviera obligado por el contrato en un estado de conservación y funcionamiento adecuados.

2.2.2. *Competencias municipales y procedimiento para la elección y cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales en supuestos de gestión directa monopolística por la propia entidad*

La propia norma que publica una actividad puede también establecer la modalidad de gestión directa o indirecta del servicio público y si el régimen de prestación va a ser en monopolio o en concurrencia con otros prestadores, normalmente privados, del servicio público. En todo caso, la legislación reconoce un margen de discrecionalidad a la Administración local titular del servicio para que pueda determinar la forma en que va a organizar la prestación de estos servicios públicos, ajustándose al procedimiento previsto en la ley.

En el ámbito de los servicios públicos locales la elección de la forma de gestión, directa o indirecta, vendrá determinada por aquella que resulte más sostenible y eficiente (art. 85.2 LBRL) en los términos que seguidamente analizaremos, que resultan de la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Haciendas locales. Pero si la prestación del servicio se quiere realizar en régimen de monopolio por la propia entidad local, la LBRL exige al Municipio, además de la aprobación por mayoría absoluta de su pleno, salvo que se trate de un Municipio de gran población [arts. 47.2.k) y 123.1.k) y 2]; la posterior aprobación por parte del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.2 *in fine*); además de la tramitación del expediente para el ejercicio de actividades económicas, sean o no monopolísticas (en caso de servicio de la competencia local de los enunciados por el art. 86 LBRL), al que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL)⁷.

⁷ GIMENO FELIU, J.M. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59.

2.2.3. *La obligación de elegir el modo de gestión más eficiente y sostenible económicamente aboca a los Ayuntamientos a optar preferentemente por la gestión indirecta mediante contratista interpuesto*

A pesar de que los artículos 85 y siguientes de la LBRL admiten tanto la gestión directa como la indirecta, existen circunstancias que, *de facto* y *de iure*, propician que las entidades locales opten por la gestión indirecta, y que, una vez iniciada esta senda, favorezcan que la misma continúe con una nueva licitación cuando expire el plazo del contrato inicial, en lugar de adoptar formas de gestión directa.

En el plano de la realidad práctica, uno de los factores más determinantes de la preferencia por la gestión indirecta es la escasez de medios y de personal que sufren las Administraciones locales⁸. Esta contención de medios personales y la pérdida de efectivos que conlleva hace que la gestión directa de servicios o, en general, actividades económicas, ya se trate de la asunción *ex novo* de un servicio o actividad por el municipio (art. 86 de la LBRL) o de la internalización de una que se viniera llevando a cabo mediante gestión indirecta, exija la incorporación de nuevo personal por el Ayuntamiento, que en la práctica resulta casi inviable o muy limitada.

La tendencia hacia la contractualización y externalización de la gestión de los servicios municipales también se debe a otras razones fácticas. La decisión de optar por la gestión indirecta es una decisión que vincula a la Administración durante el plazo de duración del contrato, que puede ser corto si hablamos de un contrato de servicios, pero largo si se trata de una concesión. En todo caso, es una decisión cuyo efecto vinculante va más allá (por lo menos cuando se trata de concesiones) del mandato de la Corporación que toma la decisión de optar por la gestión indirecta. Puede ocurrir, incluso, que uno de los factores que justifique el plazo de duración del contrato sea la necesidad de amortizar el canon concesional que el concesionario abona al Ayuntamiento al inicio del contrato. En este punto son necesarias normas imperativas, en la medida en que el interés inmediato de la Corporación que licita el contrato tiende a que se produzcan dos circunstancias que son un «mal necesario»: administrar en poco tiempo un canon que en realidad se genera a lo largo de todo el plazo de duración de la concesión (más allá, por tanto, del mandato de la corporación que licita y adjudica el contrato) y maximizar el plazo de duración, lo que también produce el efecto de hipotecar o predeterminar a Corporaciones futuras en sus decisiones sobre la forma de gestión del servicio⁹.

Estas circunstancias coadyuvan a que las fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos en el ámbito local hayan ganado protagonismo en los últimos tiempos frente a la gestión directa. Pero, junto a estas circunstancias, también hay razones jurí-

⁸ HUERGO LORA, A., «La prestación de los servicios públicos locales», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019, hace un pormenorizado análisis de las causas extrajurídicas que determinan la preferencia por la gestión indirecta de los servicios locales.

⁹ HUERGO LORA, A., «La prestación de los servicios públicos locales», *ibidem. cit. supra*.

dicas que sustentan una clara inclinación en favor de la gestión indirecta, y que derivan de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que exigió la adaptación de la normativa básica local a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que operó para dicho ámbito la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modificó la LBRL para adaptarla a esa perspectiva de contención del gasto que tanto impacto tuvo sobre el modelo organizativo y la elección de modo de gestión de los servicios públicos por las entidades locales¹⁰.

La LOEPSF y la subsiguiente reforma de la LBRL de 2013 se erige en la justificación principal de los modos de gestión de los servicios públicos locales, porque ha cambiado de forma sustancial el criterio tradicional de libertad de elección del modo de gestión mediante una nueva redacción del artículo 85.2 LBRL.

El impacto de estas nuevas reglas sobre la gestión de los servicios locales puede resumirse como sigue:

Reducción de la libertad de elección del modo de gestión (art. 85.2 LBRL)

La potestad local de elegir modos de gestión, sin otro condicionante que los legales conocidos [ejercicio de funciones de autoridad reservadas a funcionarios, *ex art. 82.2.B) in fine* de la LBRL, en relación con el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre], es modulada del modo siguiente:

«Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: A) Gestión directa y B) Gestión Indirecta».

Con esta redacción, la decisión local debe decantarse por la modalidad que sea «más sostenible y eficiente», de entre la gestión directa y la gestión indirecta.

Preferencia legal por la gestión directa administrativa frente a la gestión indirecta por una entidad dependiente de la propia entidad local que opere en régimen de derecho privado:

La adaptación de la LBRL a la LOEPSF ha incorporado un criterio de preferencia dentro de las formas de gestión directas, dando prioridad a los modos administrativos (gestión por la propia entidad local, organismo autónomo), sobre las formas empresariales, públicas y privadas (entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas). En concreto, el artículo 85.2.A) de la LBRL dispone lo siguiente:

¹⁰ CARRILLO DONAIRE, J.A. y NAVARRO RODRIGUEZ, P. (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2014; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2014), *La Reforma de 2013 del Régimen Local Español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona.; VILLAR ROJAS, F.J. (2016): «Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59.

«A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la LOEPSF».

En consecuencia, las formas mercantiles sólo serán admisibles cuando quede acreditado, en una memoria justificativa, que resultan «más sostenibles y eficientes» que las anteriores según criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión¹¹. La tarea de evaluación de la sostenibilidad financiera —que no de la eficiencia— se encomienda al órgano de intervención local (Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local).

Ideal de la gestión indirecta, salvo control de estabilidad:

Frente a la anterior regulación, la gestión indirecta se presenta por el legislador como una alternativa equivalente a la gestión directa. La obligación de justificar la mayor sostenibilidad y eficiencia se exige sólo en relación con la gestión directa empresarial, no en la gestión por contrato (art. 85.2.B LBRL), lo que aboga también por la preferencia del legislador estatal por la gestión indirecta frente las formas directas de carácter empresarial.

Las implicaciones de cuanto queda expuesto se pueden resumir en tres fundamentales:

¹¹ Desde su primera redacción, las reformas legales que venimos comentando, bajo el paraguas de la «sostenibilidad» se propusieron reducir el sector público local bajo el paradigma del equilibrio financiero. Este es el sentido de la regulación dirigida al redimensionamiento del sector público local contenida en la DA 9ª LBRL de la Ley de Sostenibilidad del 2013. La previsión normativa gira sobre dos medidas fundamentales. La primera, que las Entidades locales no pueden adquirir o incorporarse a nuevas entidades instrumentales (cualesquiera, incluyendo «unidades»), mientras estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. Tampoco podrán hacer aportaciones patrimoniales ni ampliaciones de capital en esa situación. Excepcionalmente, podrán hacerlo si en el ejercicio anterior cumplen con objetivos de estabilidad, deuda pública y su periodo medio de pago no supera en treinta días el máximo previsto por la normativa. La segunda, que las «entidades instrumentales» que se encuentren en situación de desequilibrio financiero, previo informe de la Intervención, deberán contar con un «plan de corrección», que podrá incorporar aportaciones sólo si la entidad matriz cumple los anteriores requisitos.

a) El principio tradicional de libertad de elección del modo de gestión de los servicios locales deja paso ahora al «modo de gestión más sostenible y eficiente», únicos criterios legales a considerar para adoptar la decisión.

b) La potestad de elegir entre gestión directa e indirecta, con los límites conocidos relativos al ejercicio de autoridad, da paso a la aplicación de reglas determinadas por la Ley: preferencia implícita por la gestión indirecta (mediante contrato) y por la financiación por los usuarios; y, en su defecto, por la gestión directa administrativa, también mediante tasas y tarifas. La gestión directa empresarial aparece como una excepción que requiere de especial justificación.

c) Consagración de la obligación de evaluar toda decisión local sobre el modo de gestión de sus servicios públicos a la luz de los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y de la regla de gasto.

La consecuencia fundamental es que la sostenibilidad financiera —en sentido amplio— se erige en un principio rector de la actividad de las Administraciones públicas con prioritaria y especial proyección sobre las Entidades Locales; y, por tanto, condicionante directo de los modos de gestión de los servicios públicos. En este caso, imponiendo la utilización del «modo más sostenible y eficiente» de acuerdo con criterios y preferencias fijados por el legislador estatal en relación con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En suma, puede afirmarse que la gestión indirecta de los servicios públicos locales, incluido particularmente el de estacionamiento regulado de los vehículos en la vía pública, es hoy la fórmula prioritaria de gestión, siendo los contratos de concesión de servicios y el de servicios los tipos contractuales que dan cobertura preferente a dicha pretensión.

2.2.4. *Los nuevos contratos de concesión de servicios y de servicios en la LCSP*

Tras la LCSP de 2017, la elección del tipo de contrato para la gestión ya no pivota sobre la idea de prestación del servicio público, sino otras consideraciones que tienen que ver con el riesgo efectivamente asumido por el contratista. En relación a esa elección, el planteamiento de la LCSP se asienta sobre los siguientes criterios:

1º) Atribución al contrato de concesión de servicios de la gestión de aquellos servicios «*cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio*», explotación que «*implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional*» (art. 15 LCSP), concepto capital del que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

2º) Configuración dual de esta concesión toda vez que podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como servicios no públicos, o no declarados formalmente como tales (art. 284 LCSP); además de la traslación en bloque de los preceptos sobre el antiguo contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP de 2011 a la regulación de la concesión, con algunas precisiones en los casos en que su objeto sean servicios públicos, y remisión expresa, con carácter supletorio, a la «*regulación establecida (...) respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel*» (art. 295 LCSP).

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

La aplicación de una u otra fórmula contractual depende, por tanto, de que se transfiera o no al contratista el riesgo operacional¹².

2.2.5. *Naturaleza de los contratos de gestión del servicio de estacionamiento regulado*

Hasta la aprobación de la vigente LCSP el contrato de gestión de servicios públicos era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que, mediante este contrato, la Administración encomendaba al concesionario que gestionase un determinado servicio público; por lo que todo lo relativo a la utilización del servicio nacía del establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo. Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio. En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario-concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba. Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba y se relacionaba con el usuario era la Administración, pues el contratista (de servicios) no era más que un apoyo externo por carencia de medios de aquella.

En este esquema incide la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como hemos insistido anteriormente, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el con-

¹² Sobre el criterio de delimitación del riesgo operacional y el origen y alcance del concepto nos remitimos al trabajo de HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017.

tratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Como no podía ser de otro modo, este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la LCSP. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico anterior se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, la LCSP contempla el régimen de prestación del servicio para las concesiones en sus artículos 284.2 y 287.2 y, para los contratos de servicio, en su artículo 312, que se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y que ahora pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se les denomina «contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos».

Para diferenciar uno y otro tipo de contratos, los de concesión y los de servicios y saber calificar adecuadamente un contrato de gestión de zonas SER, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, hay que atender a los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria y por los Tribunales españoles (particularmente los de recursos especiales) que han abordado esta cuestión.

Recordaremos brevemente, en este sentido, que la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, de la que ahora destacamos la doctrina más relevante a los efectos de la distinción conceptual entre el contrato de concesión y el de servicio. En primer lugar, la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009 (As. C-206/08, *Eurawasser*) puso de relieve que si el contratista explota el servicio asumiendo un riesgo operacional, aunque este sea pequeño, y su contraprestación proviene del precio que por el mismo pagan los usuarios estaríamos ante un contrato de concesión, de modo que «el hecho de que (...) la parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como “concesión de servicios” (...) siempre que la otra

parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios».

Por otro lado, Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 (As. C-274/09, *Priva-ter*) completaba esta doctrina afirmando que «es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre con el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado». El asunto aquí analizado versaba sobre un contrato de servicio público de ambulancias, en el que el riesgo de demanda se calificó como prácticamente inexistente, ya que en este tipo de servicios públicos la demanda está básicamente asegurada. Pese a ello, el TJUE calificó el contrato como concesión, entendiendo que el riesgo puede trasladarse a otras vicisitudes del contrato, afirmando que «el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011 (As. C-348/10, *Norma- A, Dekan*) relativa a la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano (actividad reservada y calificada como servicio público en España), determina que aunque la remuneración del contratista consista en el pago por los usuarios de unas tarifas establecidas, estamos ante un contrato de servicios y no una concesión porque «la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio por las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio».

A la luz de esta jurisprudencia, el Informe 12/2010 de la JCC del Estado, de 23 de julio de 2010, distinguía las concesiones de servicio de los contratos de servicio sobre la base de cuatro (4) características exclusivas y propias de las primeras frente a los segundos, que pueden resumirse como sigue:

1º) La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.

2º) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por este del riesgo derivado de la misma (aunque sea pequeño y no sea de demanda o explotación, lo que suele ocurrir en el caso de la prestación de servicios públicos en los que la demanda está garantizada —si bien no siempre, como sucede con las zonas SER—).

3º) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por estos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4º) La concesión de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Por el contrario, en los contratos de servicio prima la relación de la Administración con el contratista, sin que esté presente, o al menos no siempre, la relación de este con el usuario; o, de darse dicha relación, la Administración conserva sobre la misma el poder de organización pleno del servicio y su modo de desarrollarse.

En el plano de las resoluciones de órganos consultivos en materia de contratación pública, el Informe que quizás defina de forma más clara el concepto de riesgo de explotación y lo que ha de entenderse como tal es —a nuestro juicio— el Informe 2/2014, de 22 de enero de 2014, de la JCCA de Aragón, sobre el asunto: «Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.» Tras analizar la JCCA de Aragón lo dispuesto por la ya mencionada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 2000, así como la ya analizada jurisprudencia del TJUE, concluye lo siguiente:

«Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución»¹³.

Del análisis efectuado sobre los elementos característicos de los servicios y de la concesión de servicios, respectivamente, se desprende inequívocamente que la correcta o incorrecta calificación de los tipos contractuales empleados por las distintas Administraciones locales que recurren a una de estas dos figuras contractuales re-

¹³ En el mismo sentido, la Consulta 001/2022 de la Oficina de Contratación Pública del Gobierno de Aragón: «En sentido práctico, aunque no es el único criterio que debe tenerse cuenta (véase, a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A y Dekom), el modo de remuneración es uno de los elementos para determinar si un contrato es de concesión o no, si el adjudicatario asume o no el riesgo de explotación del servicio o de la obra de la que se trate. A través de la remuneración se puede percibir con claridad si el adjudicatario está expuesto a las fluctuaciones del mercado asociados al riesgo de demanda o de oferta.»

quiere un ineludible análisis de los Pliegos en cada caso concreto; único lugar donde puede verificarse la efectiva existencia de los mismos, contrastando sus previsiones con los rasgos caracterizadores de cada uno de estos tipos contractuales para predicar correctamente el consiguiente régimen jurídico que les es aplicable¹⁴.

Poco más podemos añadir sobre ello, salvo el relevante dato que en las ocasiones en las que los Tribunales especiales de contratos han tenido de calificar los contratos de explotación de zonas SER, en supuestos en los que los recurrentes cuestionaban una inadecuada calificación de los mismos, se han decantado siempre por el contrato de concesión para estos supuestos de gestión indirecta del mencionado servicio municipal, afirmando que el hecho de que la contraprestación del contratista dependa de la utilización del servicio por los usuarios (no estando garantizada en este sector el volumen de demanda, pese a su condición de servicio público), es un factor determinante para percibir la existencia de transferencia del riesgo.

Así lo hizo tempranamente el Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución núm. 95/2015, que inadmitió el recurso especial frente a un contrato de concesión del servicio público de ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública (ORA) del municipio de Chiclana de la Frontera (inadmisión que se debe justamente a la naturaleza concesional con la que el Tribunal califica este contrato en un momento en el que la legislación no contemplaba el recurso especial frente a las concesiones). El mismo criterio ha sostenido el citado Tribunal recientemente en la antes mencionada Resolución núm. 57/2025, de 31 de enero de 2025, relativa al contrato de concesión de servicio de gestión de la zona regulada de aparcamientos (ORA) del núcleo de Matalascañas (Almonte, Huelva), donde razona largamente sobre la diferencia entre uno y otro tipo contractual. Y, en un terreno próximo, también fue esta la postura del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la antes comentada Resolución 204/2013, de 5 de junio de 2013, que analizaba una licitación para adjudicar un contrato cuyo objeto es la retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados para tal fin.

Sin embargo, la inclinación de los Tribunales de recursos contractuales por el contrato de concesión no se compadece con la realidad práctica de la externalización de

¹⁴ El régimen jurídico de un contrato de concesión difiere sustancialmente respecto de un contrato de servicios. En el primero, debido justamente a la transferencia del riesgo operacional al contratista, los mecanismos compensatorios en casos de reequilibrio dan un mayor juego, además de diferir en otros aspectos relevantes, como el procedimiento de contratación (donde cobra un papel relevante el estudio de viabilidad económico-financiera en el caso de las concesiones), el distinto alcance de los derechos y obligaciones del contratista en uno y otro contrato, el régimen de resolución, el umbral económico de interposición del recurso especial, etc. Para el ámbito de la gestión de servicios locales, es de especial interés en este punto el trabajo de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., «La nueva configuración de la gestión indirecta en los servicios públicos a resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local» <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>

este servicio en los municipios españoles, que siguen optando, casi indistintamente, por uno u otro tipo contractual. En ambos tipos contractuales, el contratista asume la gestión del servicio en exclusiva sobre un determinado territorio o zona de operación (en el entendido de que en un mismo Ayuntamiento puede haber distintos contratistas si dichas zonas se dividen en lotes). En ambos contratos, a su vez, la posición del contratista es equivalente a la de un operador con derechos exclusivos o especiales (los que derivan de la gestión en exclusiva del servicio y del derecho de percepción de tarifas por parte de los usuarios)¹⁵. Desde la perspectiva de su duración, ambos contratos permiten, además, adecuar su plazo de duración al fin de amortizar las inversiones que en su caso se requieran (instalación de parquímetros, inversiones para la digitalización del servicio, obras de adecuación del espacio viario y de las zonas de aparcamiento reguladas, etc.), en los términos que ello se permite por el artículo 29 de la LCSP.

De hecho, otras Resoluciones, como las del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (155/2020, de 19 de noviembre) o las del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Res. 139/2022, de 7 de abril y 140/2024, de 4 de abril), sencillamente dan por sentado que estamos ante contratos de concesión o ante contratos de servicios, discutiendo sus razonamientos por otros aspectos que analizaremos más adelante, pero admitiendo implícitamente que ambas modalidades contractuales pueden ser aptas para externalizar el servicio público de estacionamiento regulado.

Otras resoluciones de los Tribunales especiales de Contratación han admitido la ambivalencia de ambas fórmulas contractuales para la gestión de servicio público en otros campos de actividad, cuya validez depende de la efectiva constatación de la presencia en los Pliegos de los rasgos típicos y caracterizadores de cada uno de estos tipos contractuales¹⁶.

¹⁵ En el sentido que la titularidad de dichos derechos exclusivos o especiales tiene a los efectos del artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que es el caso de estos contratos, como sostuvo la Comunicación Interpretativa de la Comisión (2000/C 121/02).

¹⁶ Valga como ejemplo la Resolución del Tribunal Central 81/2013, de 20 de febrero de 2013, que resolvió un recurso especial en materia de contratación frente al expediente de «Contratación de la gestión de servicios de diagnóstico por la imagen, prestados mediante las técnicas de Resonancia Nuclear Magnética, Tomografía Axial Computerizada y Radiología Convencional para los pacientes beneficiarios del Sistema Público de Salud de La Rioja» (Expte. 201301-02/IMG-SRS), reconoce la evidencia de que el contrato puede guardar similitud con dos de los tipos que regula el TRLCSP de 2011, en concreto, el de gestión de servicios públicos (en su modalidad de concesión) y el de servicios. Tras analizar la regulación de ambos contratos en el TRLCSP, el Tribunal concluye que «la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y esta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio».

3. EL COBRO DEL SERVICIO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO MEDIANTE APLICACIONES (APPS)

3.1. Régimen jurídico del cobro mediante *Apps*: prestación diferenciable y liberalizada. Consecuencias desde la perspectiva de la libre competencia

El Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (en adelante, «RDL 19/2018») establece en su artículo 1.1, que «El objeto de este real decreto-ley es la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten con carácter profesional en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios de pago como de los proveedores de los mismos». El artículo 2, por su parte, regula el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley respecto a los servicios de pago, determinando con carácter general que se aplicará «a los servicios de pago prestados dentro de España».

Tras esta delimitación de su ámbito de aplicación, el artículo 4 del RDL 19/2018 regula las exclusiones a la aplicación del mismo, excluyendo expresamente del mismo: «k) los servicios basados en instrumentos de pago específicos que solo se pueden utilizar de forma limitada y que cumplan alguna de las condiciones siguientes (...) 2.º Instrumentos que únicamente pueden utilizarse para adquirir una gama muy limitada de bienes o servicios». Por consiguiente, al permitir las *Apps* que ofrecen del servicio de pago por el estacionamiento en las zonas SER su utilización para adquirir este servicio únicamente, queda excluido del ámbito de aplicación del RDL 19/2018. Así pues, hemos de acudir a la normativa general sobre servicios para conocer si existe algún régimen específico de la prestación del servicio de cobro mediante *Apps* por el estacionamiento en zonas SER.

En base a lo anterior, hay que estar a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone la Directiva de servicios de 2006 (en lo sucesivo, «Ley 17/2009»). De nuevo, el artículo 1 de la referida Ley determina su objeto, el cual consiste en «establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones la funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas».

El ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 se regula en su artículo 2, conforme al cual la misma «se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro» (apdo. 1º). Por su parte,

su apartado 2 regula los servicios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, entre los que se encuentran los servicios financieros [art. 2.2.b)]. En este sentido, al ser un instrumento de pago específico, podría considerarse que la prestación del servicio de cobro por el estacionamiento en zonas SER por medio de Apps móviles quedaría igualmente excluida del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009. No obstante, también cabría deducir del considerando 18 de la Directiva de servicios de 2006¹⁷ (leído en sentido contrario) que dicho servicio sí está incluido porque no está regulado por legislación específica ni a nivel de la UE ni interno (precisamente por ser un instrumento de pago específico)¹⁸. En todo caso, no existe duda alguna de que el servicio de pago mediante Apps por el estacionamiento en zonas SER está sometido al principio general de libre prestación de servicios consagrado en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la prestación de este servicio sí queda sometida a las previsiones contenidas en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado (en adelante, «LGUM») y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, «LDC»).

De lo expuesto se deduce, por tanto, que se trata de un servicio liberalizado y, por consiguiente, constituye una prestación diferenciable de las que conforman el servicio público previsto en el artículo 25.2.g) de la LBRL, y así lo han sostenido las autoridades de competencia. Esta misma conclusión es compartida, asimismo, por autores como Luis Loras²⁰, para quien

«Al ser un medio de pago que únicamente puede utilizarse para adquirir una gama muy limitada de servicios (i.e. estacionamientos en áreas SER), el Servicio de Cobro está expresamente excluido del ámbito de aplicación de la ley de medios de pago. En consecuencia, la prestación del Servicio de Cobro se encuentra regulado por las normas generales que permiten a cualquier prestador de servicios prestarlos libremente y en competencia en toda España.

Por ello, numerosas autoridades de competencia han emitido informe aclarando que, aunque el Servicio de Cobro sea un servicio conexo a la gestión de un área SER (el Servicio de Gestión), es un servicio distinto porque puede ser prestado libremente y en competencia por múltiples prestadores al mismo tiempo. Además, han aclarado que, en la medida en la que el Servicio de Cobro no es más que un medio de pago alternativo en las áreas SER, el mismo no puede ser calificado como un servicio público (...).

¹⁷ Según el cual, «Conviene excluir los servicios financieros del ámbito de aplicación de la presente Directiva dado que estas actividades son objeto de una legislación comunitaria específica con el objetivo de realizar, como la presente Directiva, un auténtico mercado interior de servicios. Por consiguiente, esta exclusión se refiere a todos los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros, incluidos los reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos, de asesoría sobre inversión y, de forma general, los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio».

¹⁸ Como hace LORAS, «¿Apparcamos? Libre prestación y competencia entre servicios de cobro mediante Apps en áreas de estacionamiento regulado», *Revista de Estudios Locales*, núm. 275, 2024.

¹⁹ Como evidencia la Sentencia de 7 de noviembre de 2018, asunto C-171/17, Comisión Europea v. Hungría analizando precisamente las restricciones a la prestación de dicho servicio en Hungría bajo el artículo 56 TFUE.

²⁰ LORAS, L. (2024), «¿Apparcamos?...», *op. cit.*, pp. 44-45.

A la vista de ello, merece la pena que nos detengamos en los distintos pronunciamientos de las Autoridades de Competencia sobre esta cuestión.

En primer lugar, la Autoridad Catalana de la Competencia tuvo ocasión de analizar esta cuestión en el año 2016, concretamente, en su Informe de 17 de junio de 2016, en el que alcanzó las siguientes conclusiones:

«Primera. Conviene distinguir el servicio de gestión de las áreas de aparcamiento reguladas del servicio de gestión del pago o cobro para aparcar en estas zonas.

Segunda. En el ámbito del servicio de gestión del pago o cobro para aparcar en zonas reguladas, no se observa ningún impedimento para que diferentes empresas ofrezcan concurrencialmente este servicio. Apostar por la opción multioperador (es decir, múltiples proveedores prestando este servicio) se concibe como beneficiosa en términos de competencia. Por el contrario, adjudicar a un único agente el ofrecimiento de este servicio implica una restricción de la competencia, ya que se imposibilita la rivalidad entre operadores (eliminación de la competencia en el mercado), circunstancia que podría comportar perjuicios significativos para las arcas públicas, como restringir innecesariamente las opciones de los usuarios del servicio.

Tercera. En el supuesto de que se opte por concurrencia de diferentes operadores en el mercado (alternativa más favorable en términos de competencia), es necesario, adicionalmente, que los poderes públicos actúen de manera equitativa respecto a los diferentes operadores».

Dos años después, en la Resolución de 19 de diciembre de 2018 (expediente 79/2016), la Autoridad Catalana de la Competencia volvió a incidir en la misma cuestión en su Informe de 17 de junio de 2016, donde se afirma que,

«A diferencia del servicio público de gestión del estacionamiento regulado en un municipio, el servicio de la gestión del pago vía *app* del estacionamiento regulado puede ser prestado en régimen de competencia por una multiplicidad de operadores. En este sentido, es necesario hacer referencia al documento de la ACCO OB 25/2016 – Servicios de pago por móvil de las áreas de aparcamiento reguladas, publicado en la web de la ACCO <http://acco.gencat.cat/>, donde se efectúan una serie de consideraciones relativas a la prestación en régimen de concurrencia de los servicios de pago por teléfono móvil en las zonas de aparcamiento reguladas. Asimismo, el TCDC de la ACCO, en la Resolución de 4 de octubre de 2017 del expediente MC/8/2017, Aparcamiento en Sant Joan Despí y en la reciente resolución de 30 de noviembre de 2018, expediente nº 97/2018], Plataforma “Dónde aparcar por minutos” (BSM) [a la que se hará referencia a continuación], ha manifestado que el servicio de gestión del pago del estacionamiento regulado se puede configurar de manera independiente al servicio de gestión del área de estacionamiento regulado y que, desde el punto de vista de la aplicación del derecho de la competencia, es recomendable que sea ofrecido concurrentemente por varias empresas que operen en este mercado (Fundamento jurídico tercero)».

En esta Resolución, se acuerda poner fin mediante terminación convencional al expediente sancionador tiene lugar entre la Autoridad Catalana de la Competencia y la empresa municipal que había sido denunciada por vulnerar la legislación de defensa de la competencia. La conducta denunciada había consistido en otorgar por la vía de un contrato público, de forma exclusiva, el servicio de pago por App móvil a una única empresa. No obstante, el hecho de que el procedimiento sancionador finalizase por terminación convencional no implica que dicha práctica no supusiera una infracción de la LDC. Más bien al contrario, si se acuerda una terminación convencional, ex. art. 52 LDC, es porque efectivamente se considera que se ha cometido una infracción de la legislación de la competencia por parte de la empresa municipal,

así como del Ayuntamiento que está detrás de ella y que, a través de una licitación pública, ha otorgado a dicha empresa dicho derecho exclusivo.

También la Autoridad Catalana de la Competencia, en su Resolución de 30 de noviembre de 2018 (expediente 97/2018), mostró la misma postura, declarando lo siguiente tras citar, nuevamente, su Informe de 17 de junio de 2016:

«Enlazando con lo que se acaba de decir, hay que resaltar que, desde un punto de vista de la competencia, es recomendable que el servicio de gestión del pago del estacionamiento regulado sea ofrecido concurrencialmente por diferentes empresas que operen en este mercado. En efecto, el diseño del concurso no presentaría problemas desde la óptica de la defensa de la competencia si se permite que varias *apps* de operadoras diferentes actúen en dicho mercado y que los mismos compitan en igualdad de condiciones. Así, con la opción multioperador, es decir, con la concurrencia de múltiples proveedores prestando este servicio, se promueve la competencia, hecho que resulta beneficioso para los consumidores y usuarios, a la vez que la rivalidad entre competidores provoca presiones competitivas que se traducen en mayor oferta, mayor innovación, menores precios, etc.».

Por medio de esta Resolución la Autoridad Catalana de la Competencia archiva la denuncia que se interpone contra la conducta de la empresa municipal BSM del Ayuntamiento de Barcelona, pero ha de reseñarse que este supuesto difiere mucho del anteriormente comentado y resuelto por medio de la Resolución de 19 de diciembre de 2018. En este resulta justificada la negativa a incoar un expediente sancionador, pues la empresa pública había ofrecido, mediante licitación, un contrato para desarrollar los servicios de desarrollo, implantación, migración, puesta en marcha, formación y apoyo a la operación de la plataforma electrónica denominada «Dónde aparcar por minutos», que iba a ser utilizada para gestionar el estacionamiento en el municipio (zona azul, zona verde, las zonas de carga y descarga, etc.). La denuncia se archiva por el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato exigía que el diseño de la plataforma tecnológica tendría que permitir que varias aplicaciones móviles ofrecieran el servicio de cobro de estacionamiento regulado, poniendo de manifiesto la Resolución que el hecho de que BSM disponga de aplicaciones propias para el pago del estacionamiento mediante Apps móviles no implica una infracción de las normas de competencia, a salvo de las puntualizaciones expresadas en la Resolución sobre la obligación de BSM de dispensar un trato equitativo y no discriminatorio a otras aplicaciones que, por su interés, se extractan:

«Además debe significarse que el hecho de que BSM disponga de aplicaciones propias para el pago del estacionamiento mediante el móvil tampoco implica, a priori, una infracción de las normas de competencia, siempre, claro está, que todas las *apps*, tanto las de titularidad municipal como las privadas, puedan competir en igualdad de condiciones. En este sentido, es determinante que los diferentes operadores que participen en la referida plataforma por medio de su respectiva aplicación informática lo puedan hacer con plenas condiciones de igualdad, de manera que ni el sistema para seleccionar las diferentes *apps* podrá comportar restricciones a la competencia, ni BSM podrá dispensar un trato no equitativo a los diferentes operadores, los cuales tendrán, por ejemplo, que disponer de una misma visibilidad en el mobiliario urbano o en la web oficial. En definitiva, las restricciones a la competencia se podrían generar a partir de otras actuaciones de BSM en el futuro, como se ha dicho, si BSM no permitiera la competencia entre los diversos proveedores de sistemas de pago móvil con la imposición de una única aplicación que ofreciera

el servicio, que estableciera requisitos para operar limitativos de la competencia o que, aunque existieran diferentes aplicaciones, no pudieran competir en igualdad de condiciones por la actuación de BSM.»

Es decir, la Autoridad de la Competencia de Cataluña archiva la denuncia porque de la redacción de los Pliegos que han de regir el contrato no se desprende *per se* ninguna práctica o exigencia que pueda ser contraria a las normas de competencia. Pero sí matiza que ello no implica que la actuación posterior de la empresa de titularidad municipal pueda ser restrictiva de la misma si no se dan las condiciones señaladas en la Resolución²¹.

Asimismo, otras Autoridades de Competencia también coinciden en que el servicio de cobro por el estacionamiento en zonas SER mediante Apps móviles es un servicio conexo, pero distinto y diferenciable, del servicio de gestión el «servicio público» de gestión de estacionamientos, frente al que debe prestarse en régimen de libre competencia.

Así lo expresó la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana en su Informe de 24 de julio de 2018, sosteniendo que

«De la normativa de régimen local que establece el servicio de estacionamiento regulado y la tasa por la utilización privativa del dominio público local, así como el desarrollo reglamentario mediante las respectivas Ordenanzas Fiscales que regulan en cada municipio la tasa por estacionar en viario público, no cabe inferir que el sistema de cobro mediante dispositivo móvil esté incluido en el servicio público de gestión de las áreas de aparcamiento regulado. Sirva como ejemplo de ello el que, en las Ordenanzas Fiscales que establecen los respectivos Ayuntamientos para regular la prestación del estacionamiento regulado en vía pública, las tarifas o tasas por la prestación de este servicio no incluyen el coste de la aplicación digital que las empresas que utilizan esta tecnología cobran al usuario. En el servicio de pago mediante dispositivo móvil, el usuario se registra y descarga gratis la aplicación y la empresa repercute al usuario un coste adicional al pago de la tasa de aparcamiento por usar la aplicación, un coste que el usuario paga directamente a la empresa y que no forma parte de la tarifa que ingresa la Corporación Local. Es un sistema similar al coste que las plataformas digitales de venta de entradas de cines y otros espectáculos repercuten al usuario por la compra de entradas a través de la plataforma.

Mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado es un servicio público que han de prestar los municipios, tal y como se desprende con claridad de la normativa citada en el apartado anterior de este Informe, este carácter público no concurre en los servicios alternativos de gestión de cobro. El servicio alternativo de cobro mediante tecnología de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente no tiene carácter de servicio público, no reúne las notas o principios que caracterizan el régimen jurídico de los servicios públicos como su cobertura universal, su vinculación al interés general, su carácter indispensable y la necesaria continuidad en la regularidad de la prestación o la igualdad de trato a los ciudadanos en las con-

²¹ Lo que posteriormente sucedió, como ilustra el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de julio de 2019 (rec. núm. 306/2019) que estimó el recurso de apelación interpuesto por EasyPark España SLU contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 11 de Barcelona, de fecha 28 de enero de 2019, pronunciándose a favor de la inclusión de EasyPark en la plataforma de BSM como medida cautelar frente a la decisión injustificada de BSM de licitar el acceso a la misma para que terceros operadores del servicio de cobro pudieran prestarlo, limitando dicho acceso a cuatro operadores, y sin que las aplicaciones propias de BSM tuvieran que concurrir a dicha licitación, teniendo por tanto la prestación de dicho servicio garantizada, a diferencia del resto.

diciones de prestación a los usuarios. De modo que la App EasyPark no es un servicio público, es simplemente una nueva herramienta tecnológica que incrementa las posibilidades de elección del usuario para pagar el estacionamiento en la vía pública.»

Y, en base a lo anterior, alcanza la siguiente conclusión:

«Por ello, mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado, por su propia naturaleza de servicio público, es prestado por los municipios (ya sea en régimen de gestión directa o de gestión indirecta), el servicio de cobro alternativo mediante tecnología de aplicación móvil puede ser prestado por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente como sucede en algunos territorios.»

En la misma línea se pronunció, dos años después, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, por medio del Dictamen de 3 de junio de 2019:

«Mientras que el servicio de gestión de las zonas de estacionamiento regulado es un servicio público que han de prestar los municipios, tal y como se desprende con claridad de la normativa citada en apartados anteriores, este carácter público no concurre en los denominados servicios alternativos de gestión del cobro. El servicio alternativo de cobro mediante tecnología de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente carece de este carácter al no reunir las notas o principios que caracterizan el régimen jurídico de los servicios públicos como su cobertura universal, su vinculación al interés general, su carácter indispensable y la necesaria continuidad en la regularidad de la prestación o la igualdad de trato a los ciudadanos en las condiciones de prestación a los usuarios, siendo únicamente una herramienta tecnológica, un servicio complementario, alternativo o sustitutivo, pero en todo caso diferenciado del medio de pago en metálico en parquímetros, con tarjeta bancaria o tarjeta de recarga del servicio público de gestión de las zonas ORA y que amplía las posibilidades de elección del usuario a la hora de proceder al pago por el estacionamiento en la vía pública.

En consecuencia, la implantación del pago del servicio mediante tecnologías de aplicación móvil y otros servicios de movilidad inteligente, puede llevarse a cabo tanto por el mismo operador que lleva a cabo la gestión de las zonas de estacionamiento regulado, ya se trate de una empresa municipal o de un operador privado en régimen de concesión, como por otros operadores. Por lo tanto, no es imprescindible que dicho servicio de cobro digital se incluya entre las prestaciones que realiza exclusivamente el operador que gestiona el aparcamiento regulado en el municipio.»

Asimismo, tanto la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana por medio del Informe citado anteriormente, como el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León a través del Dictamen al que se acaba de hacer referencia, han reconocido el derecho de los operadores privados que prestan el servicio de cobro mediante Apps móviles a la «interconexión» al sistema del gestor, pues no hacerlo restringiría la competencia en este sector. En este sentido, el mencionado Informe de la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana concluye realizando la siguiente recomendación a los órganos de contratación:

«2. En relación con las condiciones de prestación del servicio de cobro mediante tecnología móvil del estacionamiento regulado, las Corporaciones Locales deberían facilitar que distintos operadores en régimen de libre competencia puedan prestar ese servicio por ser esta la opción más favorable a la competencia. Esto supone permitir el acceso a la plataforma (open data) al nuevo operador u operadores que lo soliciten, para que dispongan de los elementos necesarios para prestar este sistema alternativo de cobro a los usuarios, con independencia de que la gestión del aparcamiento en el respectivo municipio se realice por gestión directa (con una empresa municipal) o indirecta (mediante un concesionario externo).»

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, en el Dictamen mencionado, incide en la misma conclusión:

«Dado que nos encontramos ante un sistema de pago, que tal y como ha quedado asentado anteriormente se encuentra desvinculado del servicio público, y que es prestado por operadores privados, de difícil cobertura por la legislación de Contratos del Sector Público, los criterios de homologación instaurados por el Ayuntamiento deberían ser no discriminatorios, proporcionales y abiertos a la propia decisión de los operadores homologados de operar o no en dicho ámbito. En este sentido, además, desde el punto de vista técnico, se entiende que es posible permitir a los operadores alternativos del servicio de cobro mediante dispositivos móviles el acceso a la interfaz en los sistemas propios del adjudicatario-concesionario, donde se encuentre la información necesaria para la gestión del servicio de cobro mediante dispositivos móviles, asegurando así la conexión entre el operador que presta el servicio de gestión del estacionamiento regulado y otros operadores que gestionen servicios de cobro alternativos, para que estos lleven a cabo el cobro del correspondiente estacionamiento.»

Finalmente, también es preciso hacer referencia a la Resolución de 28 de febrero de 2019 (expediente SAMAD/03/16), de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que archivó la denuncia presentada contra el Ayuntamiento de Madrid por integrar en el contrato de concesión del servicio de estacionamiento regulado, como una prestación más, el servicio de pago mediante App móvil. En esta Resolución la CNMC señala que en el supuesto analizado el Ayuntamiento de Madrid no actuaba como oferente, sino como demandante de servicios de gestión del estacionamiento, motivo por el cual se archivó la denuncia al no resultar aplicable la LDC en este caso por no ejercer el Ayuntamiento la actividad económica en cuestión. Así lo expresó la CNMC:

«Hay que partir de considerar que el Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que ha descartado la prestación directa del servicio de estacionamiento regulado a través de una entidad pública, no actúa como proveedor de servicios en los mercados señalados sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación para el cumplimiento de un servicio cuya prestación tiene encomendada. El Ayuntamiento es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, un “órgano de contratación” o “poder adjudicador” de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid.

Las autoridades de competencia ya se han pronunciado anteriormente en este sentido. Así, la CNC, en su resolución de 31 de agosto de 2010, S/0272/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, señala que una sociedad pública creada por el Ayuntamiento de San Sebastián, la Diputación Foral de Guipúzcoa y el Gobierno Vasco, al convocar un concurso público para la licitación de la contratación de los servicios de ingeniería para la realización de un proyecto tecnológico, “no actúa como oferente, sino como demandante de servicios de ingeniería, mercado en el que indudablemente puede afirmarse que no ostenta posición de dominio y, por consiguiente, tampoco puede llevar a cabo una explotación abusiva de esa posición”.

Y, conforme a lo anterior, la CNMC concluye del siguiente modo:

«En todo caso, al no participar el Ayuntamiento de Madrid en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, no es posible poder apreciar una posición de dominio del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App. No cumpliéndose esta condición, no es necesario entrar a valorar los abusos denunciados.»

No obstante, y pese a no entrar a valorar los abusos denunciados por dirigirse la denuncia contra el Ayuntamiento de Madrid —al que la CNMC considera que no resulta de aplicación la LDC en este supuesto—, al analizar el contenido del contrato de concesión la Comisión sí señala y reconoce que el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App ha de poder ser prestado libremente por operadores terceros, haciéndose eco para ello de la Resolución 97/2018 de la Autoridad Catalana de la Competencia analizada anteriormente:

«Así, mientras que el servicio de estacionamiento regulado debe ser prestado por los municipios, ya en régimen de gestión directa, ya a través de instrumentos de gestión indirecta, el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App puede ser prestado también por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente. De lo contrario, ante la falta de competencia entre operadores, podrían incrementarse los precios para los usuarios, limitarse la innovación o perjudicar las posibilidades recaudatorias de la tasa del servicio de estacionamiento regulado al disminuir las opciones de elección de los usuarios en el sistema de pago. En esta línea se ha pronunciado la Autoridad Catalana de la Competencia en su resolución de 30 de noviembre de 2018 (expediente nº 97/2018, PLATAFORMA “DÓNDE APARCAR POR MINUTOS”).»

A esta misma postura había llegado un año antes el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón en dos Acuerdos de fecha 11 de mayo de 2018 en los que se resolvían sendas denuncias contra la licitación, por parte de los Ayuntamientos de Zaragoza y Huesca, respectivamente, de dos contratos de estacionamiento regulado en los que se trataba de incluir la prestación del servicio de pago por App móvil dentro del servicio de estacionamiento regulado. Concretamente, en el Acuerdo sobre el contrato del Ayuntamiento de Zaragoza, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón expresó esta conclusión en los siguientes términos:

«De lo expuesto hasta aquí se deduce que la presunta actuación colusoria del Ayuntamiento de Zaragoza tiene su razón de ser en la licitación del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamientos regulados en la ciudad de Zaragoza, dicha licitación es realizada por el Ayuntamiento en ejercicio de su ius imperio como poder adjudicador de un contrato público, en ejercicio de sus potestades administrativas otorgadas por el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto concreto y recogidas fundamentalmente en el anterior fundamento, y no como operador económico o competidor en el mercado. Por todo ello, puede concluirse que en tanto que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha estado actuando como operador económico en los hechos denunciados, sino en ejercicio del ius imperio, no le resulta aplicable la prohibición del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la licitación y adjudicación por parte del Ayuntamiento de Zaragoza del contrato de concesión de gestión del servicio público de estacionamiento regulado en la ciudad de Zaragoza.»

La postura del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón relativa a la imposibilidad de aplicar la LDC a la Administración cuando actúa como poder público y no como operador económico —posteriormente asumida por la CNMC— fue conocida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 445/2023, de 30 de marzo de 2023 (rec. cas. 6491/2021), que en su F.D 5º admite que:

(i) al redactar los Pliegos los Ayuntamientos: «debe[n] atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala»; que,

(ii) en caso de no hacerlo su actuación «debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo» (y no a las autoridades de competencia por la vía de un procedimiento sancionador); pero que

(iii) no obstante, en el caso concreto dicho control no procedía porque la «configuración de la concesión no implica[ba] per se la creación de barreras o restricciones a la competencia ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación al mercado del servicio de pago del estacionamiento mediante dichas tecnologías y aunque hubiera sido conveniente una mayor especificidad y claridad, cabe entender que en la medida que no incorpora expresamente la exclusividad en favor de la adjudicataria en relación con dicho servicio de pago mediante *app*, ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del servicio de estacionamiento discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio».

En definitiva, las Autoridades de Competencia tienen posturas parcialmente divergentes, pues, por un lado, mientras que la CNMC y el Tribunal de Defensa de la Competencia Aragón, pese a reconocer que la inclusión del servicio de pago mediante Apps dentro de las prestaciones que integran los contratos de gestión de las zonas SER es una práctica restrictiva de la competencia, consideran que ello no infringe la LDC; mientras que, por otro lado, la Autoridad de Competencia de Cataluña y la Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana sí consideran que tal inclusión puede considerarse una conducta infractora de las normas de defensa de la competencia. En nuestra opinión, dicha discrepancia ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la comentada Sentencia 445/2023, concluyendo que en la redacción de los pliegos cualquier restricción injustificada a la prestación del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles está sometida «tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia», si bien, al tratarse los mismos de un acto administrativo, el Tribunal Supremo considera que el control procedente es el de la vía administrativa y contencioso-administrativa, no pudiéndose cuestionar a través de un procedimiento sancionador en materia *antitrust*²².

A propósito de la Resolución de la CNMC a la que se ha hecho referencia, J. ORTEGA²³ critica con acierto la postura de la CNMC de excluir a la Administración del ámbito de aplicación de la LDC por actuar como poder público y no como operador económico: «esta solución de no declarar la infracción del Derecho de la competencia por parte de los municipios es, en nuestra opinión, claramente desacertada. El dato de que la Administración no actúa como operador económico sino en ejercicio de sus competencias públicas no es un obstáculo para que pueda ser declara-

²² Esta limitación de la vía de impugnación puede ser cuestionable desde un punto de vista de la efectividad del Derecho antitrust, particularmente en atención a la brevedad de los plazos previstos para impugnar pliegos y la falta de sanción económica que acarrea la vía administrativa o contencioso-administrativa (más allá de los efectos anulatorios que le son propios). En un sentido favorable a que la vía sancionadora de la LDC pueda ser también hábil para depurar estas irregularidades de los Pliegos se pronunció el voto particular a la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 al que seguidamente aludiremos.

²³ ORTEGA, J. (2019), *Las aplicaciones de pago del estacionamiento regulado en las zonas verdes o azules de las ciudades y la defensa de la libre competencia*, Almacén de Derecho

da su infracción de la legislación de defensa de la competencia. Sirven de precedente a esta solución las Resoluciones de la propia CNC: la Resolución de 6 de octubre de 2011, (Expt. S/0169/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez) y la Resolución de 27 de septiembre de 2013, (Expte. S/013/10, Puerto de Valencia). La primera de ellas fue impugnada, y posteriormente declarada conforme a derecho por el propio Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 2016, RJ/2016/4363)».

En la misma línea se pronunció el voto particular que formula la consejera María Pilar Canedo Arrillaga en la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la CNMC anteriormente analizada, por su claridad expositiva y por poner de manifiesto las dudas compartidas por nosotros. En primer lugar, la profesora Canedo señala que,

«No solo es la Ley de contratos del Sector Público la que condiciona la actuación de las Administraciones. En el ordenamiento jurídico español no cabe poner en duda que el ejercicio de una potestad pública no exime a la Administración del cumplimiento de la legalidad.»

Para, tras realizar la anterior puntualización, expresar lo siguiente:

«Cuando la Administración toma la decisión de prestar un servicio por medio de un contrato público, la Ley de contratos del Sector Público establece una serie de obligaciones procedimentales complejas que, como veíamos, tienen el objetivo de garantizar los principios de transparencia para “conseguir una mejor relación calidad-precio”.

Al tomar la decisión de realizar un contrato abierto para la prestación del servicio, el Ayuntamiento se constituye, precisamente, en la entidad que tiene capacidad para determinar las condiciones en que las empresas adjudicatarias van a prestar el servicio a los ciudadanos. Al ser precisamente la administración quien tiene la capacidad de determinar de manera unilateral las condiciones de prestación del servicio en el mercado, tal como se reconoce en la resolución de archivo, la administración debe hacerlo en condiciones de eficiencia. Tal como reconoce igualmente la resolución, la creación de barreras de entrada en la prestación del servicio debe estar basada en razones de eficiencia y protección de razones de imperioso interés general y las barreras de acceso a la plataforma integral de pagos móviles no resultan necesarias para proteger razón alguna de interés general ni tienen por tanto justificación.

Es decir, la administración es, precisamente, quien ostenta la aptitud para generar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado en el sentido definido por el Tribunal Supremo en la Sentencia Vinos de Jerez y su actuación debe ser analizada desde la perspectiva de la LDC.»

Y, en base a lo anterior, concluir que:

«Ayuntamiento está sometido a la aplicación de la normativa de competencia para garantizar la máxima ventaja para el interés general.

Empleando las palabras que usó en el supuesto mencionado el Tribunal Supremo, en este caso, como en el que sirve de base a la Sentencia mencionada, la administración “desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia” por lo que la normativa de defensa de la competencia debe resultar de aplicación.»

En definitiva, considera la consejera que aunque la Administración no actúe como operador económico cuando recurre a la gestión indirecta para prestar el servicio de gestión de zonas SER, al ser esta la que determina las condiciones en las que se habrá de prestar el servicio a través de las cláusulas de los Pliegos que rigen estos contratos públicos, la Administración cuenta con aptitud para generar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia, pudiendo desempeñar un papel relevante en la perturbación de la competencia del servicio de pago mediante Apps.

Esta interpretación, que —insistimos— es la que nos parece correcta, es la que por otra parte mejor se ajusta a la jurisprudencia del TJUE en materia de prácticas *antitrust* en las que potencialmente puede participar la Administración como poder adjudicador²⁴.

3.2. El pago mediante *Apps* como prestación «accesoria» de los contratos de gestión de zonas SER

Conforme lo hasta ahora expuesto, el cobro mediante *Apps* por la utilización de las áreas SER constituye una prestación diferenciable de las prestaciones propias de los contratos de gestión de las mismas y que, además, está liberalizada. Es decir, el servicio de cobro mediante *Apps* por la utilización de las zonas SER no es una prestación que se subsuma en las que comprende el servicio público de estacionamiento al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL.

La consecuencia que se deriva de dicho carácter de prestación diferenciable y liberalizada consiste en que su exigencia o regulación por los Pliegos reguladores de este tipo de contratos habrá de contemplarse, todo lo más, con carácter «accesorio», pues no es una prestación propia del servicio público cuya gestión indirecta se desea contratar y, por tanto, los Municipios no pueden disponer, entendiendo el término en el sentido de regular, de esta prestación en su condición de órganos de contratación.

Por consiguiente, los Pliegos podrán contemplar esta prestación específicamente, pero al tratarse de una prestación «accesoria» de la principal o principales que constituyen el servicio de gestión de las zonas SER, no podrán restringirla ni regularla de forma que se limite el libre acceso a la misma de otros operadores distintos al gestor del servicio, como pudiera ser —según veremos seguidamente— exigir su gratuidad mediante cláusulas que prohíban a los operadores que ofrecen este tipo de prestación cobrar cualquier tipo de comisión a los usuarios por utilizar sus *Apps* como medio de pago.

En este sentido, y respecto al carácter accesorio de la prestación de cobro mediante *Apps*, se han pronunciado los Tribunales de Contratos Públicos en diferentes

²⁴ El TJUE es favorable a esta posición, en el sentido de que, a la postre, lo relevante no es la naturaleza pública o privada del ente, sino que actúe realizando una actividad económica, como operador de mercado. Así, por ejemplo, en la sentencia de 14 de diciembre de 1995 (caso Banchemo, as. C-387/93), en relación con la actuación de la *Anministrazione autonoma dei monopoli di Stato* («AAMS»), en la medida en que este ente actuaba como oferente de bienes y servicios en el mercado de la producción de tabaco. También en la sentencia TJUE (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 (as. C-49/07, *MOTOE* contra Estado griego), entre otras. Por otra parte, la STJUE Federación española de Empresas de Tecnología Sanitaria vs. Comisión, de 11 de julio de 2006 (as. C-205/03) permite concluir que un poder adjudicador está sometido al Derecho de la Competencia cuando adquiere bienes o servicios para prestar un servicio que tiene la consideración de actividad económica, como sería el caso de los servicios de cobro. Sobre esta jurisprudencia véanse los comentarios de CALVO CARAVACA, A.L., Y CANEDO ARRILAGA, M.P., en *Casos escogidos de derecho antitrust europeo*, Universidad de Deusto, 2008.

ocasiones. Al respecto, la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) declara lo siguiente:

«(...) Por otro lado, debe recordarse que el servicio de pago móvil gratuito es, en todo caso, una prestación accesoria respecto a la principal que, a diferencia de aquella, no se refiere a un servicio público legalmente atribuido al poder adjudicador.»

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) incidió en el carácter accesorio de esta prestación en su Resolución 139/2022, de 7 de abril²⁵, la cual se basa en buena parte de su fundamentación en la mencionada Resolución del OARC, señalando que

«El servicio de cobro mediante App debe considerarse como una prestación accesoria respecto a la principal (servicio de estacionamiento regulado), aunque no se refiera a un servicio público en sentido estricto.

Este Tribunal considera que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del contrato podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a licitadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación. Por consiguiente, si se cumplen dichas condiciones, no existe inconveniente en su inclusión en los pliegos como prestación accesoria.»

En definitiva, la prestación del servicio de cobro por la utilización de las zonas SER mediante Apps móviles no forma parte del servicio público de competencia municipal al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL y, por ello, los Pliegos reguladores de los contratos de gestión de zonas SER sólo podrán exigir a los licitadores la realización de esta prestación con carácter accesorio a las prestaciones principales del contrato, sin poder limitar o restringir, con carácter general, la prestación de este servicio por otros operadores económicos al tratarse de un servicio de pago liberalizado que excede de la competencia municipal.

3.3. Imposibilidad de exigir la gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps

Como acaba de apuntarse, y por exceder precisamente la prestación del servicio de cobro mediante Apps del servicio público municipal, los órganos de contratación de cada Municipio no podrán exigir a los operadores económicos que presten este servicio que lo hagan de forma gratuita.

Por las razones que veremos más adelante, y de forma limitada para proteger bienes jurídicos que puedan estar en juego (como información a los usuarios o la garantía de la interoperabilidad de los sistemas de cobro y control), los órganos de contratación podrán disponer en los Pliegos determinados aspectos de la prestación

²⁵ En el mismo sentido, la Resolución 140/2024, de 4 de abril, también del TACPM, que cita su Resolución 139/2022, de 7 de abril, a la hora de referirse al carácter accesorio de la prestación del servicio de cobro mediante App.

del servicio de cobro mediante Apps, sea la del gestor o la de terceros. Sin embargo, no pueden imponer que dicho servicio sea gratuito para los usuarios.

En primer lugar, es claro que no podrán exigir, de forma directa o indirecta, la gratuidad de tal servicio a los operadores económicos ajenos al gestor que cuenten con sus propias Apps de cobro y quieran implantarse en ese mercado. Tal imposibilidad deriva del hecho de que, como se expuso anteriormente, el servicio de cobro por la utilización de las áreas SER mediante Apps es un servicio de pago liberalizado. Ello implica que la Administración, o más concretamente los órganos de contratación a través de los Pliegos, no puedan imponer trabas ni obstáculos desproporcionados, discriminatorios y no justificados a la prestación de un servicio que legalmente se encuentra liberalizado.

El principio general que preside la interpretación de esta cuestión fue identificado certeramente por la antes citada STS núm. 445/2023, de 30 de marzo de 2023, al establecer que la regulación del servicio de cobro en los pliegos, como servicio accesorio o instrumental al de gestión de las zonas SER, *«debe interpretarse en un sentido favorable a que otros prestadores puedan participar en el mercado»*, por tratarse dicha actividad de un servicio liberalizado.

Entre otras consecuencias, ello impide que los Pliegos impongan la gratuidad del servicio de cobro a operadores terceros; y así lo han interpretado los Tribunales de recursos especiales en materia de contratación pública cuando han analizado Pliegos que conllevaban una imposición tal.

Es ejemplo de ello el Acuerdo del Tribunal Administrativo de contratos públicos de Navarra núm. 65/2023, de 5 de septiembre, afirmó que aunque la configuración del objeto de contrato es competencia del órgano de contratación, lo que permite la inclusión del servicio de cobro en la medida en que se trata una prestación accesorio o instrumental a la principal, las condiciones del servicio no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan una razón imperiosa de interés general ajustada a las prescripciones de los artículos 4 de la LRJSP, 84 bis de la LBRL, 5.c) y 9 de la Ley 17/2009 y de los arts. 5 y 17 de la LGUM, lo que en el caso no resultó acreditado. Junto a lo anterior, la citada resolución declara que la prohibición contenida en el Pliego en relación con el pago a través de móvil, que impedía cobrar al ciudadano más cuantía que la tasa limitando con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes del servicio de pago por móvil aun cuando estos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario, no resulta ajustada a Derecho,

«pues el pago por el uso de una *app* constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la *app*, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores ni tampoco a los propios usuarios; resultando, por ello, desproporcionada y carente de justificación.

(...)

Así pues, la prohibición que contiene el pliego de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualesquiera

aplicación móvil, y que se traduce en la imposibilidad de dichos operadores de cobrar por los servicios que prestan a través de sus Apps, no resulta ajustada a derecho; procedente, por tanto, la estimación en este punto de la reclamación interpuesta, así como la anulación de dicha previsión contenida en el pliego.»

Por su parte, la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi declara que,

«La alegación de que el cobro de comisiones por pagar la OTA es una exacción ilegal no prevista en la vigente Ordenanza Fiscal debe desestimarse. No puede calificarse como tal exacción fiscal la remuneración abonada por el usuario de una aplicación de pago móvil al operador económico que la explota, habida cuenta de que se deriva de una relación contractual entre sujetos privados, por lo que en absoluto tiene la condición de ingreso de derecho público y menos aún de tributo, por mucho que el concreto servicio de pago tenga por objeto, en este caso, satisfacer una tasa.»

Con mayor rotundidad se expresa la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este caso, el TACPM declaró la no sujeción a Derecho de la exigencia de gratuidad por la prestación de este servicio:

«La exigencia de gratuidad prevista en los pliegos, aparte de limitar la competencia, no hace sino limitar la capacidad de decisión de los usuarios del servicio de pago mediante *app* para móvil, ya que estos deben poder decidir si le resulta más interesante abonar una pequeña comisión por una *app* que le ofrezca mejores prestaciones que utilizar una gratuita (si bien el término gratuidad debe ser puesto en cuarentena, pues siempre lleva compensaciones del tipo cesión de datos, publicidad, etc.) que sea más acorde con sus intereses y necesidades.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso por este motivo, por considerar, por las razones expuestas, que la exigencia de gratuidad de la aplicación para el pago de las tasas mediante aplicativos móviles, no es ajustada a Derecho».

Sin embargo, la Resolución más contundente al respecto es el Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que cita las dos Resoluciones que acabamos de comentar para concluir que,

«Así las cosas, la cuestión a resolver es, como hemos apuntado, si la condición recogida en el pliego en el sentido de prohibir, en relación con el pago a través de móvil, que se cobre al ciudadano más cuantía que la tasa que establece la ordenanza fiscal limitando con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes derivados del servicio de pago por móvil aun cuando estos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario resulta ajustada a derecho; y ello en la medida en que tal previsión, cuando menos a priori, puede dificultar que proveedores que cuenten con aplicaciones que apliquen comisiones puedan participar en la licitación.

Pues bien, a juicio de este Tribunal la previsión en tal sentido contenida en el pliego no resulta ajustada a la legalidad, pues el pago por el uso de una *app* constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la *app*, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores ni tampoco a los propios usuarios; de forma que su inclusión en tales términos en el pliego resulta, por ello, desproporcionada y carente de justificación».

De las resoluciones extractadas se desprende que la exigencia de gratuidad de la prestación del servicio de cobro mediante Apps no es ajustada a Derecho por tres motivos fundamentales. En primer lugar, por restringir la libre competencia que ha

de regir en todo servicio liberalizado; en segundo lugar, por limitar la capacidad de decisión de los usuarios de este servicio, que deben poder escoger libremente la App por la que optan; y, en tercer lugar, por la propia naturaleza de la relación que surge entre el usuario y el operador que presta el servicio mediante su App, la cual es de Derecho privado y, por consiguiente, no puede ser limitada por los Pliegos, que regulan las relaciones dimanantes de un contrato público entre Administración y contratista, y que se rigen por el Derecho público.

Cuestión distinta es que el Pliego pueda exigir la gratuidad del servicio de cobro mediante la App del propio gestor, sin posibilidad de imponer a los usuarios ninguna comisión. Esta cuestión ha resultado más controvertida que la anterior, por cuanto alguna resolución ha amparado esta posibilidad en Derecho. Así lo hace la Resolución 140/2024, de 4 de abril, del TACPM, según la cual,

«En el ámbito propio de esta concesión no debe ser un tercero que se integra en un contrato de concesión quien establezca las condiciones que deben afectar al servicio público que se va a prestar, sino el propio órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento de Alcalá de Henares quien en base a sus necesidades y las de sus ciudadanos considera que debe aportarse desde el inicio de la contratación una *app* de pago que no conlleve coste para sus ciudadanos.»

A lo que añade, a modo de conclusión, lo siguiente:

«En conclusión, si bien se puede exigir a los municipios que en sus procedimientos de licitación del servicio de aparcamiento vigilado permitan la prestación del servicio de pago a través de *apps* para móviles que conlleven un coste directo para el ciudadano, no se puede obligar a ninguno de ellos a obviar la necesidad de que primeramente requieran la aportación de una *app* sin coste para los usuarios, siendo en todo caso una elección propia del municipio que en base a múltiples factores optar por una u otra forma de gestionar este servicio.»

Por tanto, en base a lo dispuesto por el TACPM, del mismo modo que un operador privado no puede establecer *«las condiciones que deben afectar al servicio público que se va a prestar»*, pues ello sería *«inmiscuirse en la gestión pública»* y tales condiciones han de ser establecidas por el órgano de contratación, a *sensu contrario* tampoco puede un órgano de contratación establecer las condiciones que deben afectar a un servicio de pago liberalizado sobre el que no ostenta competencia alguna para determinar si el mismo ha de ser de carácter gratuito o no, pues sólo podrá delimitar tales extremos respecto al contratista.

Pese a las anteriores afirmaciones, resulta sumamente discutible que el titular del servicio pueda lícitamente justificar e imponer conforme a la normativa sobre liberalización de servicios antes citada (arts. 84 *bis* LBRL y consonantes de la Ley 17/2009 y LGUM), y de acuerdo con el Derecho de la competencia²⁶, la imposición de una carga de tal naturaleza al gestor del servicio de estacionamiento.

En primer lugar, porque resulta equívoco hablar de gratuidad del dicho servicio, pues el gestor incurre en costes ciertos en su desempeño (que conllevan el pago de comisiones por la transacción e inversiones tecnológicas), lo que el propio TACPM

²⁶ LORAS, L., «¿Apparcamos?...» *op.cit.*, pág. 45, considera que esta obligación de gratuidad también es contraria a Derecho aportando sólidos argumentos desde el Derecho de la competencia.

ha reconocido en su Resolución núm. 139/2022 que antes citábamos, donde se afirmaba que «*el término gratuidad debe ser puesto en cuarentena, pues siempre conlleva compensaciones del tipo cesión de datos, publicidad, etc.*»); siendo además problemática la instrumentación de dicha «gratuidad» en un marco contable en el que el gestor ha de separar analíticamente sus costes de gestión del servicio público de los costes imputables a operaciones de mercado en los términos que impone la Ley 4/2007 que antes citábamos y que más adelante comentaremos en detalle (y que conllevaría una subvención cruzada del servicio de cobro a cargo del servicio público).

En segundo lugar, porque la exigencia de gratuidad del cobro mediante App al gestor conllevaría una ventaja competitiva frente al resto de operadores, lo que sin la justificación oportuna supondría una ruptura de los principios de adecuación, proporcionalidad, intervención mínima y no discriminación, como pusieron de relieve las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra núm. 65/2023, de 5 de septiembre y la núm. 119/2025 del Tribunal de Contratos del Sector Público de Cataluña antes comentadas. Ciertamente, la exigencia de gratuidad por la prestación de este servicio a los distintos operadores económicos que cuentan con sus propias Apps implicaría el carácter deficitario de su prestación —no pudiendo ampararse la exigencia de gratuidad en la posibilidad que ostentan estos operadores de obtener beneficios económicos por medio de otras vías como la publicidad—, lo cual beneficiaría únicamente al contratista y, por consiguiente, restringiría la libre competencia que ha de presidir el normal funcionamiento de un servicio liberalizado.

En tercer y último lugar, imposibilitaría a los operadores de servicios de cobro a concurrir, siquiera fuese en UTE con un gestor de estacionamientos, a las licitaciones en las que se impusiese la gratuidad para el usuario del cobro mediante la App del gestor, como la anterior Resolución 139/2022 del propio TACPM había puesto de manifiesto al afirmar que «*resulta evidente que la exigencia [de no poder el gestor de los estacionamientos cobrar a los usuarios que utilizan su App] limita la posibilidad de presentarse (por ejemplo en UTE) a una empresa cuya App incluya una comisión o que operadores económicos cuyas App sean de pago puedan participar en la gestión del pago de las tasas por este método*».

3.4. Obligaciones del gestor del servicio respecto de terceros operadores de Apps

Junto a lo anteriormente expuesto, han de tenerse en cuenta dos grandes obligaciones para los gestores del servicio de zonas SER respecto de los terceros operadores que ofrecen el servicio de pago mediante Apps que se derivan de cuerpos normativos diferentes, a las que nos referimos seguidamente de forma separada.

3.4.1. *Obligación de separar las cuentas del servicio de gestión de las del servicio de cobro*

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/11/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas, se llevó a cabo por medio de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas (en adelante, «Ley 4/2007»).

El artículo 1 de esta Ley regula el objeto de la misma, determinando su apartado segundo lo siguiente:

«2. Garantizar la transparencia en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión, por parte de las Administraciones públicas ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, cuando esta realice además otras actividades distintas de las anteriores, actúe en régimen de competencia y reciba cualquier tipo de compensación por el servicio público, así como imponer la obligación de llevar cuentas separadas y de informar sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados.»

Por consiguiente, el objetivo fundamental de esta Ley es el de evitar los abusos por parte de las empresas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos o se encuentren encargadas de la gestión de servicios públicos (o de servicios de interés económico general), que reciban cualquier tipo de compensación por la prestación de un servicio público y que realicen también otras actividades, como son los servicios financieros de cobro mediante Apps, que no forman parte del servicio público de gestión de las zonas SER, como se ha expuesto anteriormente. La Ley 4/2007 trata, en definitiva, de garantizar la transparencia financiera de las actividades que desarrollan estos operadores, que reciben recursos financieros derivados de una posición privilegiada (derechos especiales o exclusivos), como pueda ser su condición de contratistas de la Administración, para evitar su confusión o financiación cruzada con otros ingresos.

A los efectos de alcanzar dicho objetivo, en el Capítulo III de la Ley 4/2007 (artículos 8 a 13) se regulan las obligaciones de las empresas contratistas de la Administración (entre otras) que prestan servicios públicos para cuya gestión han recibido derechos exclusivos o especiales. Así lo dispone el artículo 8.1 de la referida Ley, que establece la definición de empresa obligada a llevar cuentas separadas:

«1. Una empresa estará obligada a llevar cuentas separadas, a los efectos de esta Ley, cuando las Administraciones públicas de ámbito estatal, autonómico o local le hayan concedido derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general, reciba cualquier tipo de compensación por gestionar ese servicio de interés económico general o explotar esos derechos especiales o exclusivos y lleve a cabo otras actividades.»

Partiendo de la obligación impuesta a estas empresas de llevar cuentas separadas, el artículo 11 de la Ley 4/2007, por su parte, regula los criterios de asignación e imputación de los ingresos y costes:

- «En la asignación e imputación de los ingresos y costes se tendrán en cuenta los siguientes criterios:
- a) Se identificarán cada una de las actividades realizadas por la empresa, con diferenciación, en cualquier caso, entre aquellas desarrolladas por concesión de derechos especiales o exclusivos o gestión de servicios de interés económico general y otras.
 - b) A cada actividad se le asignarán los ingresos y costes que le correspondan de forma exclusiva o directa y se imputarán con criterios racionales, los comunes a dos o más actividades.
 - c) La imputación de los ingresos y costes comunes se basará en criterios o indicadores lo más objetivos posibles y que se ajusten a las prácticas más habituales a este respecto en el sector en el que la empresa lleve a cabo su actividad, siempre con la orientación de que los ingresos y costes comunes imputados a cada actividad, estén adecuadamente relacionados.
 - d) De acuerdo con el principio de uniformidad, los criterios de asignación e imputación de ingresos y costes deberán establecerse y aplicarse sistemáticamente, manteniéndose de manera uniforme a lo largo del tiempo.
 - e) Se detallarán los criterios de asignación e imputación utilizados y, en caso de que por razones excepcionales y justificadas se llegaran a modificar dichos criterios, deberá darse cuenta de dichas razones, así como de la incidencia cuantitativa de dichos cambios, a tal fin se considerará que los cambios se producen al inicio del ejercicio».

Asimismo, el artículo 9 de la Ley 4/2007 impone a estas empresas la obligación de remitir la información sobre sus cuentas al órgano competente:

- «1. Cualquier empresa que esté obligada a llevar cuentas separadas remitirá a la Intervención General de la Administración del Estado, bien directamente, cuando se trate de una empresa a la que haya concedido el derecho especial o confiado la gestión del servicio de interés general una Administración pública de ámbito estatal, o bien por conducto del órgano competente de la Comunidad Autónoma o de la Entidad Local, cuando se trate de empresas a las que haya concedido el derecho especial o confiado la gestión del servicio de interés general una Administración pública de ámbito autonómico o local, respectivamente, dentro de los siete meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, un anexo de información que no formará parte de las cuentas anuales y que no será objeto de publicación.
2. La remisión de la información anterior a la Intervención General de la Administración del Estado se realizará a los solos efectos de evitar la dispersión de datos y facilitar a la Comisión Europea dicha información de manera agregada.
3. De común acuerdo entre los órganos competentes se desarrollarán los procedimientos de remisión de la información a la que se refiere el presente artículo.
4. El anexo al que se refiere el apartado 1 de este artículo contendrá la siguiente información:
 - a) Información separada sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades realizadas por la empresa, y
 - b) Información detallada sobre los métodos de asignación e imputación empleados».

No obstante, el artículo 13 de la referida Ley regula las exenciones a la obligación de remisión de información prevista en el artículo 9. En concreto, el apartado segundo de este artículo regula en la letra c) la siguiente exención:

- «2. Se exime de la obligación del artículo 9 de esta Ley a las siguientes entidades:
 - (...)
 - c) Las empresas a las que se les haya confiado la gestión de servicios de interés económico general y que cualquiera que sea la compensación recibida, esta se haya concedido, por un período apropiado, con arreglo a un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio».

En definitiva, y a la vista de la regulación prevista en la Ley 4/2007, es presumible que las empresas contratistas que prestan el servicio público de gestión de las zonas SER estarán, normalmente, exentas de la obligación de remitir la información sobre sus cuentas al órgano competente —esto es, la intervención— del municipio contratista (arts. 13 y 9). No obstante, sí les resulta de aplicación la obligación de llevar cuentas separadas conforme a los criterios de llevanza de la contabilidad analítica previstos en el artículo 11 de la Ley, desprendiéndose de tal obligación la necesidad de diferenciar los costes e ingresos derivados de la prestación del servicio de cobro por el estacionamiento en las zonas SER.

3.4.2. *Obligación de interconexión con otras Apps*

Otra de las obligaciones que han de cumplir los gestores de las áreas SER es la de permitir la interconexión de los operadores privados ajenos al contrato a su plataforma de gestión. Como antes dijimos al comentar la doctrina establecida por las autoridades de competencia, la independencia de los servicios de cobro de la gestión del servicio y el carácter liberalizado de los primeros, conlleva el libre acceso a la prestación de los mismos, lo que exige que el operador del servicio de estacionamiento permita el acceso e interconexión a la interfaz a los sistemas del contratista que opera el servicio (Informe de la Comisión de Defensa de la Competencia de Valencia, de 24 de julio de 2018; y Dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, de 3 de junio de 2019, entre otros).

En este sentido, no podría alegarse que la interconexión a la plataforma de los operadores privados por parte de operadores terceros del servicio de cobro pueda suponer un desequilibrio del contrato pues, más bien al contrario, la apertura a que terceros operadores puedan prestar el servicio de pago por Apps y, consiguientemente, el aumento de los medios de pago válidos, reduciría los costes en los que incurre el gestor —menor gasto en parquímetros, menos comisiones de tarjetas de crédito, reducción del gasto asociado a la recogida de monedas de los parquímetros, etc.— al mismo tiempo que mantiene sus ingresos. Esta misma idea, junto con otros beneficios que se derivarían de la interconexión efectiva a la plataforma del gestor de los operadores privados, ha sido apuntada con acierto por L. Loras²⁷, que señala que

«Además, ello garantizaría una mejor estabilidad presupuestaria y gestión eficiente de los recursos públicos de los Ayuntamientos. Y es que, al aumentar el número de Apps, y por tanto el uso de las áreas SER, estos podrían reducir la densidad de parquímetros, así como todo el coste asociado a su mantenimiento y recogida de metálico. De igual modo, un mayor uso de las áreas SER redundaría en mayor recaudación para los Ayuntamientos.

Por no hablar de la cantidad de datos que se generarían sobre los flujos de tráfico y estacionamientos. Datos que los Ayuntamientos podrían usar para diseñar mejores políticas públicas de movilidad, y los prestadores de Servicios de Cobro para facilitar información en tiempo real a sus usuarios de las zonas del área SER en las que disponen de plazas disponibles, ayudando con

²⁷ LORAS, L. (2024), *¿Apparcamos? op. cit.*, pp. 46-47.

ello a reducir el tráfico y la contaminación en las ciudades, y a los usuarios varias decenas (sino centenas) de litros de combustible cada año.»

Por consiguiente, los Pliegos deberán prever la obligación del gestor del servicio de zonas SER de interconectar a su plataforma a los operadores privados que presten el servicio de pago mediante Apps móviles, y no obstaculizar mediante exigencias o barreras económicas o técnicas dicho acceso.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

4.1. Vinculación de los órganos de contratación a la normativa de competencia: alcance y formulación del principio en relación con los servicios de cobro mediante *Apps*

El artículo 1 de la LCSP regula el objeto y la finalidad de la misma, estableciendo su apartado primero que la «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar (...) la salvaguarda de la libre competencia».

Por consiguiente, la contratación pública no es ajena a las normas sobre competencia, las cuales habrán de ser respetadas por los órganos de contratación a la hora de redactar los Pliegos que habrán de regir los contratos públicos que liciten. No se trata, por tanto, de dos esferas del ordenamiento jurídico separadas herméticamente, pues la contratación pública queda vinculada a las normas de competencia. La propia LCSP contiene previsiones específicas en orden a la preservación de la competencia en los procedimientos de licitación. Así, por ejemplo, se contempla la obligación de poner a disposición de la CNMC una mayor información en materia de contratación pública (por ejemplo, se remitirá a la misma copia del informe de supervisión que en la materia ha de enviarse cada tres años a la Comisión Europea). Por su parte, el art. 132.3 de la LCSP prevé que el órgano de contratación deba comunicar a la CNMC cualquier hecho o indicio que pudieran ser contrarios a la libre competencia en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Especialmente destacable resulta, además, la regulación que realiza el art. 150.1 de la LCSP del procedimiento que pueden iniciar las mesas de contratación al dar traslado, con carácter previo a la adjudicación del contrato, de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación a la autoridad de competencia correspondiente para que estas califiquen la conducta advertida, con las consecuencias previstas en dicho precepto y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia²⁸.

²⁸ La preocupación y la actividad de las autoridades de competencia autonómicas por esta materia es creciente, lo que llevó a la CNMC a aprobar una «Guía a los Órganos de Contratación Pública para

En este orden de consideraciones, resulta especialmente ilustrativa la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, del OARC, ya mencionada con anterioridad, a la que volvemos en este punto por la claridad de su exposición respecto a la vinculación de los órganos de contratación a las normas sobre competencia, y que justifica la extensión de la cita:

«Es doctrina reiterada de este Órgano que el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su clausulado del modo que estime más adecuado para garantizar el interés general que, por definición, es el fundamento de cualquier contrato público, sin que los operadores económicos tengan derecho a exigir que el contrato se configure del modo más beneficioso para sus intereses (ver, por todas, su Resolución 139/2019). No obstante, esta potestad discrecional no carece de límites que la constriñen y la diferencian de la arbitrariedad; entre otros, y por lo que al asunto analizado se refiere, es relevante el coto a la discrecionalidad que supone el respeto a los principios generales de la contratación pública establecidos en el artículo 1.1 de la LCSP, en particular, los de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación y, muy singularmente, la salvaguarda de la libre competencia, el cual puede considerarse como una faceta o especificación de los dos anteriores. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que las Directivas de contratación pública “... tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de la competencia efectiva” (ver el apartado 26 de la STJUE de 3/3/2005, C-21/03, ECLI:EU:C:2005:127); asimismo, la Directiva 2014/24/UE, parámetro interpretativo obligado de la LCSP, que es la norma que la incorpora a nuestro Ordenamiento, establece en el segundo párrafo de su artículo 18.1 que “La contratación no será concebida con la intención (...) de restringir artificialmente la competencia”, añadiéndose que “Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.” Por su relevancia para el objeto de la impugnación, es importante recordar que por “operador económico” debe entenderse cualquier persona física o jurídica o agrupación de ellas que ofrezca servicios en el mercado, aunque no sea “licitador” o “candidato” en un procedimiento de adjudicación (ver los apartados 10, 11 y 12 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, la restricción artificial de la que habla la Directiva no se produce únicamente cuando su efecto es dañar o favorecer ilegítimamente a las empresas que desean obtener el contrato, sino que puede consistir también en la inserción de cláusulas que obstaculizan la libre prestación de servicios a operadores económicos distintos del adjudicatario de dicho contrato o de los licitadores o candidatos en él interesados. De hecho, incluso la decisión misma de que un servicio sea prestado únicamente por un concreto operador, seleccionado en el correspondiente procedimiento de adjudicación y con exclusión de sus competidores en el mercado (“competencia por el mercado”), en lugar de permitir que los usuarios elijan libremente entre todas las empresas que actúan en dicho mercado (“competencia en el mercado”), puede ser contraria a la libre prestación de servicios por no ser, entre las disponibles, la opción más favorable a la libre competencia (ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28/11/2018, nº de recurso 193/2015, ECLI: ES.AN.2018:5245)».

En la misma línea, de forma más concisa, el TACPM señala esta vinculación en su Resolución 139/2022, de 7 de abril de 2022, también citada anteriormente:

«Vistas las alegaciones de las partes, conviene destacar que en el ámbito concreto de la contratación pública, cuya regulación viene determinada por el marco de la Unión Europea, las sucesivas

la remisión de indicios de conductas contrarias a la competencia» en febrero de 2024 (<https://www.cnmc.es/guia/competencia-contratacion-publica>).

reformas de las Directivas europeas y sus normas de transposición han venido potenciando la aplicación de principios de competencia efectiva junto a otros de no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos, publicidad, transparencia y eficiencia en el gasto público, a las que deben atenerse los entes adjudicadores».

También esta necesaria observancia de las normas de competencia por los órganos de contratación ha sido reseñada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 445/2023, de 30 de marzo a la que anteriormente aludíamos:

«Lo que sí realiza la Administración como “poder adjudicador” es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas. Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas, debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo».

Ahora bien, la obligación de la Administración cuando opera como órgano de contratación de atenerse a la normativa administrativa y a la normativa de competencia no implica que la segunda actúe como un valor absoluto que ha de respetarse en todo caso. En este sentido, el TJUE, en interpretación del artículo 56 del TFUE, ha establecido en su jurisprudencia los criterios que permiten desplazar las exigencias derivadas del referido precepto, esto es, la prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. Así, en la Sentencia de 23 de febrero de 2016, asunto C-179/14, el TJUE concluyó lo siguiente:

«A fin de examinar la justificación de una restricción como la controvertida en los asuntos principales, procede recordar que una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado no puede justificarse a menos que responda a razones imperiosas de interés general, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2009, UTECA, C222/07, Rec. p. I1407, apartado 25 y jurisprudencia citada)».

En el mismo sentido, la Sentencia de 7 de noviembre de 2018, asunto C-171/17, Comisión Europea v. Hungría, que menciona la Sentencia citada *ut supra*:

«En primer lugar, según jurisprudencia reiterada, una normativa nacional (...) que somete el ejercicio de una actividad económica a un régimen de exclusividad en favor de un único operador público o privado, constituye una restricción de la libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la Sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría, C-179/14, EU:C:2016:108, apartado 164 y jurisprudencia citada).

Esta restricción solo puede justificarse si responde a razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y si no va más allá de lo necesario para conseguirlo (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría, C-179/14, EU:C:2016:108, apartado 166 y jurisprudencia citada)».

En conclusión, al ser la prestación del servicio de cobro mediante Apps una prestación liberalizada, sujeta al principio general de prohibición de restricción a la libre prestación de servicios proclamado por el artículo 56 del TFUE, cualquier restricción de la misma solo podrá justificarse si en la medida restrictiva en cuestión concurren tres requisitos: (i) si responde a razones imperiosas de interés general, (ii) si es adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y (iii) si no va más allá de lo necesario para conseguirlo.

La jurisprudencia del TJUE en relación con esta cuestión ha sido plenamente acogida por los Tribunales de Contratación Pública y, más concretamente, en el ámbito de la prestación del servicio de cobro mediante Apps, como se analizará más adelante.

En este sentido, el OARC concluye la cita de la Resolución 155/2020 antes extractada señalando que,

«No obstante lo anterior, siendo la competencia un pilar fundamental de la contratación pública, no es sin embargo un valor absoluto que tenga que prevalecer siempre y en todo caso, sino que puede y debe ceder, total o parcialmente, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, ante la necesidad de asegurar otros intereses dignos de protección».

Asimismo, el TACPM también concluye la anterior cita advirtiendo lo siguiente (Resolución 139/2022):

«Por otro lado, con carácter general, las intervenciones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus actividades económicas deben responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública».

También el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en su Acuerdo 65/2023, señaló esta idea, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE:

«El análisis de las cuestiones planteadas ha de partir de que, como bien razona la anteriormente citada Sentencia 445/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Supremo, la entidad contratante, en el diseño y elaboración de las condiciones del contrato de prestación del servicio de estacionamiento regulado, en la medida en que afecta a actividad económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia; de forma que las condiciones del servicio a licitar no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Consideraciones que no van sino en la línea de lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234, cuando expone que “Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663,

apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65)».

Partiendo de tales consideraciones, a continuación se analizarán las distintas razones a los que se han acogido los órganos de contratación para establecer tales limitaciones y restricciones a la competencia para la prestación de este servicio, a efectos de determinar si las mismas se acogen o no a los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE para ello.

4.2. Prácticas restrictivas y obstruccionistas del libre acceso al servicio de pago mediante Apps

Del análisis de los contratos de gestión de las zonas SER publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como de la doctrina de los Tribunales de Contratación Pública en aquellos asuntos relacionados con esta materia, se extraen una serie de reticencias y alegaciones que los órganos de contratación formulan para negar el libre acceso al servicio de pago mediante Apps, las cuales se analizarán en el presente apartado con la finalidad de determinar si responden o no a razones de interés general que las avalen a la luz de las consideraciones que acaban de hacerse sobre el principio de libre acceso en el marco de la libre competencia.

La primera de estas alegaciones formuladas por los órganos de contratación se ampara en el hecho de que permitir a operadores privados el acceso a la prestación del servicio de cobro mediante Apps podría dar lugar a una supuesta inseguridad jurídica frente a reclamaciones patrimoniales, del mismo modo que supondría un incumplimiento de la normativa de protección de datos personales.

En la Resolución 155/2020 del OARC, el Ayuntamiento de Tolosa expresa estas inquietudes en los siguientes términos en sus alegaciones al recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a los Pliegos del contrato «*Servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA)*»:

«Permitir el libre acceso al sistema de cualquier operador con una mera declaración responsable vulneraría la normativa sobre protección de datos personales y las prevenciones establecidas en el PCAP a estos efectos. Por otro lado, se alega que este tipo de actuaciones acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial (...).»

No obstante, el OARC no admite ninguna de estas dos alegaciones. En concreto, respecto a la supuesta inseguridad jurídica frente a reclamaciones patrimoniales, señala lo siguiente:

«1) Se afirma que autorizar cualesquiera aplicaciones supondría que estas quedarían fuera del control del Ayuntamiento y que se comprometería la seguridad y fiabilidad del sistema, dado que cualquier empresa podría participar en un contrato público sin haber observado lo dispuesto en la LCSP sobre solvencia, garantías u otras cuestiones. Este argumento no es aceptable; es claro que, si el poder adjudicador permitiera que los usuarios del SER utilizaran cualquier aplicación de pago móvil para abonar las deudas contraídas con él derivadas de la prestación de dicho servicio, ello no supondría que quienes exploten las citadas aplicaciones pasasen a ser parte del

contrato (con independencia del procedimiento que podría establecerse para que estos solicitaran al contratista el acceso al sistema). Por el contrario, el negocio jurídico se conformaría entre quien decida abonar el pago mediante una de estas aplicaciones y el operador económico que la explota, y en esta relación no sería aplicable la LCSP, que solo se aplica a los contratos descritos en su artículo 2.1. Por otro lado, es claro que la LCSP no se ocupa del control que las Administraciones deban ejercer sobre las empresas que actúan en el mercado, y el informe del poder adjudicador no concreta ninguna norma que le atribuya alguna competencia en la materia, ni cita precepto infringido alguno».

A lo que añade:

«A juicio de este Órgano, no es consistente la alegación de que abrir el pago móvil a cualquier prestador del servicio acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial; la sentencia que el Ayuntamiento cita, desde luego, solo demuestra que las aplicaciones (cualquier aplicación, incluida la que elija el poder adjudicador) pueden tener fallos operativos que pueden derivar en litigios sobre el cumplimiento de la normativa reguladora del SER, pero no es un caso de inseguridad jurídica ni puede poner en duda globalmente todo el sistema».

De la postura del OARC se desprenden dos ideas fundamentales: en primer lugar, pone de manifiesto lo expuesto con anterioridad, esto es, que el negocio o la relación jurídica que surgen entre el usuario que utiliza la App de un tercero que presta el servicio de cobro en una zona SER y este es de Derecho privado y, por consiguiente, no se encuentra regulada por la LCSP, norma de Derecho público. Es decir, en un eventual supuesto de responsabilidad por el incorrecto funcionamiento de la App de un operador tercero ajeno al contrato, ello no podría dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues la responsabilidad sería, en todo caso, del tercero operador por un incumplimiento de las normas reguladoras de la zona SER. Además, hemos de recordar que el servicio de pago mediante App no es de competencia municipal por no formar parte del servicio público al que se refiere el artículo 25.2.g) de la LBRL; sin perjuicio de que, como hemos venido afirmando, dicha actividad pueda contemplarse en los Pliegos como prestación accesoria, con esos limitados efectos.

La segunda idea es que permitir el acceso a cualquier prestador del servicio de pago mediante Apps no produciría inseguridad jurídica para los usuarios en caso de fallos operativos de la App, pues la posibilidad de que la App de un operador privado falle no es, *a priori*, superior a la probabilidad de fallo de la App del contratista.

Por su parte, en cuanto a la protección de datos personales, el OARC expresa tras analizar el PCAP en cuestión que,

«No puede compartirse la afirmación de que posibilitar que cualquier operador económico que preste el servicio de aplicaciones de pago móvil pueda acceder al sistema con una mera declaración responsable sería incompatible con la cláusula 41 del PCAP (en la parte estandarizada del pliego), que establece una serie de prevenciones cuando la ejecución del contrato requiere el tratamiento por el adjudicatario de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Esta alegación es contradictoria con el apartado 1 del Anexo I del PCAP de Características del Contrato (parte del documento que contiene las especificaciones del contrato impugnado; ver, en este sentido, la Resolución 136/2018 del OARC/KEAO), que señala literalmente en el epígrafe “Cesión y tratamiento de datos” lo siguiente: “Contrato cuya ejecución no requiere el

tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”, lo que significa que el poder adjudicador entiende que la citada cláusula 41 no es aplicable al contrato por no darse el supuesto de hecho para ello.»

La inadmisión de estas dos alegaciones por el OARC implica asentar el criterio de que los órganos de contratación no podrán prohibir o limitar la posibilidad de que terceros operadores presten el Servicio de Cobro mediante Apps amparándose en estas circunstancias, pues no responden a razones imperiosas de interés general.

Otra de las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Tolosa en la Resolución del OARC que venimos analizando se ampara en el hecho de que el cobro de una comisión por estos terceros operadores por el uso de su App conllevaría una vulneración de la normativa fiscal, así como que tales comisiones serían contrarias a la normativa de protección de los consumidores. El órgano de contratación expresa sus inquietudes al respecto en los siguientes términos:

«Los pliegos establecen que el uso de la aplicación móvil de pago en ningún caso podrá suponer un incremento en el precio a pagar por los usuarios del aparcamiento; es decir, lo que no podrá hacerse es repercutir el coste a los usuarios, pero ello no quiere decir que la empresa no pueda obtener contraprestación por otras vías, como la publicidad. El Ayuntamiento afirma que esta cláusula se justifica por la protección de los derechos de los usuarios, aportando a tal efecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 2/3/2017, asunto C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, asimismo, el cobro de comisiones por pagar el servicio de aparcamiento mediante el móvil es una exacción ilegal por no estar prevista en la vigente Ordenanza Fiscal, de modo que la pretensión de la recurrente vulneraría la autonomía municipal e implicaría un cambio normativo impuesto por voluntad de un tercero con intereses económicos en la operación.»

No obstante, tales alegaciones no son admitidas por el OARC. La relativa a la exacción fiscal es desestimada en los términos citados con anterioridad en este Informe (apartado 2.3). Respecto a la alegación relativa a la protección de los usuarios, el Tribunal expone lo siguiente:

«Debe desestimarse el argumento de que el poder adjudicador de que la exigencia de que no haya gastos para el usuario por pagar con la aplicación móvil deriva de la protección que la legislación garantiza a los citados usuarios, de la cual la Administración debe ser la primera garante. Más allá de esta declaración retórica, el Ayuntamiento no concreta cuál es la norma infringida ni el título competencial que le asiste para concretar dicha protección mediante una cláusula contractual, más allá de mencionar la STJUE de 2/3/2017, C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, que no tiene relación con el tema analizado, lo que convierte la alegación en una injustificada descalificación, global y “a priori”, como contrario a los derechos de los consumidores, del negocio prestado por las empresas que ofrecen el servicio debatido, el cual es, en principio, una actividad plenamente legal».

La última de las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Tolosa, que es expresada como corolario de las anteriores, es que el fin último de las medidas restrictivas de la competencia llevadas a cabo y denunciadas por el recurrente tienen como finalidad última «ofrecer un servicio con los menores costes para los usuarios del mismo». Al respecto, el Tribunal argumenta lo siguiente:

«Partiendo de la consideración de que el único argumento de los alegados por el Ayuntamiento que, en principio, puede justificar válidamente la restricción de la competencia denunciada por el recurrente es favorecer al usuario concediéndole la posibilidad de un medio de pago sin coste para

él, debe evaluarse, bajo esa premisa, si las cláusulas impugnadas son adecuadas para garantizar la finalidad que se persigue y si el perjuicio a libre competencia que causan no van más allá de lo estrictamente necesario, de modo que no exista otra forma menos lesiva para este principio que permita lograr la finalidad perseguida».

A la luz de esta consideración, el OARC desestima este argumento en atención a dos motivos fundamentales:

«1) De acuerdo con el apartado 3 del PPT, los medios de pago a disposición del usuario son las monedas, las tarjetas magnéticas (se sobreentiende que se trata de las tarjetas de crédito o débito con uso magnético, emitidas normalmente por una entidad bancaria) y la aplicación móvil. Debe tenerse en cuenta que, entre ellos, las monedas ya son un medio de pago que, en todo caso, satisface el requisito de no suponer ningún gasto adicional para el usuario, y que muchas de las tarjetas que operan en el mercado, y que los usuarios pueden elegir (a las que los pliegos no señalan ninguna especificación al respecto), también cumplen esta condición, lo que relativiza la importancia de la finalidad que la restricción busca garantizar. Por otro lado, debe recordarse que el servicio de pago móvil gratuito es, en todo caso, una prestación accesoria respecto a la principal que, a diferencia de aquella, no se refiere a un servicio público legalmente atribuido al poder adjudicador. 2) En cualquier caso, para que se cumpla el objetivo de que los usuarios dispongan de una aplicación de pago móvil gratuita no es necesario excluir la posibilidad de que, además de la ofrecida por el contratista, los citados usuarios puedan elegir otra aplicación distinta, sea o no de pago, de la que proponga el adjudicatario, por lo que no se ha acreditado la proporcionalidad de la restricción a la competencia ni que no existieron posibilidades menos lesivas para la competencia para obtener el beneficio de los usuarios que justifica la decisión adoptada.»

Otra posible práctica restrictiva del libre acceso al servicio de pago mediante Apps consiste en la exigencia impuesta a los operadores terceros de obtener una autorización municipal como requisito previo para poder interconectarse con la plataforma del gestor del servicio. Esta cuestión, si bien de forma insuficiente a nuestro entender, es tratada por la Resolución 139/2022, de 7 de abril de 2022, del TACPM, también analizada con anterioridad respecto a otros extremos:

«En el caso que nos ocupa, los nuevos pliegos reconocen que la prestación del servicio de cobro no será exclusiva del adjudicatario, ni que la App a utilizar se a las que ya están operativa en el Ayuntamiento de Alcobendas. Ahora bien, la entrada de otros operadores está supeditada a la obtención de una autorización municipal en base a los requisitos de homologación que, en su momento, aprueben los responsables municipales de los departamentos de Nuevas Tecnologías, Informática y Policía Local. No corresponde a este Tribunal prejuzgar en este momento la futura regulación municipal referente a la entrada de otros operadores económicos, ya que, en caso de no ser conforme a las normas sobre competencia, tienen a su disposición los cauces legales para la defensa de sus derechos.»

La misma práctica es objeto de análisis en la también mencionada Resolución 140/2024, de 4 de abril de 2024, del TACPM:

«En el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App, todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración. En aras de mantener la libre competencia en este mercado, resulta necesario que se permita el acceso a la plataforma integral del contrato a todos los operadores que estén interesados en ello.

El Ayuntamiento de Alcalá de Henares no es ajeno a esta interpretación y en los pliegos de condiciones elaborados a estos efectos ha incluido el matiz de la obtención de una autorización

municipal y unos determinados requisitos de homologación que en su momento tramitará el servicio municipal correspondiente. No corresponde a este Tribunal prejuzgar en este momento la futura regulación municipal referente a la entrada de otros operadores económicos, ya que, en caso de no ser conforme a las normas sobre competencia, tienen a su disposición los cauces legales para la defensa de sus derechos.

No obstante, según manifiesta el órgano de contratación en la cláusula 3.3 del PCAP, se aprecia claramente la igualdad de requisitos exigidos a todos los licitadores. En dicha cláusula se establece la solvencia económica, financiera y técnica de los licitadores, pero es en la cláusula 12.3.2 donde se recoge la solvencia e idoneidad de los operadores integrados o no integrados que pongan a disposición de la gestión de cobro de estas tasas, sin constar distinción alguna entre la propia del concesionario y otras que puedan concurrir en la prestación del servicio. Es más, el apartado mencionado hace alusión inicial a la aplicación propia del concesionario y extensión al resto.

(...)

Por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.»

Teniendo en mente lo anterior, los Ayuntamientos podrán contemplar, al establecer el régimen jurídico del servicio al que se refieren los artículos 284.2, 287.2 y 312 de la LCSP, que las prestaciones accesorias al mismo consistentes en el servicio de cobro, se sometan a un régimen de control de acceso siempre que la regulación municipal se ajuste a las previsiones del artículo 9.2 de la Ley 17/2009, así como a los artículos 5 y 17 de la LGUM, lo que habrá de acreditarse motivadamente por la Administración titular del servicio²⁹; o, lo que parece más adecuado al principio de proporcionalidad e intervención mínima, a una declaración responsable del operador, en el entendido de que, con carácter general, el ejercicio de actividades liberalizadas no deben someterse a un medio de control preventivo (arts. 4 de la LRJSP, 84 *bis.1* LBRL y 9.1 Ley 17/2009), siendo suficiente una declaración responsable que permite el control *ex post*³⁰.

5. VÍAS JURÍDICAS DE REACCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COBRO

Las prácticas restrictivas (o proscritas, en general) pueden atacarse desde diferentes flancos (no necesariamente excluyentes), y la procedencia de cada vía depende de diferentes factores (por ejemplo, de la posición que ocupe la Administración).

²⁹ Como afirmó la STJUE de la superliga (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023, que declaró que el sistema de autorización previa de la UEFA y la FIFA para la creación de nuevas competiciones era ilegal, «para que un régimen de autorización previa del tipo que estas normas instauran pueda considerarse justificado, este debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación que confieren a la instancia habilitada para conceder o denegar esta autorización previa y se evite que esta facultad se utilice de manera arbitraria (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, EU:C:2002:34, apartado 35, y de 13 de junio de 2019, TopFit y Biffi, C-22/18, EU:C:2019:497, apartado 65).»

³⁰ En este sentido se pronuncia LORAS, L., *loc. cit. supra*.

Para el estudio de todas las diferentes posibilidades, lo mejor es circunstanciar cada una de las vías. Y respecto de cada una, analizar los factores, pues no tienen por qué ser comunes para todas las fórmulas de reacción.

En lo sucesivo se analizarán, por consiguiente, cada una de las diferentes vías de reacción.

5.1. Impugnación/alegaciones frente a los Pliegos

Cuando las irregularidades se encuentren directamente en los pliegos, los medios de reacción que han de valorarse son lo que se contemplan en la LCSP.

La LCSP contempla dos vías para mostrar la disconformidad con el contenido de un pliego: (i) la solicitud de aclaraciones; y (ii) el recurso especial en materia de contratación.

5.1.1. *La solicitud de aclaración de los Pliegos*

El artículo 138.3 de la LCSP establece que:

«En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación».

La lectura del precepto transcrito permite apreciar con facilidad que esta vía tiene una limitación real, que se refiere a que sólo permite «aclarar». Es decir, esta vía no es una vía de impugnación propiamente dicha.

Sin perjuicio de que la vía del artículo 138.3 de la LCSP no sea una vía de impugnación, la práctica pone de relieve que permite poner en conocimiento del órgano la existencia de aspectos grises o interpretables. Y que en no pocas ocasiones desencadena una actuación revisora de oficio o de desistimiento, incluso, de la licitación.

5.1.2. *El recurso especial en materia de contratación: la cuestión de la legitimación*

La fórmula de impugnación que rige en las relaciones contractuales sometidas al ámbito de la LCSP es el recurso especial en materia de contratación.

Asumimos que las consideraciones generales sobre esta vía se conocen, por lo que sólo nos detendremos en el principal aspecto conflictivo: la legitimación. Y la trataremos al margen de que Easy Park cuenta con resoluciones de tribunales que se la reconocen, toda vez que eso no garantiza que el resto actúe del mismo modo.

El artículo 48 de la LCSP establece que:

«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

El esquema de atribución de legitimación es similar al que opera en otros ámbitos. En concreto, al que opera en vía administrativa y en vía contencioso-administrativa.

El escollo está en que la doctrina ha sostenido que, al margen de supuestos muy específicos, y de aquellos otros que refieren la legitimación de agrupaciones (sindicatos, etc.), están activamente legitimados quienes presenten oferta, o quienes no la presenten pero justifiquen que no presentan oferta porque los pliegos introducen restricciones de tal índole que le han impedido participar (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).

Esto puede sostenerse con carácter general, pero no se puede admitir en Derecho que ese resumen sea lo único que se sostenga en el artículo 48 de la LCSP, toda vez que este refiere que lo relevante es que quien recurra pueda resultar afectado de forma *directa o indirecta* por la resolución que se dicte.

Si se acude al concepto de legitimación que han acuñado los tribunales se comprueba que se trata de un concepto amplio que persigue habilitar a quien acredite que con el resultado de la impugnación puede obtener un beneficio directo, y no una mera expectativa. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre sentaba que «lo trascendente es la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, F.3; 173/2004, de 18 de octubre, F.3; y 73/2006, de 13 de marzo, F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, F 4)».

Si el pliego pone de relieve que en la ejecución del contrato existirá una restricción real para que los operadores puedan prestar el servicio de pago mediante App, debe entenderse que esta tiene un interés material, real, cierto y específico en que la restricción quede eliminada. Cabe sostener, por tanto, que los operadores del servicio de cobro están legitimados para activar el mecanismo del recurso especial en materia

de contratación, siendo la complejidad la de explicar que, en efecto, cualquier limitación que se recoja en unos pliegos le afectan de forma directa y, por consiguiente, debe permitirse su acción. Entendemos, por tanto, que el criterio jurídicamente acertado es el sostenido por el Tribunal vasco de recursos contractuales anteriormente referido, que trata la legitimación de Easy Park desde la perspectiva literal, al sentar que:

«Según el artículo 48 de la LCSP, la legitimación para la interposición del recurso especial, lejos de limitarse a los operadores económicos interesados en obtener el contrato, alcanza a “...cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, amplísima descripción en la que sin duda cabe una empresa que estima que la configuración del contrato recorta indebidamente la posibilidad de prestar sus servicios en el mercado sin necesidad de participar en la licitación».

5.2. Vías posibles a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia

i) Las prácticas proscritas por las normas rectoras de la defensa de la competencia que pudieran ser de aplicación en este caso

La defensa de la competencia se fundamenta constitucionalmente en el artículo 38 de la CE, que reconoce el derecho a «*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*», y que esta esté garantizada y protegida por los poderes públicos.

La norma de cabecera sobre el interés público o estructural que representa la competencia en el funcionamiento de los mercados es la LDC, que contiene un catálogo de actuaciones proscritas por entender que afectan al normal desarrollo de los mercados. En este punto nos limitaremos a dejar apuntadas las prácticas que se califican en la norma como contrarias a Derecho que pudieran operar en el ámbito aquí analizado, que son las conductas colusorias y el abuso de la posición dominante.

Según dispone el artículo 1 de la LDC, por práctica colusoria se entiende «*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*».

Además de este concepto amplio, la norma recoge un catálogo de prácticas que se entienden directamente como colusorias y, en concreto, contrarias al ordenamiento jurídico.

A los efectos que nos ocupan, la norma repudia aquellas prácticas que consistan en la «*aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*»; en la «*subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos*».

Por su parte, el artículo 2 de la LDC se refiere al abuso de la posición de dominio, que puede consistir, entre otras, en «la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos» (artículo 2.2.a de la LDC); en «la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros» (artículo 2.2.d de la LDC); y en «la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos» (artículo 2.2.e de la LDC).

Sin perjuicio de la calificación de las actuaciones, puede sostenerse que estos dos preceptos podrían subsumir la problemática que nos afecta.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública (en el que el sujeto al que se le imputa la actuación contraria al ordenamiento es siempre una Administración o ente del sector público), la posibilidad de aplicar la LDC no se circunscribe a la Administración, sino que principalmente les resulta de aplicación a personas físicas y jurídicas no públicas.

Esto hace que, en lo sucesivo, debamos distinguir entre sujetos públicos y privados.

ii) Los criterios de aplicación de la LDC a la actividad de la Administración y demás entidades del sector público cuando actúan como poderes adjudicadores

La aplicación de la LDC a las actuaciones de las Administraciones no ha sido un aspecto pacífico, sino que ha sido preciso definir en qué condiciones estas actúan en cumplimiento de una ley (y ejercitando potestades claras), y en qué condiciones lo hacen en una actividad de mercado, como cualquier operador.

La jurisprudencia ha aclarado que «la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que esta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia» [Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 294/2013); de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013); y de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021)].

La «capacidad» de que se trate «para incidir en el mercado y restringir la competencia» depende exactamente de eso. Es decir, ha de estarse a analizar el efecto, y el grado de participación de la Administración, porque la jurisprudencia ha aclarado que «la participación en esa actividad económica, y, por tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.» [Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (rec. núm. 2946/2013)].

Ahora bien, no cualquier forma de participación se puede asimilar a una participación proscrita por la LDC. Y es que el artículo 4 de la LDC contempla exclusiones

específicas que plantean problemas interpretativos. En concreto, el artículo 4 de la LDC establece que:

- «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.
2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»

Este precepto ha sido interpretado en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, que ha aclarado que «el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 —como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989— no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad —expresa o implícita— de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007» [Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 294/2013)].

Lo anterior puede hacer pensar que acoge todos los supuestos posibles, pero en el ámbito de la contratación del sector público se ha venido interpretando la norma en otro sentido. Así, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 445 de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) sostuvo que «[c]on la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y sometido a la legislación de los contratos públicos (LSCP) siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado».

Lo que supone lo anterior es una exclusión de la actividad de las Administraciones del ámbito de aplicación de la LDC cuando actúen como poder adjudicador, pero que no puede entenderse en términos absolutos, como exclusión total. La afirmación de irresponsabilidad del poder adjudicador que hace el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada es ciertamente discutible, porque, aunque de forma indirecta (a través de un tercero) el que presta y gestiona el servicio sigue siendo el Ayuntamiento quién controla al gestor a través de sus facultades de policía. Esto es, la forma en la que un gestor presta (o no presta) un servicio es directamente atribuible al gestor, pero también indirectamente atribuible al Ayuntamiento (culpa *in redactando*, *in eligendo* o *in vigilando*). De hecho, esta posibilidad está comúnmente admitida en la legislación de contratos como excepción de la responsabilidad del contratista frente a terceros en el ámbito de la ejecución del contrato.

Desde los distintos mecanismos represivos que articula la LDC para la consecución del fin tuitivo que la informa, ha de subrayarse que esta norma no se puede concebir exclusivamente como una norma sancionadora, precisamente porque de concebirla así, según hemos visto, las actuaciones de las Administraciones y demás

entidades del sector público como poderes adjudicadores quedarían fuera de su ámbito de aplicación.

La defensa de la competencia no siempre tiene naturaleza infractora. La LDC asocia dos posibles consecuencias a las prácticas proscritas: la nulidad y la nulidad acompañada de la correspondiente sanción.

La implicación de que una Administración actúe como poder adjudicador conlleva tan solo que no puede ser sancionada, pero no que no le resulte de aplicación la LDC. Es lo que explica que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) afirme que:

«[lo] que sí realiza la Administración como “poder adjudicador” es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenderse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas. Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas, debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo.»

Tras estas consideraciones pueden señalarse las vías que la LDC contempla para denunciar conductas proscritas.

iii) Vías de impugnación de las prácticas de la Administración a propósito de la LDC

La LDC contempla distintos procedimientos para depurar la legalidad de prácticas que pudieran afectar al mercado en términos no deseados. No obstante, estos procedimientos específicos tienen una vocación claramente sancionadora, por lo que, según se ha expuesto anteriormente, no serían de aplicación a nuestro caso.

De todas las vías que se contemplan en la LDC, en consecuencia, la vía más oportuna para depurar acciones anticompetitivas imputables a las Administraciones públicas en su actuación de ordenación y contratación de los servicios de estacionamiento regulado sería la del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (idéntico al artículo 12.3 de la LDC anterior a la reforma operada por la Ley 3/2013), que establece lo siguiente:

«En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.»

Este mecanismo se activa mediante la formación de denuncias, que pueden ser formuladas por cualquier persona física o jurídica.

Ha de hacerse notar que este no es realmente un mecanismo, sino más bien el reconocimiento de la legitimación de la CNMC, porque la eventual impugnación que efectuara la CNMC seguiría los cauces normales de la LJCA.

iv) La LDC como norma sustantiva

En los apartados anteriores se ha analizado bajo qué circunstancias pueden aplicarse los procedimientos de la LDC a la actuación de las Administraciones y demás entes del sector público.

Esto no nos puede llevar a pensar que fuera de estos supuestos no cabe hablar de la aplicación de la norma, que siempre puede invocarse como norma sustantiva.

La LDC incorpora mandatos que resultan aplicables con carácter general. Es decir, que deben observarse necesariamente por la Administración y por los sujetos de Derecho privado.

Esto significa que la LDC es una norma que puede invocarse en el seno de un recurso especial en materia de contratación, o en cualquier procedimiento de impugnación de legalidad.

v) Los criterios de aplicación de la LDC a la actividad de los sujetos de derecho privado y las vías de impugnación de la LDC

La posibilidad de ser un sujeto infractor o que, simplemente, actúa en contra de la LDC se simplifica si hablamos de un sujeto de derecho privado.

Lógicamente, los requisitos que se han analizado anteriormente siguen siendo preceptivos, pero el más complejo (que se refiere a discernir si la Administración actúa como poder adjudicador o como otra cosa) desaparece.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 6491/2021) afirmó que «[c]on la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y sometido a la legislación de los contratos públicos (LSCP) siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado». Pues bien, esta afirmación entraña una atribución velada de responsabilidad. Es decir, al descartar que el Ayuntamiento fuera sujeto infractor de la LDC, implícitamente reconoce que sí podría serlo el adjudicatario. Como expresamente reconoce la citada sentencia acto seguido, al afirmar que «no sucede lo mismo con la UTE adjudicataria que presta en exclusiva el servicio de estacionamiento regulado que ha de ajustar su actuación a las reglas de la competencia».

Así las cosas, y salvado lo anterior, lo que se ha expuesto anteriormente puede asumirse para las relaciones con entes privados.

5.3. Vías posibles a la luz de la Ley de garantía de la unidad de mercado

i) La garantía de la unidad de mercado

Por más que no se refiere expresamente en la CE, el principio de unidad de mercado es uno de los más elementales que pueden identificarse con los que se recogen en el artículo 139.2 de la CE. En concreto, la STC 88/1986, de 1 de julio, refería que «[e]sta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin trabas por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica» (reiterado en las SSTC 208/1999, de 11 de noviembre; y 96/2013, de 23 de abril).

Sin discusión, por tanto, de la importancia de este principio, se han sucedido cambios normativos constantes hasta que, finalmente, la protección del principio ha adquirido autonomía propia en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

Esta norma definía como objetivo principal «garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial». Y para ello, de entre otras muchas, diseñó procedimientos específicos para reaccionar ante prácticas³¹ que pudieran tener una incidencia negativa sobre el principio.

Estos procedimientos específicos se contemplan en la norma en sus artículos 26 a 28 y en su disposición final primera, y tienen una doble vertiente: de un lado, los artículos 26 a 28 tienen una proyección administrativa, que se encamina a que los órganos administrativos con competencias para velar por la unidad de mercado puedan actuar en caso de prácticas que incidan sobre ella; y de otro lado, la disposición final primera, con una vocación netamente judicial, modifica la Ley 29/1998, de 13 de

³¹ Por prácticas nos referimos a toda la actividad impugnada, en los términos que resultan de la interpretación sistemática del artículo 26.1 de la LGUM y del artículo 25 de la LJCA. Sobre el particular, son de especial interés los trabajos de ALONSO MÁZ, M^aJ., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Wolters Kluwer España, 2014; GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «Panorama de los procedimientos administrativo y contencioso-administrativo especiales de protección de la unidad de mercado a los dos años de la promulgación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2015; MARTÍN VALERO, M^aJ., «El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2020; PADRÓS I REIG, C., y MACÍAS CASTAÑO, J. M^a, «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014; y RODRÍGUEZ BEAS, M., «Las vías administrativas de recurso a debate», Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (coord. por F. LÓPEZ RAMÓN), INAP, 2016.

julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que pasa a acoger un procedimiento especial para la defensa de la unidad de mercado.

Podemos destacar 4 vías de reclamación o procedimientos: (i) el procedimiento del artículo 26; (ii) el procedimiento del artículo 27, que en realidad es complementario y continuación del que se establece en el artículo 26; (iii) el procedimiento del artículo 28; (iv) y el procedimiento de la disposición final primera, que introdujo los artículos 127 bis a 127 *quater* en la LJCA y que fija un procedimiento contencioso-administrativo especial que, además, sólo puede iniciarse por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Todos estos procedimientos presentan como característica común su objeto limitado. Es decir, no son procedimientos ordinarios, sino que tienen naturaleza de especiales y, por consiguiente, un objeto que sólo comprende la defensa de la unidad de mercado. La acotación del objeto de tales procedimientos ha de entenderse como un mecanismo que contempla la propia norma para que se cumplan sus determinaciones. En consecuencia, a través de estos procedimientos sólo pueden hacerse valer las determinaciones de la propia LGUM.

ii) Principios que protege la LGUM

La LGUM emplea el término de «*libertad de establecimiento y circulación*» para acoger una serie de principios que, de no respetarse, activan los mecanismos de protección por entenderse que se está ante prácticas proscritas.

Los principios que se protegen con la LGUM son los siguientes:

i. La no discriminación (art. 3): se concibe desde la perspectiva territorial. Es decir, como una prohibición de que el lugar de residencia o establecimiento del operador le suponga una merma de sus derechos.

ii. La cooperación y la confianza mutua (art. 4): se configura como un mandato de uniformidad en la aplicación de la norma.

iii. Necesidad y proporcionalidad de las actuaciones (art. 5, que ha de leerse en relación con los artículos 17 y 18 de la LGUM): impone la prohibición de establecer límites en el acceso a la actividad económica de cualquier tipo, o de fijar requisitos para ello, sin que se justifique la razón imperiosa que lo motiva.

iv. Justificación (en línea con lo anterior, y acogido en los mismos preceptos citados) de la necesidad imponer los límites o requisitos de que se trate y de que, de todos los posibles, son los menos restrictivos.

v. Simplificación de cargas (art. 6): se encamina a aliviar las cargas que padecen los ciudadanos en sus relaciones con la administración, como fórmula de homogenizar el mercado y, por tanto, el acceso al mismo.

Desde la óptica del Derecho de la Unión Europea, son constantes los pronunciamientos que han abundado en que «*el principio de igualdad de trato o de no discriminación, consagrado en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de*

la Unión Europea, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado» (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, ap. 47; de 12 de mayo de 2011, Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo, C-176/09, ap. 31; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, ap. 55; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, ap. 23; de 3 de mayo de 2007, Advocaaten voor de Wereld, C-303/05, ap. 56; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, ap. 95).

Por su parte, y ahora desde la perspectiva del Derecho nacional, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de examinar detenidamente el alcance del artículo 5 de la LGUM, relativo a los «principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes», en su la Sentencia 79/2017, de 22 de junio (rec. núm. 1397/2014), donde afirmó que

«El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, “cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma” ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son “constitucionalmente adecuadas”, esto es, si la medida cuestionada “constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política” (STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7)».

Pues bien, en este ámbito es en el que se mueve la LGUM y, por consiguiente, el que delimita el objeto de los procedimientos especiales de defensa de la unidad de mercado que contempla.

iii) Procedimientos especiales que contempla la LGUM para la defensa de la unidad de mercado

A) Procedimientos de los artículos 26 y 27 de la LGUM

Los artículos 26 y 27 de la LGUM contemplan dos procedimientos que están indisolublemente ligados entre sí. Así, el procedimiento del artículo 27 de la LGUM no es más que la continuación del procedimiento que se establece en el artículo 26 del mismo texto normativo.

Estos dos preceptos contemplan la posibilidad de solicitar (mediante una reclamación) a las autoridades competentes (la Secretaría para la Unidad de Mercado y la CNMC) que promuevan actuaciones encaminadas a que la administración cambie el criterio que se entiende contrario a la norma.

El artículo 26 de la LGUM prevé un procedimiento muy ágil y relativamente amplio en cuanto a su ámbito objetivo. No obstante, en el entendido de que la actividad que planteamos impugnar siempre serán pliegos, este procedimiento no resulta aplicable.

El artículo 26.1 *in fine* de la LGUM establece que:

«No podrá interponerse esta reclamación contra actuaciones que sean susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación o en el caso de que los interesados hayan manifestado su conformidad con una resolución sancionadora».

Esta limitación no figuraba en el texto original del artículo 26 de la LGUM, sino que fue introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, que operó una reforma de la LGUM relativamente destacable.

La vía del artículo 26 de la LGUM fue un recurso útil para los operadores de los contratos del sector público. Es más, existen informes de la CNMC que abordan supuestos parecidos a las prácticas restrictivas que aquí hemos analizado. No obstante, como se señalaba, con la reforma operada por la Ley 18/2002, el procedimiento del artículo 26 de la LGUM deja de ser una vía de impugnación posible.

En consideración a que el artículo 27 de la LGUM es una continuación del procedimiento previsto en el artículo 26 de la LGUM (para instar a que sea la CNMC quien impugne ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la práctica que se presume contraria a la libertad de establecimiento y circulación), una vez descartada la posibilidad de hacer uso del procedimiento del artículo 26 de la LGUM, también debemos descartar la vía del artículo 27 de la LGUM.

Lo mismo sucede con el procedimiento contencioso-administrativo especial que introduce la disposición adicional primera de la LGUM, que ha dado lugar los artículos 127 *bis a quater* en la LJCA.

El procedimiento especial de los artículos 127 *bis a quater* de la LJCA es, a su vez, una de las posibles consecuencias de iniciar los procedimientos de los artículos 26 y

27 de la LGUM, por lo que, descartada la posibilidad de hacer uso de estos, también se descarta la aptitud de aquel.

B) El procedimiento del artículo 28 de la LGUM

El artículo 28 de la LGUM configura un procedimiento *adicional* (la norma lo cataloga como «*mecanismo adicional*») para aquellos casos en los que no resulte aplicable el artículo 26 de la LGUM.

Este procedimiento es menos incisivo que los de los artículos 26 y 27 de la LGUM porque no plantea la actuación de la CNMC de forma activa, sino de la Secretaría para la Unidad de Mercado. Y porque el papel de esta se limita a recabar información de diferentes administraciones (a las que denomina *puntos de contacto*), que podrán informar con propuestas de actuaciones, y a emitir un informe de valoración, y otro con recomendaciones para solucionar la problemática.

Adicionalmente, el artículo 28 de la LGUM permite hacer uso de la Secretaría como informante en procedimientos judiciales. En concreto, el apartado 8 del artículo 28 de la LGUM dispone que:

«Cuando los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan u otros interesados hayan recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber hecho uso de este mecanismo o del procedimiento previsto por el artículo 26, podrán solicitar, en el curso del procedimiento contencioso-administrativo, informe a la Secretaría para la Unidad de Mercado.»

Sin perjuicio de las bondades con que se introdujo esta previsión, su uso limita la actuación del operador denunciante, porque su éxito depende de la valoración autónoma que de la conducta denunciada haga la Secretaría para la Unidad de Mercado, que puede informar desfavorablemente la calificación infractora pretendida por aquel.

iv) La LGUM como norma sustantiva

Del mismo modo que se afirmaba antes respecto de la LDC, la LGUM no es una norma netamente ni principalmente procedimental. Esto hace que al margen de los procedimientos especiales que contempla, la LGUM sea una norma que pueda invocarse en impugnaciones de cualquier otra índole, por cuanto incorpora directrices que son de obligado cumplimiento.

5.4. **Vía de la inactividad de la Administración contratante ante las prácticas obstruccionistas por parte del gestor frente a la introducción de la modalidad de pago mediante *Apps* de terceros**

Al analizar la denuncia formulada por Easy Park frente al Ayuntamiento de Zaragoza, la reiteradamente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 445

de 30 de marzo de 2023 realiza afirmaciones que claramente van referidas a mostrar que el criterio de la Sala advertía que el sujeto infractor era el concesionario y que, en consecuencia, cabía accionar frente a él.

Una de las referencias que más ilustra lo dicho es que, tras descartar que el Ayuntamiento pudiera incurrir en conductas proscritas por la LDC, refiere que la concesionaria tiene que «ajustar su actuación a» esa norma y que, por consiguiente, «cabe acudir a una interpretación de las cláusulas de la concesión —que no prevén expresamente el servicio de cobro mediante móvil, ni su exclusividad— en un sentido favorable a que otros operadores puedan participar en el mercado conexo de pagos mediante *apps* o plataformas de pago».

De entender que el concesionario está ejecutando el contrato de forma que restringe la competencia cabría accionar frente a él de conformidad con lo que dispone la LDC. Es decir, cabría entender que él es el sujeto infractor. No obstante, existe otra posibilidad que pasa por pedir el auxilio del Ayuntamiento y, de no obtenerlo, accionar contra él.

En este orden de consideraciones cabría añadir, desde la perspectiva de los hechos analizados por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023, que cuando la empresa de servicios de cobro EasyPark solicitó al Ayuntamiento que obligase al gestor del servicio a darle acceso, aquel se limitó a dirigir al citado operador de servicios de cobro a la empresa gestora, que es lo que permite al Tribunal Supremo que el Ayuntamiento no infringió la Ley de defensa de la Competencia por no ser quién bloqueó de forma activa a la empresa de servicios de pago. No obstante, sí lo hizo de forma pasiva u omisiva, al no adoptar medidas de policía contra el gestor, por lo que podría pensarse, en línea con el voto particular de la profesora Canedo antes comentado, que esa inactividad del Ayuntamiento no solo infringió el art. 29.1 LJCA sino también el 102 TFUE, porque «facilitó» que el gestor siguiera bloqueando la entrada de terceros de forma decisiva, dado que el Ayuntamiento tenía el dominio del acto para evitar que el gestor siguiera bloqueando a la empresa de servicios de cobro y, por tanto, contribuyó decisivamente a dicho resultado.

En este sentido cabe recordar lo dispuesto por el artículo 190 de la LCSP, que faculta a la Administración para interpretar los contratos, e imponer que la ejecución se ajuste a los criterios interpretativos que ella imponga como órgano contratante. Y también está facultada para dar órdenes de cumplimiento, pues le compete la «policía» del servicio.

La interpretación de los contratos es una competencia de la Administración cuya activación no sólo le viene dada al contratista, sino que un sujeto que esté fuera de la relación contractual también puede hacerlo, como ampara el artículo 29.1 de la LJCA, que establece que:

«Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a

lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

Así las cosas, una fórmula para que la Administración adopte las medidas precisas para que el contratista no impida que los operadores del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles presten sus servicios es la que se extrae de la interpretación conjunta de los artículos 190 de la LCSP y 29.1 de la LJCA, anteriormente expuestos. Como dispone el propio artículo 29.1 de la LJCA, si en un plazo de 3 meses no se hubiera obtenido el cumplimiento de lo que se solicita, la vía jurisdiccional quedará abierta. La vía jurisdiccional no sólo se abre si la Administración no da respuesta a la solicitud, sino que también se abre si la respuesta que se recibe se entiende no ajustada a Derecho.

RESPONSABILIDAD POR PRÁCTICAS LIMITATIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COBRO MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES EN ÁREAS DE ESTACIONAMIENTO REGULADO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3ª) DE 30 DE MARZO DE 2023

Luis Loras Oteo*

Abogado especializado en Derecho de la Competencia y Litigación

RESUMEN: El presente trabajo analiza el régimen de responsabilidad de Ayuntamientos y gestores de áreas de estacionamiento regulado por prácticas limitativas de la competencia en la prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles en dichas áreas por operadores distintos a los gestores de dichas áreas. Partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2023, el trabajo analiza cómo el silencio de los pliegos respecto al servicio de cobro traslada la obligación de discernir el acceso en condiciones objetivas y no discriminatorias a los gestores, exponiéndolos a responsabilidad por abusos de posición dominante si se reservan la prestación del servicio de cobro. El trabajo también analiza las consecuencias jurídicas para gestores y Ayuntamientos por implantar prácticas limitativas de la competencia e identifica las barreras que persisten en la práctica. El trabajo valora positivamente la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, si bien identifica puntos cuestionables como la aparente falta de responsabilidad por omisión cuando los Ayuntamientos realizan actuaciones materiales, o la imposibilidad de cuestionar la redacción de unos pliegos en un procedimiento sancionador de competencia. El trabajo concluye que la aplicación rigurosa y exhaustiva de la jurisprudencia es fundamental para evitar lagunas de responsabilidad y para garantizar el acceso de terceros operadores al mercado protegiendo así los intereses tanto de los Ayuntamientos como de sus ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: servicio de cobro; aplicaciones móviles; estacionamiento regulado; libre prestación de servicios; libre competencia; interpretación de pliegos, derechos exclusivos, actuaciones materiales, vías impugnatorias.

* Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de su autor. El texto se ha beneficiado de los comentarios de Guillermo García-Ovies. El autor ha asesorado a EasyPark en el caso objeto de análisis ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y el Tribunal Supremo.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. HECHOS.— 3. LA RESOLUCIÓN DEL TDCA.— 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.— 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.— 6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ÁREAS SER.— 7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS.— 8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA TS.— 9. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de marzo de 2023 el Tribunal Supremo (Sala 3ª) dictó sentencia por la cual analizó el régimen bajo el cual se le puede exigir responsabilidad a los Ayuntamientos, o a sus gestores de áreas de estacionamiento regulado, por llevar a cabo prácticas limitativas de la competencia en la prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles en dichas áreas por parte de operadores distintos a sus gestores.¹

La conclusión de la sentencia es clara: si los pliegos guardan silencio sobre el servicio de cobro, los gestores son los únicos responsables de discernir el acceso de terceros operadores y hacerlo en condiciones objetivas y no discriminatorias en comparación con las condiciones que aplican a sus propias aplicaciones móviles. Si incumplen dicha obligación, los gestores están expuestos a responsabilidad bajo los artículos 2 LDC² y 102 TFUE³ por abusar de su posición de dominio en las áreas reguladas que gestionan reservándose la prestación del servicio de cobro injustificadamente porque el mismo puede ser prestado por múltiples operadores al mismo tiempo y en libre competencia.

A juicio de los terceros operadores, a pesar de la claridad del fallo los gestores han seguido negando el acceso de terceros operadores exigiéndoles la obtención de una autorización previa de los Ayuntamientos e imponiéndoles condiciones de acceso discriminatorias, inequitativas y desproporcionadas. No es de extrañar que ello ya haya dado lugar a la incoación de dos expedientes sancionadores por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).⁴

Por su parte algunos Ayuntamientos, en lugar de seguir guardando silencio en sus pliegos sobre la prestación del servicio de cobro y beneficiarse de la ausencia de responsabilidad expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo, han empezado a establecer algunas limitaciones en sus pliegos (que en ocasiones coinciden con limitaciones que los gestores ya imponían de forma privada). Tampoco es de extrañar que ello haya dado lugar a la impugnación de dichos pliegos y la anulación de los mismos por parte de los Tribunales Contractuales.⁵

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) núm. 445/2023, de 30 de marzo (Ponente: María Isabel Perelló Doménech).

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁴ Véase Exptes. S/0002/24 EYSA y S/0003/24 EMPARK incoados el 24 de julio de 2024.

⁵ Véase (1) Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (Resolución nº 155/2020 en el Expte. 2020/111, de 19 de noviembre de 2020); (2) Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (Resolución nº 139/2022, de 7 de abril de 2022 y nº 117/2024, de 4 de abril de 2024 —pendiente de recurso en vía contencioso-administrativa); (3) Tribunal Administrativo

Analizando en detalle los hechos del caso y el Derecho aplicable al mismo, el objetivo de este artículo es: (i) delimitar el alcance y contenido del régimen de responsabilidad analizado por la sentencia; (ii) poner de manifiesto las consecuencias jurídicas a las que se exponen los Ayuntamientos y gestores que la incumplan; y (iii) realizar una valoración positiva de la misma, si bien poniendo en cuestión algunas de sus apreciaciones fácticas y postulados jurídicos que deberían haber llevado a la estimación del recurso, y que es previsible que conlleven la necesidad de nuevos pronunciamientos.

2. HECHOS

El 19 de febrero de 2010 el Ayuntamiento de Zaragoza decidió establecer un área de estacionamiento regulado (SER) y prestar indirectamente el servicio de gestión de la misma a través de una empresa concesionaria. Para ello, redactó los pliegos que iniciaron un concurso público (los Pliegos).⁶

En lo que se refiere al servicio de gestión del área SER (el Servicio de Gestión), los Pliegos preveían una concesión en régimen de exclusiva de diez años prorrogables otros cinco hasta 2025 (prórroga que tuvo lugar).⁷ El valor del contrato prorrogado se fijó en €58,5 millones. En lo que se refiere al servicio de cobro mediante aplicaciones móviles en el área SER (el Servicio de Cobro), los Pliegos guardaban silencio y no otorgaban expresamente a la concesionaria una exclusividad para su prestación, ni de cualquier otra forma impedían que terceros operadores distintos de la concesionaria pudieran prestarlo.⁸

El 4 de octubre de 2010 el Ayuntamiento adjudicó el contrato a la UTE Z+M (la Adjudicataria).⁹ Dicho contrato se formalizó el 25 de octubre entrando en vigor el día 1 de diciembre. En el marco de dicho contrato, como mejora, y a cargo de su remuneración, la Adjudicataria desarrolló una plataforma municipal y una aplicación de pago (la Plataforma Municipal y ApParca, respectivamente).

El diseño de la Plataforma Municipal se hizo de tal forma que las aplicaciones móviles de terceros solo pudieran prestar el Servicio de Cobro si estaban integradas/

de Contratos Públicos de Navarra (Acuerdo 65/2023 en el Expte. 57/2023, de 5 de septiembre de 2023); y (4) Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resolución 119/2024, de 20 de marzo de 2024). Véase para un análisis detallado de estas resoluciones y de lo que pueden hacer los Ayuntamientos para garantizar la libre prestación y competencia en el Servicio de Cobro: «¿Apparcamos? Libre prestación y competencia entre servicios de cobro mediante Apps en áreas de estacionamiento regulado», *Revista de Estudios Locales*, núm. 275, 2024. Luis Loras.

⁶ Véase Expte. 0907303-2009: «Gestión del servicio de regulación de estacionamiento en la vía pública en la ciudad de Zaragoza».

⁷ Véase Expte. 0029293-25: «Concesión del servicio de estacionamiento regulado y otros servicios adicionales en la ciudad de Zaragoza.» de nuevo de 10 años y con valor de 97.661.770 euros.

⁸ En particular, los Pliegos se limitaban a permitir que los licitadores pudieran promover otros medios de pago y a señalar que la concesionaria tendría la obligación de realizar un proyecto piloto para prestar el Servicio de Cobro en una zona de la ciudad.

⁹ Participada por Indigo Park España S.A. (al 70 por 100) y Construcciones Mariano López Navarro S.A.U. (al 30 por 100).

interconectadas con la misma. Y es que, de lo contrario, los operadores del Servicio de Cobro: (i) no podrían conocer qué tarifas aplicar a cada estacionamiento; (ii) los horarios a los que aplicarlas; (iii) la limitación geográfica de cada área (para la aplicación de la tarifa correcta); y, lo más importante (iv) los controladores no podrían verificar en tiempo real si los vehículos que habían pagado sus estacionamientos a través de la aplicación móvil lo habían hecho, y por lo tanto multarían a los mismos (los Datos Necesarios).

A la vista de las oportunidades de negocio en España, el día 1 de diciembre de 2015 el Grupo EasyPark adquirió la sociedad española PARK SMART SOLUTIONS S.L.¹⁰ Desde el año 2012 esta sociedad prestaba el Servicio de Cobro en varios municipios de Cataluña (incluida Barcelona). Para tratar de beneficiarse de ser una de las primeras aplicaciones en el mercado, EasyPark trató de expandir los servicios de su aplicación móvil a lo largo de toda España, incluido el municipio de Zaragoza.

Para ello, el día 1 de junio de 2016 EasyPark solicitó acceso a la Plataforma Municipal o a los Datos Necesarios para prestar el Servicio de Cobro pero la Adjudicataria denegó su solicitud. Ante dicha negativa, el día 19 de enero de 2017 EasyPark buscó el amparo del Ayuntamiento para que ordenase a la Adjudicataria permitir su acceso. Tras dos meses sin respuesta por parte del Ayuntamiento, EasyPark formuló denuncia (la Denuncia) contra el Ayuntamiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA).

Ante el TDCA el Ayuntamiento negó expresamente que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro. En esencia, el Ayuntamiento fundamentó su negativa en que: (i) la «gestión del cobro» y la «recaudación de los ingresos por tarifa» formaba parte de la exclusiva de la concesionaria del Servicio de Gestión; y (ii) los Pliegos no distinguían el Servicio de Gestión del Servicio de Cobro, ni se planteaban la posibilidad de que el Servicio de Cobro pudiera ser prestado por terceros porque el Ayuntamiento ya disponía de una aplicación móvil desarrollada por la Adjudicataria.¹¹

3. LA RESOLUCIÓN DEL TDCA

El 11 de mayo de 2018 el TDCA dictó resolución por la cual archivó la Denuncia (la Resolución). La Resolución concluyó que el artículo 2 LDC no resultaba de aplicación al Ayuntamiento al estar su conducta amparada en su *ius imperii*. En esencia, la Resolución razonó que, como la Denuncia tenía como objeto impugnar la exclusiva para prestar el Servicio de Cobro incluida en los Pliegos del Servicio de Gestión, y el Ayuntamiento no había actuado como un «operador económico» en el mercado al aprobarlos, sino como un «poder adjudicador» ejerciendo potestades administrativas, el artículo 2 LDC no le resultaba de aplicación.¹²

¹⁰ Actualmente EASYPARK ESPAÑA S.L.U (EasyPark), perteneciente al Grupo Arrive.

¹¹ Véanse Págs. 5 y 6 de la Resolución.

¹² Véase Fundamento de Derecho 5º de la Resolución.

No obstante, acto seguido la Resolución recomendó al Ayuntamiento revisar la definición y alcance de su Servicio de Gestión para evitar que se restringiera la competencia en la prestación del Servicio de Cobro.¹³ Particularmente en este caso en el que la competencia podía «perder toda su operatividad» dada la «excesivamente larga o desproporcionada» duración de 10+5 años del Servicio de Gestión. En esencia, la Resolución razonó que, al recogerse como mejora, no parecía que el Servicio de Cobro realmente formara parte del Servicio de Gestión, lo cual había sido expresamente reconocido ya por la Autoridad Catalana de Competencia.¹⁴

Sin embargo, el Ayuntamiento no adoptó medidas concretas tras la recomendación de la Resolución. En consecuencia, ApParca ha prestado el Servicio de Cobro en régimen de monopolio en Zaragoza durante los 15 años de duración del contrato del Servicio de Gestión.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

En esencia, EasyPark adujo los siguientes motivos de recurso contra la Resolución: (i) error al considerar que lo denunciado eran los Pliegos en lugar de la actuación obstruccionista del Ayuntamiento 6 años después; (ii) error al considerar que el Servicio de Cobro estaba comprendido dentro del Servicio de Gestión; (iii) error al considerar que el Ayuntamiento no actuó como un «operador económico» bajo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en *Ambulanz Glöckner*,¹⁵ *Comisión Europea v. Hungría*,¹⁶ *EasyPay*,¹⁷ y *FENIN*,¹⁸ o (iv) subsidia-

¹³ Véase Fundamento de Derecho 6º de la Resolución.

¹⁴ Véase (1) Autoridad Catalana de la Competencia (Informe de 17 de junio de 2016), a la que luego siguieron los siguientes informes; (2) Comisión Gallega de la Competencia (Informe de 7 de junio de 2017); (3) Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (Informe de 13 de julio de 2017); (4) Comisión de Defensa de la Competencia Valenciana (Informe de 24 de julio de 2018); (5) Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (Dictamen de 3 de junio de 2019); y (6-7) Autoridad de Competencia Italiana (Informes de 3 de junio de 2021 y 13 de abril de 2023).

¹⁵ C-475/99, de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner* (Párr. 20)(concluyendo que una «actividad económica» es todo aquel servicio que se haya prestado, se preste, o se pueda prestar, por una empresa en el mercado a cambio de una contraprestación).

¹⁶ C-171/17, de 7 de noviembre de 2018; *Comisión Europea v. Hungría* (Párr. 44 y 90)(concluyendo que el Servicio de Cobro es una «actividad económica» y que otorgar un monopolio a una empresa privada para la prestación del mismo restringe la libre prestación de servicios y la competencia cuando carece de justificación objetiva y existen medidas alternativas menos restrictivas).

¹⁷ C-185/14, de 22 de octubre de 2015, *EasyPay* (Párr. 41-44)(concluyendo que los servicios de pago/cobro de las pensiones públicas tienen la consideración de «actividad económica disociable» tanto del ius imperii del Estado, como de la gestión de las pensiones, en sí misma, porque: (i) el Estado Búlgaro había encomendado dicha labor a una empresa; (ii) existían otros medios alternativos para pagar/cobrar las pensiones (i.e. transferencias bancarias); y (iii) dicho medio de pago alternativo era ampliamente utilizado).

¹⁸ Véanse C-205/03P, de 11 de julio de 2006, *FENIN* (Párr. 26), leída *a contrario*, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de junio de 2007 (Ponente: Eduardo Espín Templado) (ambas

riamente, error al no considerar, al menos, que el Ayuntamiento actuó como un «facilitador» de una infracción del artículo 2 LDC por parte de la Adjudicataria (i.e. negativa de suministro y/o trato discriminatorio) bajo la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en *Vinos de Jerez* (FDº 2).¹⁹

En su sentencia de 9 de junio de 2021 (la Sentencia TSJ)²⁰ el Tribunal Superior de Justicia de Aragón optó por limitar su análisis a: (i) la actuación del Ayuntamiento al redactar los Pliegos; y entrando a resolver el fondo del asunto (cuando el expediente no había sido incoado por el TDCA); (ii) concluir que dicha actuación se había mantenido dentro de las potestades legales del Ayuntamiento porque había sido «razonable», ya que resultaba «artificioso» disociar el Servicio de Gestión del de Cobro; porque (iii) aunque solo permitiese prestar el Servicio de Cobro a la Adjudicataria, esta había sido seleccionada tras un concurso público.²¹

Sin embargo, y a diferencia de la Resolución, la Sentencia TSJ sí consideró correctamente que «la actuación municipal [había] conllev[ado] actividad económica». Precisamente la razón que había llevado a la Resolución a archivar la Denuncia de EasyPark.²²

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esencia, EasyPark adujo los siguientes motivos de recurso contra la Sentencia TSJ: (i) de nuevo, error al incurrir en incongruencia al analizar los Pliegos en lugar de la actuación obstruccionista del Ayuntamiento posterior a los mismos; (ii) igualmente, y de nuevo, error al considerar que el Servicio de Cobro estaba comprendido dentro del Servicio de Gestión; y (iii) error al considerar «razonable» una actuación anticompetitiva (i.e. negativa de suministro y/o trato discriminatorio) que el Ayuntamiento había llevado a cabo como un «operador económico», o como un «facilitador» de la conducta de su Adjudicataria.²³

concluyendo que el Derecho de la Competencia resulta de aplicación a la actuación de una Administración Pública durante un concurso público, de manera concurrente a la normativa de contratación pública, si los bienes adquiridos durante el mismo lo son para prestar una «actividad económica».

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 18 de julio de 2016 en el asunto *Vinos de Jerez* (Ponente: Eduardo Calvo Rojas) (*concluyendo que una actuación de una Administración Pública que «incide en el mercado restringiendo la competencia» vulnera el Derecho de la Competencia si no tiene justificación objetiva ni amparo legal, aunque se diga realizada al amparo de potestades públicas*). Esta sentencia trae causa de la Resolución del Consejo de la extinta CNC de 6 de octubre de 2011 en el Expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*.

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sección 3ª de Refuerzo) núm. 198/2021, de 9 de junio de 2021 (Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch).

²¹ *Ibid.* Fundamentos de Derecho 3º-5º.

²² *Ibid.* Fundamento de Derecho 5º.

²³ Véase Hecho 2º del Auto del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 11 de mayo de 2022 (Ponente: María Isabel Perelló Doménech).

El día 11 de mayo de 2022 el Tribunal Supremo dictó auto admitiendo a trámite el recurso. La cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia quedó fijada de la siguiente manera:

reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia sentada en [Vinos de Jerez] a fin de aclarar, en el ámbito de los servicios de gestión y cobro de los estacionamientos regulados municipales, si una actuación municipal como la controvertida puede suponer un abuso de posición dominante prohibido en el artículo 2.1.b) y d) LDC en relación con lo dispuesto en el artículo 4.2 LDC

El día 30 de marzo de 2023 el Tribunal Supremo dictó su sentencia (la Sentencia TS). La Sentencia TS desestimó el recurso de casación concluyendo de la siguiente manera:

La actuación municipal controvertida no puede calificarse como abuso de posición de dominio en la medida en que consistió en el ejercicio de una potestad pública de adjudicación de una actividad económica, con sujeción al derecho administrativo, que no implicaba en cuanto tal adjudicación, una actuación contraria al derecho de la competencia. Asimismo, tampoco puede considerarse contraria al derecho de la competencia la negativa del Ayuntamiento a proporcionar datos que afectan al desarrollo de la actividad económica del concesionario en los términos descritos.

En esencia, los fundamentos que llevaron a la Sentencia TS a alcanzar su conclusión fueron los siguientes.²⁴

En primer lugar, el Ayuntamiento no es un «operador económico» porque «no interviene en la prestación del [Servicio de Gestión], ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como “poder adjudicador” de una concesión local».

En segundo lugar, en todo caso, al Ayuntamiento sí le resultaba de aplicación el artículo 2 LDC, incluso cuando actuó como un poder adjudicador, porque el Servicio de Cobro es una «actividad económica»:

Lo que sí realiza la Administración como «poder adjudicador» es el diseño y la elaboración de las condiciones de la concesión de la gestión del servicio público de estacionamiento regulado que se tramita a través del procedimiento establecido en las normas administrativas. Y, en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenderse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala. De forma que las condiciones de gestión del servicio licitado no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Criterios y principios del derecho de competencia que han de aplicarse a los mercados que pueden funcionar en condiciones competitivas.

En tercer lugar, en todo caso, y en el caso concreto de los Pliegos, el Ayuntamiento no infringió el artículo 2 LDC porque los Pliegos no creaban barreras ni restricciones de la competencia porque no otorgaban expresamente la exclusividad a la Adjudicataria para prestar el Servicio de Cobro. Por lo tanto, los Pliegos debían ser interpretados en favor de la competencia siendo la Adjudicataria la única responsable de discernir el acceso de EasyPark, estando la negativa de la Adjudicataria expuesta a la infracción del artículo 2 LDC:

²⁴ Véase Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia TS.

Y si bien no cabe apreciar que la Corporación Municipal, por las razones expuestas, pueda incurrir por sí misma en una posición de abuso de dominio ex artículo 2 LDC al no actuar como una empresa u operador económico, no sucede lo mismo con la UTE adjudicataria que presta en exclusiva el [Servicio de Gestión] que ha de ajustar su actuación a las reglas de la competencia. De modo que cabe acudir a una interpretación de las cláusulas de la concesión —que no prevén expresamente el servicio de cobro mediante móvil, ni su exclusividad— en un sentido favorable a que otros operadores puedan participar en el mercado conexo de pagos mediante apps o plataformas de pago.

(...)

Y, es que, además, en el caso examinado, tal como se desprende del contenido de los Pliegos de la concesión del servicio, la Corporación Municipal no promovió ni decidió la exclusividad de la concesionaria en la concreta prestación del [Servicio de Cobro]; ante la solicitud de «EasyPark» de acceso a los datos se limitó a remitirse a las prescripciones técnicas de la concesión suscrita el 27 de octubre de 2010 por 10 años más 5 prorrogables, en la que no se contemplaba este tipo de pagos, y sólo al pago mediante tiquet. Y es en la cláusula 6.2.1 del Pliego de Prescripciones técnicas, en la que se recoge la posibilidad de [Servicio de Cobro] con arreglo al reglamento de estacionamiento del año 2014, sin que figure la exclusión de otros operadores en el servicio. Y cabe interpretar que el contenido de las condiciones de la concesión en sí mismas —que no regulan [Servicio de Cobro]— no restringen de forma expresa o necesariamente la participación a otros operadores o plataformas que ofrecen [Servicio de Cobro], apreciándose autonomía en la empresa concesionaria en lo que se refiere al acceso a dicho [Servicio de Cobro], conexo al del [Servicio de Gestión].

Esto es, la configuración de la concesión no implica per se la creación de barreras o restricciones a la competencia ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación al mercado del [Servicio de Cobro] y aunque hubiera sido conveniente una mayor especificidad y claridad, cabe entender que en la medida que no incorpora expresamente la exclusividad en favor de la adjudicataria en relación con dicho [Servicio de Cobro], ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del [Servicio de Gestión] discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio, como así se intentó por la recurrente frente a la concesionaria, actuación de esta última que es ajena a este proceso, que se circunscribe a la denuncia formulada contra el Ayuntamiento de Zaragoza.

En cuarto lugar, en todo caso, si los Pliegos del Ayuntamiento hubieran restringido la competencia en la prestación del Servicio de Cobro, su vía de impugnación no podía ser un procedimiento sancionador ante el TDCA, sino la impugnación del acto administrativo en sede contencioso-administrativa.

Y en el supuesto de que el contrato de concesión de gestión del servicio formalmente adjudicado por una Administración implique una restricción o barrera a la competencia, dicha actuación administrativa que ejecuta o realiza prerrogativas públicas, debe ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien corresponde el enjuiciamiento de los actos sujetos al derecho administrativo.

(...)

No cabe aceptar la pretensión por las razones antes apuntadas. Aunque la concesión de la gestión implica la atribución de derechos de índole económica a la concesionaria, es lo cierto que la actuación de la Administración Pública se incardina en el ejercicio de competencias propias que le atribuye el artículo 25 LBRL en materia de ordenación del tráfico sujeta al derecho administrativo. Se trata de un acto administrativo formalmente adoptado con arreglo a la normativa de contratos del sector público, de modo que cualquier vulneración de las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las normas que regulan la competencia, los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, pueden ser invocadas y analizadas en sede jurisdiccional contenciosa.

En quinto y último lugar, el Ayuntamiento tampoco puede ser considerado un «facilitador» por su conducta obstruccionista posterior porque su negativa a facilitar los Datos Necesarios «se sustentó en la gestión indirecta del servicio de estacionamiento y en el desconocimiento de la información reclamada, por afectar al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria».

Esto es, aunque la Sentencia TS formalmente desestimase el recurso de EasyPark por las apreciaciones fácticas del caso concreto (i.e. los Pliegos no creaban barreras y la actuación posterior del Ayuntamiento fue pasiva), la Sentencia TS se mostró largamente conforme con los motivos del recurso de EasyPark. Y es que, como sostenía EasyPark: (i) a diferencia de la Resolución, la Sentencia TS concluyó que el artículo 2 LDC sí resultaba de aplicación al Ayuntamiento tanto al redactar sus Pliegos como en su actuación posterior; y (ii) a diferencia de la Resolución y la Sentencia TSJ, concluyó que los Pliegos del Servicio de Gestión no incluían expresamente la prestación del Servicio de Cobro en exclusiva. Precisamente por ello, la Sentencia TS concluyó que nada se podía reprochar al Ayuntamiento, sino exclusivamente a su Adjudicataria del Servicio de Gestión.

6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE ÁREAS SER

En base a la Sentencia TS, siempre que los pliegos de un Servicio de Gestión no otorguen expresamente la exclusividad en la prestación del Servicio de Cobro estos han de ser interpretados en el sentido de que permiten su prestación por parte de terceros operadores y que el gestor es el único responsable de discernir su acceso, debiendo concederse el mismo en condiciones objetivas y no discriminatorias en comparación con la propia aplicación móvil del gestor. No cambia esta conclusión cualquier referencia que se haya incluido en los pliegos en relación con la «gestión del cobro», o la «recaudación de los ingresos por tarifa», o equivalentes. Tampoco que la prestación del Servicio de Cobro se haya incluido por el licitador, o aprobado por el Ayuntamiento, como una mejora.

Lejos de ser novedosa, la Sentencia TS es consistente con: (i) reiterados y consolidados precedentes que han distinguido entre el Servicio de Gestión y el Servicio de Cobro;²⁵ (ii) reiterada y consolidada jurisprudencia del TJUE concluyendo que el otorgamiento de exclusivas debe interpretarse siempre de manera restrictiva, puesto que suponen una excepción a la libre competencia;²⁶ y (iii) precedentes administrativos y judiciales en el mismo sector,²⁷ o en sectores donde se da un problemática

²⁵ Véase, entre otros, los informes y resoluciones citados en los pies de nota 15 y 28.

²⁶ Véanse los asuntos T-9/92 *Peugeot v Comisión*, de 22 de abril de 1993 (Párr. 37); y T-24/93 *Compagnie maritime belge transports* de 8 de octubre de 1996 (Párr. 48) (concluyendo que, dadas las prohibiciones generales de conducta establecidas por el Derecho de la Competencia, cualquier disposición o medida que las excepciones debe ser interpretada de forma restrictiva).

²⁷ Véanse: (i) la Resolución de la Autoridad Catalana de Competencia Expte. 79/2016 *Aparcamiento Sant Joan Despí (negativa de un gestor de área SER a facilitar acceso a terceros prestadores terminada*

similar,²⁸ que ya habían concluido lo mismo, incluyendo la calificación de conductas similares como abusivas.²⁹

A día de hoy no se tiene constancia de municipio alguno en España que haya otorgado expresamente una exclusividad para la prestación del Servicio de Cobro. Es más, bajo la Sentencia TS sería más que cuestionable que dicha exclusividad se otorgase porque el Servicio de Cobro puede ser prestado por múltiples operadores al mismo tiempo y en libre competencia. Por ello, el rol de los prestadores del Servicio de Gestión es fundamental para la libre prestación del Servicio de Cobro en competencia entre operadores. A efectos prácticos, y en base a la Sentencia TS, estos son los únicos responsables de discernir el acceso de terceros operadores del Servicio de Cobro en la práctica totalidad de España.

En consecuencia, tanto los Ayuntamientos, como las autoridades de competencia, como los Tribunales, como los propios gestores, deben de ser plenamente conscientes de ello, y de las consecuencias jurídicas a las que se exponen los gestores en caso de incumplimiento (e.g. multas, reclamaciones de daños y prohibiciones de contratar con la Administración Pública). Y es que cualquier tipo de negativa de suministro directa o indirecta (e.g. retrasos injustificados de acceso) y/o tratos discriminatorios en comparación con el trato/condiciones dadas a sus propias aplicaciones, podría ser calificada como abusiva. Particularmente teniendo en cuenta que nos encontramos ante mercados digitales, con los denominados efectos de red, en los que un rápido y efectivo acceso al mercado puede resultar determinante para poder competir en el mismo.³⁰

convencionalmente con el compromiso de permitir dicho acceso en condiciones proporcionales, no discriminatorias y transparentes); (ii) Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) Auto de Medidas Cautelares núm. 135/2019, de 2 de julio (Ponente: Luis Rodríguez Vega) (concluyendo que el gestor del Servicio de Gestión de Barcelona abusó de su posición de dominio al excluir a EasyPark de su plataforma dando un trato de favor a sus propias aplicaciones móviles); y (iii) la Resolución de la CNMC, 28 de febrero de 2019, en el Expte. SAMAD/03/16 Estacionamiento Regulado Ayuntamiento de Madrid (concluyendo que la conducta de las gestoras del Servicio de Gestión de Madrid «podría ser susceptible de ser analizado por las autoridades de competencia y, en su caso, sancionado, en aplicación del artículo 2 de la LDC»).

²⁸ Véase en el sector de las funerarias la Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de octubre de 2018, en el expediente SAMAD/01/2016, *Cementerios de Leganés*, firme tras ser confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª), de 28 de junio de 2023 (Ponente: María Jesús Vegas Torres)(«Pues bien, debemos convenir con la resolución recurrida en que ni el contrato de concesión, ni el pliego que regula la concesión, ni la ordenanza fiscal otorgaban a la concesionaria [de la gestión del cementerio] la exclusividad de los servicios de grabación y ornamentación [en nichos y lápidas]»).

²⁹ Véase, entre otras, las resoluciones citadas en los pies de nota 28, 29 y Sentencia del TJUE en el asunto C-475/99, de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner* (Párr. 40)(concluyendo que «según reiterada jurisprudencia, constituye un abuso a efectos del artículo [102 TFUE] del Tratado el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de esta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa»).

³⁰ La generación de efectos directos de red en mercados digitales crea un círculo virtuoso: a mayor número de usuarios más usuarios querrán utilizar la App lo que a su vez supone más usuarios y aún más usuarios queriendo utilizar la App. Las barreras a la competencia que dichos efectos de red pueden generar han sido estudiados en las resoluciones de concentración de la CNMC en los Exptes. C/0730/16,

7. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS

Si bien el régimen de responsabilidad de los gestores de la Sentencia TS es claro y sencillo, el régimen establecido para los Ayuntamientos es un poco más complejo.

En este sentido, primero es necesario analizar si la limitación del Ayuntamiento está contenida en los pliegos, o resulta de una actuación material posterior. Si está contenida en los pliegos la misma solo podrá ser impugnada en vía contencioso-administrativa y conllevar su anulación. Esto es, no cabe impugnar unos pliegos ni directa ni indirectamente a través de un procedimiento sancionador ante una autoridad de competencia y que ello conlleve la imposición de sanciones previstas en la LDC.

Dicho de otro modo, lo que «refuerza, matiza o corrige» la Sentencia TS es que las actuaciones materiales que se permitieron impugnar en Vinos de Jerez no cubren actos administrativos como los Pliegos adoptados por el Ayuntamiento de Zaragoza que, aunque pudieran plantear problemas de competencia, habían sido «formalmente adoptado[s] con arreglo a la normativa de contratos del sector público».

Por el contrario, si la actuación del Ayuntamiento no se contiene en los pliegos, entonces la misma sí sigue estando cubierta por Vinos de Jerez y puede ser impugnada tanto en vía contencioso-administrativa, como a través de un procedimiento sancionador. Si bien la Sentencia TS parece que también «refuerza, matiza o corrige» que dicha actuación material debe ser una actuación «activa». Véanse las referencias en este sentido:

(i) tanto al principio del FDº 5: «ante la solicitud de “EasyPark” de acceso a los datos se limitó a remitirse [a los Pliegos];»

(ii) como al final del FDº 5: «Y tampoco cabe apreciar una actuación contraria al artículo 2 LDC derivada de la negativa de suministrar los datos solicitados [porque] se sustentó en la gestión indirecta del servicio de estacionamiento y en el desconocimiento de la información reclamada, por afectar al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria;»

(iii) lo cual está en línea con lo que posteriormente indica en su FDº 6 en respuesta a la cuestión de interés casacional: «Asimismo, tampoco puede considerarse contraria al derecho de la competencia la negativa del Ayuntamiento a proporcionar datos que afectan al desarrollo de la actividad económica del concesionario en los términos descritos».

Just Eat / La Nevera Roja, de 31 de marzo de 2016 y C/0802/16, *Daimler / Hailo / Mytaxi / Negocio Hailo* de 24 de noviembre de 2016. De hecho, en la primera de ellas la CNMC acabó autorizando la concentración sujeta a una serie de compromisos para evitar que JUST EAT pudiera utilizar el incremento de efectos directos de red por la integración de LA NEVERA ROJA para restringir la competencia (Véanse considerandos del Informe y Propuesta de Resolución 26 et seq. y 69 et seq.).

Además, hay que tener en cuenta que, si a diferencia del Ayuntamiento de Zaragoza, un Ayuntamiento presta el Servicio de Cobro directamente, o a través de una empresa pública, sí puede ser considerado un «operador económico» e infringir el artículo 2 LDC si limita la prestación del Servicio de Cobro.³¹ Si ello fuera así, entendemos que el régimen de responsabilidad sería el mismo si la limitación se establece en los pliegos, pero ligeramente distinta si fuera una actuación material posterior. Y es que, si el Ayuntamiento es un «operador económico» de un Servicio de Cobro, Vinos de Jerez ya no resultaría de aplicación y, por lo tanto, las actuaciones pasivas de los Ayuntamientos también podrían exponerle a responsabilidad.

En consecuencia, tanto las autoridades de competencia, como los Tribunales, como los propios Ayuntamientos, también deben de ser plenamente conscientes de su responsabilidad, y de las consecuencias jurídicas a las que se exponen en caso de incumplimientos (e.g. anulación de pliegos y multas o reclamaciones de daños por actuaciones materiales). Y es que la Sentencia TS también reconoce que el rol de los Ayuntamientos en la libre prestación del Servicio de Cobro es fundamental para evitar que los propios Ayuntamientos restrinjan la competencia en sus pliegos, o que a través de actuaciones materiales faciliten que sus adjudicatarias restrinjan la competencia.

8. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA TS

La valoración de la Sentencia TS es positiva en la medida en que el Tribunal Supremo decidió acertadamente admitir a trámite el recurso y corregir las conclusiones alcanzadas por la Resolución y la Sentencia TSJ en el sentido de considerar a los Ayuntamientos completamente exentos del Derecho de la Competencia en la redacción de sus pliegos y a la hora de interpretar restrictivamente el contenido y alcance de las exclusivas que otorgan en los mismos. Dicho de otro modo, si la Resolución, pero sobre todo la Sentencia TSJ, no hubiese sido corregida, entonces la prestación del Servicio de Cobro por parte de los prestadores del Servicio de Gestión hubiera permanecido artificialmente aislada de toda competencia, dando lugar a monopolios locales a lo largo de España, que se extenderían en el tiempo con los mismos extensos plazos de sus contratos del Servicio de Gestión.

³¹ Véase otra vez en el sector de las funerarias, en el asunto *Funerarias Palma de Mallorca*, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 14 de junio de 2013 (Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona. RJ\2013\5619) («Partiendo de esta premisa, la interposición de un ente instrumental subordinado, aunque esté dotado de personalidad jurídica propia, para la prestación -por parte de las Entidades Locales de determinados servicios en los mercados liberalizados convierte a aquellas Corporaciones en operadores económicos que deben competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto. O, en otras palabras, las Entidades Locales que hayan personificado bajo el régimen de derecho privado sus propias empresas, cuya actividad y comportamiento siguen determinando, no pueden ampararse después en el título de las “potestades administrativas” para intervenir en beneficio de aquellas e imponer al resto de los operadores condiciones de mercado más restrictivas o limitar su legítima actividad»).

En todo caso, la Sentencia TS no ha solucionado todos los problemas del mercado automáticamente. A juicio de terceros operadores, los gestores han seguido negando el acceso a terceros operadores del Servicio de Cobro y algunos Ayuntamientos han empezado a establecer limitaciones a la prestación del mismo en sus pliegos. Sin duda, la Sentencia TS allana el camino de las impugnaciones de estas actuaciones como evidencian los procedimientos sancionadores incoados por la CNMC,³² así como las resoluciones de los Tribunales Contractuales.³³ Sin embargo, la Sentencia TS debe ser aplicada de forma rigurosa, exhaustiva y en toda su extensión por autoridades de competencia y Tribunales para evitar que se den situaciones de lagunas de responsabilidad. Lo cual sería contrario a la Sentencia TS puesto que resultaría en la creación de barreras y restricciones a la competencia en la prestación del Servicio de Cobro sin que nadie fuese considerado responsable de ello (ni los Ayuntamientos, ni sus gestores).

Dados los procedimientos pendientes, es previsible que el Tribunal Supremo vuelva a ser llamado a reforzar, matizar o corregir la jurisprudencia fijada en la Sentencia TS. Particularmente en los siguientes aspectos donde sus conclusiones pueden ser discutibles a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional.

En primer lugar, la verdadera necesidad de una actuación material activa de los Ayuntamientos para que se les pueda aplicar Vinos de Jerez en este contexto. Y es que: (i) es jurisprudencia reiterada y consolidada del TJUE que las infracciones de Derecho de la Competencia también pueden cometerse por omisión (o de forma pasiva, como se denomina a nivel comunitario);³⁴ y por lo tanto (ii) que lo único que debería de haber sido relevante para poder imputar responsabilidad al Ayuntamiento de Zaragoza como facilitador era si este «jugó un papel esencial»³⁵ en la infracción cometida por su Adjudicataria (o un «papel relevante» en los términos usados en Vinos de Jerez).

Máxime teniendo en cuenta que, en este caso, el expediente del TDCA ni siquiera se había incoado y que, a diferencia de los hechos que apreció la Sentencia TS, el Ayuntamiento no solo jugó un papel relevante para bloquear el acceso de terceros al mercado, sino que además lo hizo de forma activa (lo cual debería de haber llevado

³² Véase, pie de nota 5.

³³ Véase, pie de nota 6.

³⁴ Véase Párr. 31 de Sentencia del TJUE en el Asunto C-194/14 P, AC Treuhand c. Comisión Europea, de 22 de octubre de 2015 que, de hecho, es el origen del concepto de facilitador acogido posteriormente por el Tribunal Supremo en Vinos de Jerez («A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada»).

³⁵ *Ibid.* Párr. 37.

a la estimación del recurso). Y es que, como se ha expuesto, el Ayuntamiento no se «limitó a remitirse [a los Pliegos]» como apreció la Sentencia TS, sino que, al margen de los mismos, y haciendo una interpretación artificial y extensiva de la exclusiva concedida a su prestador del Servicio de Gestión, el Ayuntamiento negó activa y expresamente que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro.

Dicho de otro modo, si el Ayuntamiento hubiera actuado como garante «salvaguard[ando] la libre competencia» como estaba obligado,³⁶ en lugar de negar el acceso de EasyPark al mercado sobre la base de una errónea interpretación de los Pliegos, este habría dado instrucciones a su Adjudicataria para que permitiese el acceso, o proporcionado los Datos Necesarios a EasyPark para prestar el Servicio de Cobro. Si así hubiera sido, el Ayuntamiento no se habría expuesto a infracción alguna de forma concurrente y como consecuencia de los actos de su Adjudicataria. Y es que no cabe duda de que su Adjudicataria habría cumplido con su instrucción permitiendo el acceso de EasyPark porque, de lo contrario, esta se habría enfrentado a importantes penalidades, que incluso podrían haber llevado a la intervención de la concesión, o a la resolución de su contrato.³⁷

En segundo lugar, la imposibilidad de impugnar unos pliegos a través de un procedimiento sancionador. Cuestión más compleja y discutible que la anterior y que es difícil que pueda volver a darse en la práctica (en este sector, e incluso quizás en otros, al menos en el corto plazo) en la medida en que es previsible que los operadores económicos adapten sus impugnaciones a la Sentencia TS y no esperen a la ejecución de los pliegos para impugnarlos a través de un procedimiento sancionador, sino que los impugnen directamente desde su publicación (como ha ocurrido en este sector).³⁸

En este sentido, es conveniente indicar que, como se ha expuesto, tanto ante el TDCA, como ante el Tribunal Superior de Justicia, como ante el Tribunal Supremo, EasyPark solo denunció/impugnó la actuación material posterior del Ayuntamiento negando su acceso, no sus Pliegos. Esto es, gran parte de la Sentencia TS que analiza la responsabilidad del Ayuntamiento en la redacción de los Pliegos responde a una cuestión que formalmente no se le había planteado. Lo cual es desafortunado, puesto que seguramente ello privó a la Sentencia TS de valorar en mayor profundidad la actuación material posterior del Ayuntamiento, que sí se le planteó, y que, como se ha expuesto, se resolvió someramente sobre la base de unas apreciaciones fácticas incompletas a la vista de la negativa. activa y expresa del Ayuntamiento a que EasyPark pudiera prestar el Servicio de Cobro que debería de haber llevado a la estimación del recurso.

Además, la imposibilidad de impugnar pliegos sobre la base del Derecho de la Competencia salvo que se recurran por vía administrativa/contencioso administrativo se compadece mal con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con que los ordenamientos jurídicos nacionales no hagan prácticamente imposible o excesivo

³⁶ Véase artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

³⁷ Véase también en este sentido los artículos 261 y ss. de la LCSP.

³⁸ Véase, pie de nota 6.

vamente difícil su aplicación. Y es que a operadores como EasyPark no les quedaría otro remedio que estar años excluidos del mercado, y los usuarios años padeciendo un monopolio, porque no tuvieron la suerte de que nadie impugnara los pliegos en su momento. Además, casos como el de Zaragoza evidencian que esta conclusión es bastante cuestionable, en la medida que EasyPark ni siquiera tuvo la oportunidad de impugnar los Pliegos puesto que estos se habían publicado 5 años antes de que iniciara su actividad en España.³⁹

Además, la imposibilidad de cuestionar la legalidad de unos Pliegos en vía sancionadora tampoco parece compatible con la jurisprudencia: (i) del TJUE y del propio Tribunal Supremo en lo que se refiere al efecto de las nulidades derivadas por infracciones de la normativa de Competencia (de pleno derecho, con efectos *ex tunc*, e imprescriptibles);⁴⁰ y (ii) del TJUE en lo que se refiere a la necesidad de poder imponer sanciones por las infracciones de la normativa de Competencia para asegurar que esta se cumpla.⁴¹ Y es que, como evidencia la propia conducta del Ayuntamiento de Zaragoza en este caso, y ante la falta de ningún tipo de consecuencia sancionatoria, el Ayuntamiento no corrigió su actuación durante todos estos años, a pesar de que la Resolución, e incluso la Sentencia TS, le reiteraran «la necesidad de que el Ayuntamiento adapte su actuación a los cambios tecnológicos».⁴²

Lo cual evidencia el fundamento lógico de donde radica la conclusión de la Sentencia TS que genera más dudas. Que no es otro que considerar que el Ayuntamiento cuando licitó el Servicio de Gestión no actuó como un «operador económico», sino como un «poder adjudicador» que no prestaba el servicio.⁴³ Y es que parece discutible considerar que el Ayuntamiento no prestaba el Servicio de Gestión al licitarlo, en lugar de considerar que sí lo prestaba pero indirectamente a través de su Adjudi-

³⁹ Véase en el mismo sentido pie de nota 22, Carrillo Donaire, J. A., Jiménez Díaz, J. M., & Rodríguez Pareja, M. (2025). Prácticas administrativas limitativas de la libre prestación de servicios de cobro mediante aplicaciones móviles y vías jurídicas de reacción. Cuadernos De Derecho Regulatorio, 3, 1–60. https://doi.org/10.37417/cudere/vol_3_2025_3191.

⁴⁰ Véase: (i) Sentencia de 6 de febrero de 1973, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*, C-48/72, EU:C:1973:11 (Párr. 25 a 27) («el apartado 2 del artículo [101 TFUE] sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos y decisiones prohibidos por este artículo; (...) por consiguiente, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión; (...) en consecuencia, la nulidad establecida en el apartado 2 del artículo [101 TFUE] produce efectos retroactivos»); y (ii) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de junio de 2000 (ponente: Francisco Marín Castán) («el contrato [litigioso] debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho Comunitario y (...) por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (...). El alcance de esta nulidad debe ser el contemplado en el artículo 6.3 del Código Civil (...). [L]a nulidad debe traducirse en que éste no comience a producir sus efectos. La nulidad, además, ha de ser total»).

⁴¹ C-100/80, de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion Française y otros c. Comisión* (Párr. 105) («la capacidad de la Comisión de imponer multas a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, constituye uno de los medios atribuidos a la Comisión con el fin de permitirle cumplir la misión de vigilancia que le otorga el Derecho comunitario»).

⁴² Fundamento de Derecho 5º Sentencia TS.

⁴³ Véase en el mismo sentido Págs. 28-29 y 51-52, Carrillo Donaire *et al*, *loc. cit. supra*.

cataria. Y es que el Ayuntamiento: (i) era el titular y prestador del servicio durante la vigencia del contrato; (ii) estableció los parámetros de la prestación del servicio; (iii) decidió cómo, a quién y durante cuánto tiempo contratar para la gestión y explotación; y (iv) controlaba en todo momento la misma y tenía la competencia de la competencia para determinar si se están cumpliendo sus parámetros (inspección) o, incluso, para terminar el contrato en caso contrario (resolución contractual).

Lo cual es consistente con jurisprudencia nacional y del TJUE en este sentido para la cual lo único relevante para la aplicación del Derecho de la Competencia no es la condición de quien actúe (e.g. «operador económico» o «poder adjudicador»), sino para qué.⁴⁴ Y en el momento en el que la licitación se realiza para prestar una «actividad económica» (como es el caso y reconoció expresamente la Sentencia TS),⁴⁵ entonces tanto la licitación como la ejecución de la misma: (i) debían estar sometidas al Derecho de la Competencia en la medida en la que afectan al mercado; y (ii) ser susceptibles de ser impugnadas tanto en vía contencioso-administrativa como sancionadora.

9. CONCLUSIÓN

La Sentencia TS supone un hito fundamental en lo que se refiere al régimen de responsabilidad bajo Derecho de la Competencia para los gestores y Ayuntamientos en relación con el Servicio de Cobro. Aunque muy positivo, el fallo plantea algunas cuestiones discutibles sobre el alcance de actuaciones omisivas de los Ayuntamientos, así como sobre la efectividad práctica de las vías de impugnación disponibles para operadores excluidos por pliegos no recurridos.

Por ello, es fundamental que tanto las autoridades de competencia como los Tribunales hagan una aplicación rigurosa y exhaustiva de la misma para evitar lagunas de responsabilidad y proteger la libre competencia entre operadores del Servicio de Cobro. No solo por el bien de los prestadores del Servicio de Cobro, sino también por el de los Ayuntamientos y los importantes ahorros en la gestión de sus áreas SER, así como por el derecho de los ciudadanos a elegir el medio de pago que les resulte más conveniente. Todo ello bajo un régimen de libre competencia que es el único capaz de garantizar que tanto los Ayuntamientos como los ciudadanos reciben el mejor servicio al mejor precio posible.

⁴⁴ Véase pie de nota 15.

⁴⁵ Fundamento de Derecho 5º Sentencia TS («en la medida que las condiciones concesionales afectan a una actividad de naturaleza económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones por esta Sala»).

TRANSFORMACIÓN DE LA MATRIZ ENERGÉTICA EN COLOMBIA: HACIA UNA TRANSICIÓN SOSTENIBLE Y RESPONSABLE

RESHAPING COLOMBIA'S ENERGY MATRIX: TOWARDS A SUSTAINABLE AND RESPONSIBLE TRANSITION**

Irit Milkes S.*

Docente investigadora, Universidad Externado de Colombia

RESUMEN: La transición energética en Colombia constituye una prioridad para garantizar un sistema energético más limpio, confiable y sostenible. En el presente trabajo se analiza algunas de las propuestas normativas e institucionales en la transformación de la matriz energética, así como los desafíos que enfrenta el país para aumentar la participación de fuentes no convencionales de energía renovable, sin que ello comprometa la seguridad del suministro ni la estabilidad económica. Tras la identificación de los obstáculos centrales, entre ellos las limitaciones en infraestructura de transmisión, las demoras en trámites ambientales y procesos de consulta previa, así como la incertidumbre derivada de decisiones políticas restrictivas para la explotación y exploración de minerales estratégicos para la transición energética, se exploran los desafíos regulatorios y técnicos para cumplir las metas propuestas en instrumentos internacionales en la materia.

PALABRAS CLAVE: transición energética, energías renovables, energía eléctrica, matriz energética, energía hidroeléctrica, reducción GEI, sostenibilidad

ABSTRACT: Colombia's energy transition is a central objective in the country's pursuit of a cleaner, more resilient, and sustainable energy system. This paper explores the key legal and institutional frameworks shaping the transformation of the national energy mix, focusing on the growing integration of non-conventional renewable energy sources. It highlights critical challenges—such as inadequate transmission infrastructure, delays in environmental and prior consultation procedures, and policy uncertainty regarding the exploration of strategic minerals—underscoring their impact on the feasibility of energy projects. The discussion also examines Colombia's regulatory and technical requirements to align its energy agenda with international commitments, ensuring a just and secure transition that balances environmental goals with national energy security and economic stability.

* Abogada y Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Público de la Universidad Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Estudiante del Máster en Derecho de Aguas de la Universidad de Granada y Doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona.

KEYWORDS: Energy transition, Renewable energy sources, Electric power, Energy Mix, hydropower energy, GHG emissions reduction, sustainability.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA ALTA DEPENDENCIA DEL AGUA EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL AÚN PAPEL PROTAGÓNICO DE COMBUSTIBLES FÓSILES.— 3. EL PLAN ENERGÉTICO 2022-2052: UNA POLÍTICA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA UN ABASTECIMIENTO DE ENERGÍA SEGURO, SOSTENIBLE Y JUSTO.— 4. LOS PRINCIPALES RETOS PARA LA INTEGRACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES A LA MATRIZ ENERGÉTICA.— 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La firma del Acuerdo de París durante la COP21 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático marcó un hito en la acción climática global, al establecer compromisos conjuntos para limitar el aumento de la temperatura media del planeta. Con ello, los Estados parte se comprometieron a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y a fortalecer los instrumentos disponibles para hacer frente a los retos del cambio climático. En este sentido, Colombia asumió el compromiso de reducir aproximadamente un 51 por 100 de emisiones de GEI para el 2030, a través de distintas medidas dirigidas a la descarbonización progresiva de sectores estratégicos para la economía nacional, tales como el transporte, la agricultura y la generación de energía¹.

Si bien la actual matriz energética se compone, en su mayoría, de fuentes renovables, aún persiste una importante dependencia de combustibles fósiles. En este sentido, resulta prioritario avanzar hacia una mayor incorporación de fuentes no convencionales de energías renovables (FNCER), de forma que se promueva la diversificación del portafolio energético. Con ello no solo se espera fortalecer la seguridad en el abastecimiento y suministro eléctrico, sino también mitigar los efectos de fenómenos naturales cada vez con mayor frecuencia, intensidad y magnitud, como es el caso del fenómeno de El Niño, debido al cambio climático. Por ejemplo, el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), advirtió que durante el segundo semestre de 2023 se observaron condiciones climáticas más fuertes y de mayor intensidad de las experimentadas en años anteriores².

¹ Cancillería de Colombia, Colombia culmina proceso de ratificación del Acuerdo de París de Cambio Climático, julio 2018, Disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/colombia-culmina-proceso-ratificacion-acuerdo-paris-cambio-climatico>. Ver también, GARCÍA ARBELÁEZ, C. *et.al.*, Así actuará Colombia frente al cambio climático, 1ª ed., 2016 y GARCÍA ARBELÁEZ, C., BARRERA, X., GÓMEZ, R., SUÁREZ CASTAÑO, R., *El ABC de los compromisos de Colombia para la COP21*, 2ª ed., WWF-Colombia, 2015,

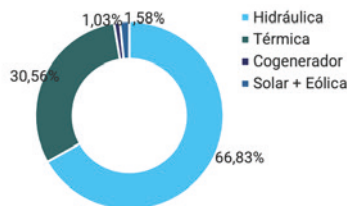
² Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), Seguimiento al ciclo ENOS. El Niño – Oscilación Sur, Boletín No. 179, 22 junio 2023.

En este contexto, la transición energética se presenta como una oportunidad única para Colombia, no solo para reducir su vulnerabilidad climática y descarbonizar la economía nacional, sino también para modernizar el sistema energético, garantizando una mayor eficiencia en sectores estratégicos como el transporte, la energía y la industria en general, especialmente el sector agrícola y ganadero³. Lograr una integración efectiva de energías renovables no convencionales requerirá superar algunos desafíos, tanto a nivel material como jurídico. Por ello, la combinación de la energía convencional más fuerte, como la hidroeléctrica, con el fomento de energías convencionales se consolida como un eje esencial para garantizar seguridad y confianza en el suministro de energía eléctrica, además de apoyarse de otros sectores de la economía como es la extracción de recursos mineros totalmente determinantes para garantizar una transición energética sostenible y el cumplimiento de las metas desarrollo sostenible para el 2050.

2. LA ALTA DEPENDENCIA DEL AGUA EN LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL AÚN PAPEL PROTAGÓNICO DE COMBUSTIBLES FÓSILES

La generación y producción eléctrica en Colombia se caracteriza por su alta dependencia de la energía hidroeléctrica, que representa aproximadamente el 70 por 100 de la energía generada en grandes embalses⁴.

Gráfico 1. Participación en la matriz energética por tipo de tecnología 2023



Fuente: XM. Cálculos: Corficolombiana

Gráfico tomado del Informe sobre Actualidad del Sector Energético Colombiano realizado por Corficolombiana⁵

³ Corficolombiana, Oportunidades de crecimiento de Colombia en la transición energética, julio 2024, Disponible en: [https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20\(3\).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8](https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20(3).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8)

⁴ International Hydropower Association (IHA), "Colombia, como uno de los líderes latinoamericanos en energía hidroeléctrica le apuesta a la aplicación de un estándar mundial de sostenibilidad, 2023, Disponible en: <https://www.hydropower.org/news/colombia-como-uno-de-los-lideres-latinoamericanos-en-energia-hidroelectrica-le-apuesta-a-la-aplicacion-de-un-estandar-mundial-de-sostenibilidad>. En el mismo sentido, XM indica que para el año 2021 la energía hidroeléctrica representaba el 71.4 por 100 de la participación total de energías renovables en el Sistema Interconectado Nacional, Disponible en: https://informeanual.xm.com.co/informel/pages/xm/21-generacion-del-sin.html?utm_source=chatgpt.com

⁵ Corficolombiana- Investigaciones Económicas, Actualidad del Sector energético colombiano, Perspectiva sectorial energía, 2023. Disponible en: <https://investigaciones.corfi.com/analisis-sectorial-y>

El suministro eléctrico colombiano es totalmente vulnerable a la variabilidad climática. Si bien, en condiciones de normalidad de las fuentes hidrológicas, la generación hidroeléctrica puede satisfacer alrededor de un 85 por 100 de la demanda de energía, durante los períodos de sequía ha sido necesario recurrir a fuentes de generación térmica, como ha ocurrido en los últimos años⁶. Los fenómenos climáticos asociados al fenómeno de El Niño han demostrado cómo este escenario de mayor exposición y vulnerabilidad tiene un impacto directo en costos de generación energética, el incremento de los costos de generación energética, la variabilidad en las tarifas del consumo de electricidad y el aumento de emisiones GEI. Por ejemplo, regiones como la Costa Atlántica presentan tarifas de electricidad un 18 por 100 más altas en comparación con el resto del país.

En este orden, la diversificación de la matriz energética se convierte en una prioridad esencial dirigida a llevar al país a tan anhelada transición. La relevante dependencia a la disponibilidad y gestión del agua, no solo pone en riesgo su disponibilidad para la provisión de energía, sino también el acceso a este recurso para otros usos privativos como el uso agrícola o industrial. Con todo ello, este proceso de diversificación dirigida a alcanzar la seguridad energética no podrá plantearse si no se articula con una política integral de seguridad hídrica, especialmente en escenarios climáticos extremos. Claramente, ello supondrá la incorporación, de manera explícita, a criterios de asignación y priorización del agua, además de la compatibilidad que debe tener con otras decisiones resultado de procesos de gobernanza alrededor del recurso hídrico, incluida la participación de comunidades locales.

3. EL PLAN ENERGÉTICO 2022-2052: UNA POLÍTICA DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA UN ABASTECIMIENTO DE ENERGÍA SEGURO, SOSTENIBLE Y JUSTO

En este sentido, el Plan Energético Nacional (PEN) 2022-2052, como parte de un ejercicio prospectivo a treinta años realizado por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), identifica las alternativas tecnológicas en producción y consumo de energía, con el objetivo de evaluar el impacto futuro en el abastecimiento, competitividad y sostenibilidad del suministro de energía, así como su financiamiento⁷. No se trata, en este caso, de una mera inclusión de energías renovables y no convencionales en la matriz energética, o realizar una mera suma de la capacidad instalada, sino de una verdadera transformación en las formas en que se produce, consume y financia la energía en Colombia.

sostenibilidad/perspectiva-sectorial-energi/actualidad-del-sector-energetico-colombiano/informe_1290865

⁶ Planas, María Alejandra; Cárdenas, Juan, «La matriz energética de Colombia se renueva», Banco Interamericano de Desarrollo (BIC) - Energía para el futuro (Blog), marzo 2019, Disponible en: <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-matriz-energetica-de-colombia-se-renueva/>

⁷ Unidad de Planeación Minero Energético (UPME), Sistema de Información Minero Energético Colombiano, Plan Energético Nacional (PEN) 2022-2025, Disponible en: https://www1.upme.gov.co/DemandayEficiencia/Documents/PEN_2022_2052/Resumen_ejecutivo_PEN_2022_2052.pdf

En el ámbito de la energía eléctrica, se prevé que, en el corto plazo, se pongan en marcha diferentes proyectos de energías renovables. Colombia cuenta con un gran potencial de energía eólica y solar, debido a sus condiciones climáticas y geográficas⁸. Si bien para el período 2023-2024, se previó cerca de 3330 MW de nueva capacidad renovable —once veces el parque solar y eólico que se encuentra actualmente en operación—, estos avances son tan solo el primer paso para responder a las exigencias del PEN.

Gráfico 2. Participación en la matriz energética por tipo de tecnología 2020

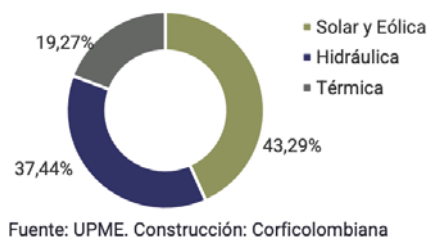


Gráfico tomado del Informe sobre Actualidad del Sector Energético Colombiano realizado por Corficolombiana⁹.

Actualmente, los retrasos en cronogramas, las dificultades a nivel regulatorio y los cuellos de botella en procesos de contratación en proyectos de infraestructura de transmisión ponen en juego la viabilidad y posibilidad de alcanzar las metas planteadas en las próximas décadas¹⁰. Debe agregarse, además de las complejidades regulatorias y procedimentales, algunos problemas de conectividad a la red nacional. Bien lo detalla la experiencia reciente del primer trimestre de 2025, donde, a pesar de traerse la entrada de trece proyectos fotovoltaicos al Sistema Interconectado Nacional (SIN)¹¹, además de la suma de 16MW en capacidad solar, algunos estiman que más del 55 por 100 de los proyectos de transmisión presentan retrasos lo cual, compromete la conexión oportuna de instalaciones energéticas fotovoltaicas en específico, así como también la incorporación de fuentes adicionales de energías renovables¹².

⁸ Montoya, Milton F., Muñoz Andrade, Madeleine, *Energía en Transición. Características y retos del sector minero energético en Colombia*, Ed. Debate, Bogotá, 2025, p. 45.

⁹ Corficolombiana- Investigaciones Económicas, *Actualidad del Sector energético colombiano, Perspectiva sectorial energía*, 2023. Disponible en: https://investigaciones.corfi.com/analisis-sectorial-y-sostenibilidad/perspectiva-sectorial-energia/actualidad-del-sector-energetico-colombiano/informe_1290865

¹⁰ Unidad de Planeación Minero Energético (UPME), Sistema de Información Minero Energético Colombiano, *Plan Energético Nacional (PEN) 2022-2025*, Disponible en: https://www1.upme.gov.co/DemandayEficiencia/Documents/PEN_2022_2052/Resumen_ejecutivo_PEN_2022_2052.pdf

¹¹ XM, *Informes de Gestión 2024*, Disponible en: https://www.xm.com.co/sites/default/files/documents/Carta%20informe%20de%20gestión%202024_0.pdf

¹² Portafolio, XM asegura que el 55 por 100 de los proyectos de transmisión presentan retrasos, 22 mayo de 2025. Disponible en: <https://www.portafolio.co/energia/xm-asegura-que-el-55-de-los-proyectos-de-transmision-presentan-retrasos-630896>

Por señalar un ejemplo, uno de los mayores retos, en el contexto nacional, es la transformación del sector transporte, el cual, hasta la fecha, constituye el sector industrial que más consume combustibles fósiles. Su descarbonización implicará grandes inversiones en la electrificación del sector, así como la implementación de medidas de eficiencia energética¹³. Si bien Colombia ha sido precursora de la movilidad eléctrica en América Latina, cerca de un 71 por 100 del parque automotor funciona con gasolina, un 28 por 100 con diésel y tan solo un 0,3 por 100 con otro tipo de combustible¹⁴. Con ello, los retrasos de proyectos de transmisión perjudican este proceso de transición del sector en mención puesto que la incertidumbre acerca de la disponibilidad de energía renovable confiable disuadirá los planes de modernización de flotas de transporte a vehículos eléctricos con cero emisiones, más aún, cuando tampoco se asegura una red de estaciones de recarga lo suficientemente robustas que garanticen su efectividad y se encuentren totalmente conectadas a redes eléctricas de transmisión y distribución¹⁵. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Por otro lado, el cumplimiento de las ambiciosas metas planteadas por el Estado colombiano requiere, entonces, de una participación proactiva tanto del sector público como del privado. No es suficiente la inversión: existen otros criterios como la existencia de un panorama regulatorio estable, esquemas de financiamiento y fomento totalmente inclusivos para vincular a los usuarios del consumo de energías limpias, además de una seria campaña de capacitación a la ciudadanía sobre los beneficios que se derivan de su uso.

En este contexto, la integración del sector privado exige la creación de incentivos adecuados que garanticen el acceso a mecanismos y modelos de financiamiento capaces de acompañar tanto a las empresas como a los usuarios en la adopción de sistemas de producción, generación y consumo de energías más limpias y eficientes. Entre los diversos incentivos, uno de los más importantes es la seguridad jurídica proporcionada a los inversionistas y promotores de proyectos energéticos. En esta línea, se puede observar en el artículo 30 de la Ley 2169 de 2021, por ejemplo, donde se prevé que los proyectos de obras para la producción y almacenamiento de hidrógeno verde podrán ser declarados de utilidad pública e interés social. Esta declaratoria tiene como propósito asegurar que tales iniciativas, en sus etapas de inversión, construcción o ejecución, se desarrollen dentro de un marco de previsibilidad y estabilidad jurídica.

Asimismo, el legislador ha promovido múltiples incentivos tributarios y financieros, especialmente a través de la Ley 2099 de 2021. Sus artículos 11 y 12 recogen beneficios dirigidos a fomentar la generación de energía eléctrica mediante fuentes no convencionales y a incentivar la gestión eficiente de la energía. Entre ellos se des-

¹³ World Bank, Grupo Banco Mundial. Informe sobre clima y desarrollo del país. Colombia, p. 18. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099072023124015474/pdf/P1781040f920a400809a2c09e70149f435b.pdf>

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ The International Council On Clean Transportation, Hoja de ruta para descarbonizar el transporte de carga en América Latina entre 2025 y 2050, Consultant Report, junio de 2023, Disponible en: <https://theicct.org/wp-content/uploads/2023/08/Hoja-de-Ruta-White-Paper-A4-v4.pdf>

tacan la deducción fiscal del impuesto a la renta, la exención del impuesto de valor agregado (IVA) para productos con altos índices de eficiencia energética o destinados al desarrollo de proyectos de generación con FNCE, así como equipos utilizados en la medición y evaluación de potencial energético.

4. LOS PRINCIPALES RETOS PARA LA INTEGRACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES NO CONVENCIONALES A LA MATRIZ ENERGÉTICA

La diversificación de la matriz de generación es una prioridad que debe encabezar los esfuerzos dirigidos a la transición energética, así como la reducción de emisiones GEI con el aumento de la participación de las FNCER. Aunque Colombia cuenta con una ventaja comparativa —una red eléctrica predominantemente verde gracias a la participación de la energía hidroeléctrica, como señalamos anteriormente—, esta condición no basta para garantizar la integración efectiva de fuentes no convencionales de energías renovables, especialmente la solar y eólica. Con ello, actualmente, se evidencian algunos retos estructurales para alcanzar las metas trazadas en el PEN 2022-2052.

Existe tres problemáticas relacionadas con la puesta en marcha de la transición energética en el panorama actual:

El primer desafío está relacionado con la infraestructura. El respaldo de generación eléctrica basado en energías renovables enfrenta la ausencia de infraestructura adecuada, además de las restricciones en las redes de transmisión que conectan el norte y el centro del país¹⁶. En este contexto, existe la necesidad de mejorar la calidad de la infraestructura de energía para garantizar la incorporación de fuentes no convencionales a la red de suministro de energía en momentos de sequía a lo largo del territorio¹⁷. Por ejemplo, los proyectos de parques eólicos en La Guajira, al norte del país, dependen de dos proyectos de líneas de transmisión: Cuestecitas, operado por Interconexión Eléctrica- ISA, y Colectora, operado por Grupo de Energía de Bogotá – GEB¹⁸. A la fecha, ninguno de estos ha entrado en operación debido a diversas circunstancias lo cual no se traduce en energía disponible para los usuarios. Una de las claves esenciales para la transición energética radica en la infraestructura disponible para implementarla. Sin las redes necesarias de transmisión y distribución

¹⁶ Montoya, Milton F., Muñoz Andrade, Madeleine, *Energía en Transición. Características y retos del sector minero energético en Colombia*, Ed. Debate, Bogotá, 2025, p. 22.

¹⁷ World Bank, Grupo Banco Mundial. Informe sobre clima y desarrollo del país. Colombia, 2023, p. 18. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099072023124015474/pdf/P1781040f920a400809a2c09e70149f435b.pdf>

¹⁸ Corficolombiana, *Cuellos de botella en compromisos de Energía Renovable No Convencionales para 2023*, Disponible en: [https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/Perspectiva%20Sectorial%20-%20Energ%C3%ADa%20\(Octubre%202022\)%20vf.pdf?3e360df7-fe65-b9c9-0119-432d55165966](https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/Perspectiva%20Sectorial%20-%20Energ%C3%ADa%20(Octubre%202022)%20vf.pdf?3e360df7-fe65-b9c9-0119-432d55165966)

que integren las FNCER, así como la expansión de su cobertura, será imposible llevar esta energía a los centros de consumo y cumplir con las expectativas establecidas.

Segundo, uno de los obstáculos con mayor incidencia se relaciona con la tramitación de licencias ambientales y los procesos de consulta previa. La conflictividad de los intereses perseguidos con la ejecución de proyectos de energía con los intereses sociales de comunidades indígenas y rurales ha impactado de manera notable en los resultados esperados por el Gobierno Nacional y grupos de inversionistas. Proyectos clave como la construcción del proyecto eólico *Windpeshi* del grupo ENEL en La Guajira, suspendido indefinidamente tras retrasos en el cronograma, especialmente por los trámites administrativos asociados a su puesta en funcionamiento¹⁹. A ello se suman los más de 240 procesos de consulta previa asociados al proyecto Colectora, lo que evidencia que, pese a la existencia de un marco jurídico y regulatorio que promueve su creación e integración en la matriz energética en Colombia, en la práctica su tramitación se ve entorpecida por los diferentes trámites burocráticos y regulatorios en materia ambiental y social, además de la ausencia de verdaderos mecanismos eficaces de concertación con las comunidades afectadas²⁰. Un asunto que requiere ser resuelto en la mayor brevedad posible para cumplir con las metas propuestas de neutralidad de carbono al año 2050²¹.

Un tercer desafío proviene de la alta dependencia del respaldo de energía térmica. Mientras se incrementa la participación de fuentes no convencionales de generación de energía, el respaldo de la red en períodos de sequía —particularmente mediante centrales termoeléctricas— enfrenta la limitación de depender de carbón y gas natural. Estos combustibles fósiles pertenecen al grupo de hidrocarburos cuya exploración y extracción han sido restringidas por decisión del actual Gobierno de Gustavo Petro, que, sin una valoración técnica suficientemente rigurosa, suspendió los procesos de adjudicación de contratos desde enero de 2023. Esto no solo expone al país a un mayor riesgo de desabastecimiento, sino que también se trata un sector que representa entre el 47 por 100 y el 52 por 100 de las exportaciones totales de la economía extractiva nacional durante la última década²², generando así una reducción de los ingresos fiscales, una menor entrada de divisas y una caída en la inversión extranjera directa, lo que aumenta, sin duda, los desafíos para la financiación de la transición energética.

¹⁹ ENEL, Enel Colombia suspende indefinidamente la construcción del parque eólico Windpeshi en La Guajira. Disponible en: <https://www.enelgreenpower.com/es/medios/press/2023/05/enel-colombia-suspende-indefinidamente-la-construccion-del-parque>

²⁰ Corficolombiana, Oportunidades de crecimiento de Colombia en la transición energética, 2024, Disponible en: [https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20\(3\).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8](https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20(3).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8)

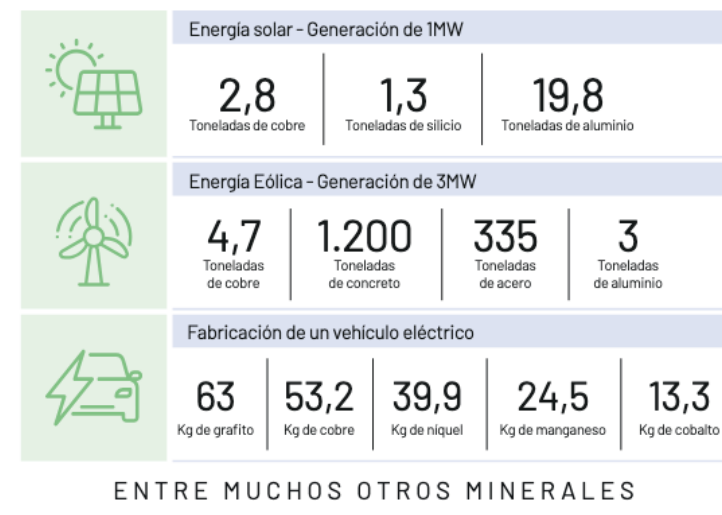
²¹ Montoya, Milton F., Muñoz Andrade, Madeleine, Energía en Transición. Características y retos del sector minero energético en Colombia, Ed. Debate, Bogotá, 2025, p. 135.

²² Asociación Nacional de Comercio Exterior, Informe mensual de exportaciones colombianas. Diciembre de 2024, Disponible en: <https://analdex.org/2025/02/11/informe-mensual-de-exportaciones-colombianas-diciembre-de-2024/#:~:text=En%20el%20registro%20mensual%20correspondiente,mismo%20mes%20del%20a%C3%B1o%20anterior>

Un punto transversal a los retos anteriormente señalados, es el estrecho vínculo entre la transición energética y la minería. Es, sin duda, una dimensión del debate que no puede ser invisibilizada puesto que, al menos en el corto y mediano plazo, se necesita de ciertas actividades extractivas para viabilizar la transición energética.

Algunos minerales, como el cobre y el litio, son insumos fundamentales tanto para la generación de energías limpias como para la fabricación de componentes clave, entre ellos los generadores utilizados en parques eólicos o las celdas fotovoltaicas integradas en los paneles solares²³. Por ejemplo, según el *International Copper Study Group* (ICSG), más del 30 por 100 de las reservas mundiales de cobre se concentran en la cordillera de los Andes. Para «construir infraestructura de generación solar con 1MW de potencia se necesitan 2,8 toneladas de cobre, 1,3 toneladas de silicio y 19,8 toneladas de aluminio; para la infraestructura de generación eólica con potencia de 2 MW se necesitan 4,7 toneladas de cobre, 1200 toneladas de concreto, 335 toneladas de acero y 3 toneladas de aluminio»²⁴.

Grafico 3. Minerales en la transición energética



Fuente: Banco Mundial, International Energy Agency.

Tabla tomada del Documento «Minería en cifras – 2023» de la Asociación Colombiana de Minería.

²³ Hund, K.; La Porta, D.; Fabregas, T.; Laing, T.; Drexhage, J. (2020). Minerals for Climate Action: The Mineral Intensity of the Clean Energy Transition. World Bank Publications. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099052423172525564/pdf/P16627806f5aa400508f8c0b-dcba0878a3e.pdf>

²⁴ Asociación Colombiana de Minería, Minería en Cifras, 2023, p.22, Disponible en: <https://acmineria.com.co/sitio/wp-content/uploads/2023/06/ACM-MineriaEnCifras-2023.pdf>

Si volviésemos al sector transporte, incidiríamos nuevamente, sobre el papel protagonista que proporciona la minería para el desarrollo de tecnologías limpias y renovables, como es el caso de los mismos vehículos eléctricos, baterías de almacenamiento, turbinas eólicas o paneles solares. Minerales como el cobre, litio, níquel, cobalto, manganeso, silicio, entre otros, determinarán con qué tanta rapidez pueden acelerarse los procesos de descarbonización a fuentes de energía renovable. Según la Agencia Internacional de Energía (IEA), para 2023 la producción de un solo vehículo eléctrico requiere cantidades significativas de grafito (63kg), cobre (53,2 kg), níquel (39,9 kg), manganeso (24,5 kg) y cobalto (13,3 kg)²⁵. Si bien se cuenta con múltiples minerales estratégicos y la posición geológica de Colombia, frente a terceros países es envidiable, necesita seguir fortaleciendo su capacidad de exploración y procedimiento para responder a las necesidades que demanda esta transición. Ya no solo para el reemplazo progresivo de flota automotor, sino también para la construcción de infraestructura destinada a la recarga sostenible de estos.

La voluntad política del actual gobierno, calificada como ingenua desde varios sectores, no es suficiente para alcanzar la transición energética y las metas de sostenibilidad a mediano y largo plazo. Entre otros asuntos complejos, los desafíos aquí expuestos pueden ser escenarios de vital importancia para ser atendidos: la infraestructura de transmisión, la gobernanza socioambiental y el respaldo energético en el corto plazo. Todos ellos, articulados con planes de minería sostenible que garantizarán esos insumos tanto estratégicos como necesarios para la transformación del sector energético en Colombia y restarán las inseguridades e incertidumbre que ha traído la falta de ejecución de los proyectos diseñados en esta línea.

5. CONCLUSIONES

A grandes rasgos, puede concluirse que la diversificación de la matriz energética debe aún centrarse en el aprovechamiento de recursos energéticos primarios, los cuales son necesarios para garantizar una confiabilidad en tiempos de transición. A pesar de los fenómenos climáticos variables, Colombia tiene la suerte de seguir priorizando el uso de recursos hídricos y otras fuentes de generación de energía que le otorgan independencia, seguridad y resiliencia en el desarrollo de su sistema energético.

Ello no supone, entonces, que la transición y el cumplimiento de metas de desarrollo sostenible sean el resultado de un proceso abrupto. Dicha interpretación puede tener serias implicaciones en la seguridad del suministro. Por el contrario, el camino a lograr una matriz más limpia y diversificada debe vincular proyectos de energía sin que suponga la paralización de proyectos de energías convencionales como lo promueve el actual gobierno o poner en peligro la continuidad del suministro energético en el país.

²⁵ International Energy Agency, Colombia 2023. Energy Policy Review

La expansión del sistema de generación y transmisión eléctrica en el país debe orientarse hacia la complementariedad entre diversas fuentes renovables. Esta estrategia debe aprovechar mecanismos existentes como las subastas, pero al mismo tiempo exigir un fortalecimiento en la capacidad de planificación y ejecución tanto por parte del sector público como del privado en técnicas de almacenamiento. Es esencial que los actores involucrados en toda la cadena, especialmente los consumidores, no les sean trasladados los costos derivados de situaciones irregulares o defectuosas del suministro.

Por último, deben diseñarse mecanismos alternativos y más eficientes para agilizar trámites y requerimientos ambientales. Sin duda, la simplificación de estos procesos de intervención pública para su autorización debe priorizar la agilidad y eficiencia de la actividad de las autoridades competentes, sin dejar de priorizar los espacios de diálogo efectivos con la comunidad para asegurar mayor viabilidad de los acuerdos logrados con estos. Los procesos de concertación entre el sector público y privado, así como la sociedad civil, son prioridad actual para que el legislador colombiano cimente unas bases procedimentales claras para su debida eficiencia y eficacia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Asociación de Energías Renovables (SER), (2023), *Proyectos de Energías Renovables 2023-2024*, Disponible en: <https://ser-colombia.org/wp-content/uploads/2023/05/REVISTA-2.pdf>
- Asociación Nacional de Comercio Exterior (Colombia), (2024), *Informe mensual de exportaciones colombianas diciembre de 2024*, Disponible en: <https://analex.org/2025/02/11/informe-mensual-de-exportaciones-colombianas-diciembre-de-2024/#:~:text=En%20el%20registro%20mensual%20correspondiente,mismo%20mes%20del%20a%C3%B1o%20anterior.>
- Corficolombiana (2024a), *Oportunidades de crecimiento de Colombia en la Transición Energética*, Disponible en: [https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20\(3\).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8](https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/22-07-2024.%20Informe%20Oportunidades%20Sectoriales%20VF%20(3).pdf/55855f7d-f6da-1885-13cf-89fa649a09d8)
- Corficolombiana, (2022), *Cuellos de botella en compromisos de Energías Renovables No Convencionales para 2023*, Disponible en: [https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/Perspectiva%20Sectorial%20-%20Energ%C3%ADa%20\(Octubre%202022\)%20vf.pdf/3e360df7-fe65-b9c9-0119-432d55165966](https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/Perspectiva%20Sectorial%20-%20Energ%C3%ADa%20(Octubre%202022)%20vf.pdf/3e360df7-fe65-b9c9-0119-432d55165966)
- Corficolombiana, (2023), *Actualidad del sector energético colombiano*, Disponible en: <https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/Informe%20Sectorial%20Sector%20Electrico%2024012023%20VF.pdf/6f0862d8-aacb-40fd-cc3e-0c95916bceba>
- Corficolombiana, (2024), *Informe semanal, El Niño sorprende en intensidad y duración*, Disponible en: <https://investigaciones.corfi.com/documents/38211/0/29012024%20editorial.pdf/0f386a99-ceba-d250-556d-d5848a3d633e>
- ENEL, (2023), *Enel Colombia suspende indefinidamente la construcción del parque eólico Windpeshi en La Guajira*, Disponible en: <https://www.enelgreenpower.com/es/medios/press/2023/05/enel-colombia-suspende-indefinidamente-la-construccion-del-parque>
- Gobierno de Colombia. 2020. *Actualización de la contribución determinada a nivel nacional de Colombia (NDC)*. Bogotá: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). Disponible en: <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/NDC%20actualizada%20de%20Colombia.pdf>
- Hund, K.; La Porta, D.; Fabregas, T.; Laing, T.; Drexhage, J. (2020). *Minerals for Climate Action: The Mineral Intensity of the Clean Energy Transition*. World Bank Publications. Disponible en: <https://>

- documents1.worldbank.org/curated/en/099052423172525564/pdf/P16627806f5aa400508f8c0b-dcba0878a3e.pdf*
- International Hydropower Association- IHA, (2023), *Colombia, como uno de los líderes latinoamericanos en energía hidroeléctrica, le apuesta a la aplicación de un estándar mundial de sostenibilidad*, Disponible en: <https://www.hydropower.org/news/colombia-como-uno-de-los-lideres-latinoamericanos-en-energia-hidroelectrica-le-apuesta-a-la-aplicacion-de-un-estandar-mundial-de-sostenibilidad>
- Ministerio de Minas y Energía, (2021), *Hoja de ruta del hidrógeno en Colombia*. Disponible en: https://www.minenergia.gov.co/documents/5861/Hoja_Ruta_Hidrogeno_Colombia_2810.pdf
- MONTOYA, MILTON F.; MUÑOZ ANDRADE, M., (2025), *Energía en Transición. Características y retos del sector minero energético en Colombia*, Ed. Debate, Bogotá.
- PLANAS, M. A, y CÁRDENAS, J., (2019) «La matriz energética de Colombia se renueva». *BID. Energía para el Futuro* (blog), 26 de marzo de 2019. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-matriz-energetica-de-colombia-se-renueva/>.
- Stockholm Environment Institute (Septiembre, 2021), *Siete principios para una transición justa hacia una economía baja en carbono*, Disponible en: <https://www.sei.org/wp-content/uploads/2021/09/brief-sevenprinciplessept21.pdf>
- World Bank, (2023), *Grupo Banco Mundial. Informe sobre clima y desarrollo del país*. Colombia, Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099072023124015474/pdf/P1781040f920a-400809a2c09e70149f435b.pdf>

EL DESAFÍO REGULATORIO DE LA BIOTECNOLOGÍA VEGETAL EN EUROPA: ENTRE EL IMPULSO A LA INNOVACIÓN Y LA PRESERVACIÓN DE LAS GARANTÍAS PÚBLICAS*

Mariola Rodríguez Font

Profesora Agregada Serra i Húnter. Universidad de Barcelona
mariolarodriguezfont@ub.edu

RESUMEN: Este artículo analiza el enfoque regulatorio que sustenta la propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre las Nuevas Técnicas Genómicas (NTG) aplicadas a los vegetales, en comparación con el modelo clásico aplicable a los Organismos Genéticamente Modificados (OMG). Examina, en particular, cómo la transformación que entraña podría redefinir el papel histórico del principio de precaución en la política europea de seguridad alimentaria y ambiental, ofreciendo una visión estructurada de los cambios previstos e identificando los principales puntos de tensión técnico-jurídicos y sus implicaciones para la gestión pública del riesgo.

PALABRAS CLAVE: nuevas técnicas genómicas; NTG; OMG; Gestión del riesgo; principio de precaución; evaluación de riesgos; procedimiento de verificación.

ABSTRACT: This article examines the regulatory approach underlying the European Union's proposed Regulation on New Genomic Techniques (NGTs) applied to plants, in comparison with the classical model governing Genetically Modified Organisms (GMOs). It explores, in particular, how the transformation it entails could redefine the historical role of the precautionary principle in European food and environmental safety policy, offering a structured overview of the proposed changes and identifying the main technical and legal tensions and their implications for public risk management.

KEYWORDS: new genomic techniques; NGT; GMO; risk management; precautionary principle; risk assessment; verification procedure.

* Esta publicación es parte del proyecto de investigación PID2022-140060NB-I00: *La regulación de riesgos derivados del cambio climático y las nuevas fórmulas para su justa distribución social. La transición hídrica como sector de referencia*. Ministerio de Ciencia e Innovación. IP1: Dr. José Esteve Pardo – IP2: Dra. Mariola Rodríguez Font.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO EUROPEO DE OMG BAJO LA LÓGICA PRECAUTORIA.— 3. EL NUEVO MARCO REGULATORIO DE LAS NTG.— 4. TRANSFORMACIONES EN LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LOS VEGETALES NTG1. 4.1. De la evaluación exhaustiva a la simplificación administrativa; 4.2. El umbral de las veinte modificaciones como eje del debate regulatorio; 4.3. De la evaluación *ex ante* a la gestión *ex post*; 4.4 La transparencia a debate: participación ciudadana, etiquetado y trazabilidad.— 5. REFLEXIÓN FINAL.— 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El principio de precaución constituye la respuesta jurídica más característica de la Unión Europea frente a la incertidumbre científica. Es más que un mandato de prudencia, es el principal instrumento de gestión del riesgo, orientado a prevenir daños a la salud y al medio ambiente, incluso cuando la evidencia disponible no permite alcanzar certezas plenas¹. Frente a modelos regulatorios de carácter más reactivo, el enfoque europeo se distingue por su lógica preventiva: actuar antes de que el perjuicio se produzca y no únicamente cuando ya se ha manifestado.

El principio de precaución despliega una triple dimensión: sustantiva, al incidir directamente en las decisiones públicas que autorizan, limitan o prohíben actividades y productos; procedimental, al exigir evaluación científica, transparencia y participación; y distributiva, al procurar que los costes derivados de la incertidumbre no recaigan sobre el conjunto de la sociedad, sino sobre quienes se benefician de la introducción de nuevas tecnologías o productos. Estas tres vertientes, especialmente visibles en ámbitos de elevada complejidad tecnológica como la biotecnología vegetal, han definido de manera decisiva el modelo regulatorio europeo y los fundamentos de su gobernanza del riesgo.

Durante la última década, este modelo ha comenzado a experimentar transformaciones significativas. Bajo el objetivo de simplificar el marco normativo, la Comisión Europea ha impulsado reformas destinadas a reducir cargas administrativas y facilitar el desarrollo tecnológico². Paralelamente, se han promovido políticas orientadas a la

¹ Entre otros muchos, véase BOURGUIGNON, D. *The Precautionary Principle: Definitions, Applications and Governance*. European Parliamentary Research Service (EPRS). 2015. Doi:10.2861/821468 o STIRLING, A. «Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate», *EMBO Reports* Vol. 8, No. 3, 2007.

² En línea con su estrategia para reducir cargas administrativas, la Comisión Europea ha promovido diversas reformas regulatorias en sectores como el farmacéutico, de productos sanitarios y biotecnológico. Entre ellas destacan la propuesta de revisión de la legislación farmacéutica para agilizar los procedimientos de autorización de medicamentos [EUROPEAN COMMISSION. *Modernising the EU pharmaceutical legislation affordable, accessible, and innovative medicines*. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/european-health-union/modernising-eu-pharmaceutical-legislation_en]; las adaptaciones del Reglamento de productos sanitarios (MDR) y del Reglamento de diagnóstico in vitro (IVDR) tras las críticas por su complejidad administrativa [MedTech Europe (2023). *Report on administrative burden under IVDR and MDR*. <https://www.medtechurope.org/resource-library/medtech-europes-report-on-administrative-burden-under-ivdr>

transición ecológica, especialmente a través del Pacto Verde Europeo y de la estrategia *De la Granja a la Mesa*, que buscan adaptar el sistema productivo a los retos del cambio climático. Ambos ejes —la simplificación normativa y la sostenibilidad— confluyen en un propósito común: crear condiciones más propicias para la innovación. La propuesta de Reglamento sobre determinados vegetales obtenidos mediante nuevas técnicas genómicas (COM(2023) 411 final)³ se inscribe precisamente en esa doble dirección, al simplificar los procedimientos y proyectar las Nuevas Técnicas Genómicas —NTG— como herramientas clave para alcanzar objetivos ambientales y reforzar la competitividad agroalimentaria europea⁴.

Desde el punto de vista jurídico-administrativo, el texto proyectado supone una notable reconfiguración de los mecanismos de control: los procedimientos autorizatorios se sustituyen por procedimientos de verificación, se atenúan las obligaciones de trazabilidad y etiquetado, y se limita la participación pública. Considerado desde un ángulo más amplio, estos cambios invitan a pensar que no estamos sólo ante una reforma sectorial, sino ante un giro relevante en el modo de gestionar el riesgo y de interpretar su principio rector.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO EUROPEO DE LOS OMG BAJO LA LÓGICA PRECAUTORIA

En este apartado no pretendemos abordar la complejidad dogmática del principio de precaución ni las controversias que aún suscita, sino destacar sus rasgos fundamentales para comprender su papel en la regulación comunitaria de la biotecnología vegetal.

Consagrado en el art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en materia de política ambiental, este principio fue ampliando progresivamente su radio de influencia. La Comisión Europea subrayó en el año 2000 que podía invocarse siempre que una evaluación científica preliminar objetiva aportara motivos razonables para temer riesgos graves para la salud humana, animal, vegetal o el medio ambiente, susceptibles de poner en entredicho el alto nivel de protección elegido por la Comunidad. Su extensión al ámbito alimentario comenzó con su reconocimiento

and-mdr] y las iniciativas transversales de simplificación agrupadas en el portal de mejora regulatoria [EUROPEAN COMMISSION. *Simplification and implementation*. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/better-regulation/simplification-and-implementation_en]. Estas reformas comparten un discurso orientado a favorecer la innovación tecnológica mediante la flexibilización y la aceleración procedimental.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los vegetales obtenidos con determinadas nuevas técnicas genómicas y a los alimentos y piensos derivados, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/625, COM(2023) 411 final. Disponible en https://food.ec.europa.eu/document/download/c03805a6-4dcc-42ce-959c-e4d609010fa3_es?filename=gmo_biotech_ngt_proposal_2023-411_es.pdf

⁴ KAHRMANN, J y LEGGEWIE, G. «European Commission's Plans for a Special Regulation of Plants Created by New Genomic Techniques», *European Papers* Vol. 9, No. 1, 2024, p. 25.

jurisprudencial a raíz de la crisis de las vacas locas, en la sentencia *National Farmers Union* (C-157/96, de 5 de mayo de 1998)⁵. Poco después, se incorporó de manera sectorial mediante la Directiva 2001/18/CE, relativa a la liberación intencional en el medio ambiente de Organismos Modificados Genéticamente —OMG—, centrada principalmente en la fase de cultivo y liberación —por ejemplo, ensayos de campo destinados a evaluar comportamientos agronómicos de los vegetales—. Finalmente, el principio se integró de manera transversal en el ámbito de la seguridad alimentaria a través del Reglamento (CE) n.º 178/2002, que establece los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria⁶.

La Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución (COM (2000) 1) lo consideró un «elemento esencial» de la política comunitaria en materia de medio ambiente y de protección de la salud que debía integrarse en un enfoque estructurado de análisis del riesgo, articulado en tres fases: la evaluación, la gestión del riesgo y la comunicación transparente. Este documento concretó una serie de criterios que orientan su aplicación: las medidas que en virtud de éste se adopten han de ser proporcionales al nivel de protección buscado, no discriminatorias, coherentes con medidas similares adoptadas en circunstancias parecidas, provisionales o sujetas a revisión y basadas en un balance entre los beneficios y los costes de actuar frente a los de no hacerlo. Entre sus aportaciones más relevantes figura también la inversión de la carga de la prueba, según la cual corresponde al promotor de una actividad o producto con riesgo potencial acreditar su seguridad antes de obtener la correspondiente habilitación administrativa.

Este desplazamiento de la carga probatoria ha marcado de manera decisiva la regulación de los OMG en la Unión Europea⁷. La búsqueda de un equilibrio entre dos exigencias en tensión: de un lado, favorecer la innovación biotecnológica aplicada a la agricultura y la alimentación; de otro, garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente frente a amenazas potenciales⁸, que constituya un rasgo común de la mayoría de los marcos regulatorios contemporáneos en

⁵ Sentencia de 5 de mayo de 1998, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union* y otros, C-157/96 (ECLI:EU:C:1998:191).

⁶ Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Sobre la política europea de seguridad alimentaria véase RODRÍGUEZ FONT, M. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2007.

⁷ VAN DEN BELT, H. «Debating the precautionary principle: 'guilty until proven innocent' or 'innocent until proven guilty'», *Plant Physiology* No. 3, 2003, y URRUTIA LIBARONA, I. «El reconocimiento del derecho a decidir sobre la prohibición (o no) de cultivos transgénicos en la reciente normativa de la UE», en GARCÍA URETA, A. Y BOLAÑO PIÑEIRO, M. C. (Coords.), *Nuevas perspectivas del derecho ambiental en el siglo XXI*. Aranzadi, 2018.

⁸ BOGNER, A. y TORGENSEN, H. «Precaution, responsible innovation and beyond- In search of a sustainable agricultural biotechnology policy», *Frontiers in Plant Science* No. 9, 2018 y ZAJÁČ ŠEVCOVÁ, K. «Harmonizing EU health legislation for new genomic techniques». *Novum Jus* No. 18, 2024. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.3.4>

la materia. En el caso europeo, la balanza se ha inclinado tradicionalmente hacia la prudencia, hasta consolidar el enfoque precautorio —en el sentido amplio apuntado en la Comunicación de la Comisión— como eje rector. Todo ello ha conferido al Derecho de la UE un carácter distintivo, que prioriza la seguridad y la anticipación sobre la mera facilitación de la libre circulación de productos en contextos de incertidumbre científica.

El régimen jurídico de los OMG —estructurado principalmente en torno a la Directiva 2001/18/CE sobre liberación intencional en el medio ambiente y el Reglamento 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente⁹—, se edificó explícitamente sobre los fundamentos que acabamos de comentar; y, en consecuencia, sobre estrictas exigencias procedimentales tanto antes como después del otorgamiento de los distintos permisos.

Desde comienzos de siglo, la normativa europea exige que todo operador realice una evaluación científica de riesgos antes de llevar a cabo cualquier liberación experimental o comercialización de OMG. La Directiva de 2001 exige una notificación previa a la autoridad nacional competente acompañada de un expediente completo con análisis de los riesgos medioambientales y las correspondientes medidas de gestión. Ninguna liberación intencional puede realizarse sin una decisión expresa de la administración, adoptada solo tras un escrutinio caso por caso.

En lo que respecta a la comercialización de un OMG como producto, el procedimiento comunitario prevé que la *European Food Safety Authority* —EFSA— emita un dictamen y que la resolución final se adopte colegiadamente en el ámbito europeo. Así, ningún OMG puede ser introducido —en la circulación comercial o a nivel de ensayos de campo— sin haber acreditado previamente su seguridad conforme a parámetros científicos definidos y sin la autorización formal de las instancias competentes.

El cultivo o la comercialización quedan condicionados, entre otras exigencias, a la implementación de planes de monitorización ambiental y sanitaria posteriores, destinados a detectar efectos adversos directos o diferidos no previstos en la evaluación inicial. Además, las autorizaciones se conceden por un plazo limitado —generalmente, diez años— y su renovación requiere la presentación de un informe detallado sobre los resultados de ese seguimiento y sobre cualquier nueva evidencia relativa a los riesgos para la salud o el medio ambiente; reflejando la función preventiva y adaptativa del modelo europeo.

⁹ La primera disposición reguladora de los OMG fue la Directiva 90/220/CEE, sustituida posteriormente por la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de OMG. Junto a ella, se adoptó el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente y el Reglamento (CE) n.º 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE.

Junto a estos requisitos, el procedimiento incorpora un componente participativo: las observaciones presentadas en consultas públicas deben ser consideradas antes de decidir sobre la liberación, lo que añade una dimensión deliberativa a la gestión del riesgo. Asimismo, la normativa faculta a los Estados miembros para restringir o prohibir el cultivo (autorizado en la UE) en su territorio por razones ambientales o socioeconómicas —mediante cláusulas de salvaguardia y, desde 2015, a través del mecanismo de *opt-out*¹⁰— dejando patente la relevancia de la aceptación social y de los factores extrajurídicos además de los científicos.

El marco legal impone asimismo un seguimiento continuo de los OMG permitidos. La normativa garantiza la trazabilidad en todas las fases de la cadena, desde la semilla hasta el producto final. Cada lote debe ser identificable y registrado para, en caso de detectarse efectos adversos, proceder a su rápida retirada. Y, en línea con el derecho de los consumidores a estar informados y a elegir, el régimen tradicional de los OMG establece la obligatoriedad de un etiquetado claro¹¹.

En suma, el modelo europeo de control se ha caracterizado por un alto nivel de garantías: evaluaciones del riesgo, exámenes científicos independientes caso por caso, autorización previa obligatoria, trazabilidad, etiquetado y participación pública, todo ello bajo el paraguas conceptual precautorio.

Sobre estos pilares bien asentados viene a incidir ahora la propuesta regulatoria de 2023 para las NTG aplicadas a los vegetales, cuya filosofía parece alejarse de varios de estos elementos tradicionales.

3. EL NUEVO MARCO REGULATORIO DE LAS NTG

Los avances científicos, entre ellos las NTG, han planteado a la Unión Europea el reto de adaptar un marco concebido para los transgénicos clásicos a biotecnologías potencialmente disruptivas. Durante la última década se ha constatado que las NTG suponen un salto cualitativo en la capacidad de intervenir sobre el material genético: frente a la transgénesis convencional, permiten introducir modificaciones con mayor precisión, rapidez y direccionalidad gracias a mecanismos avanzados de edición. Aunque su alcance se extiende a múltiples sectores, en el agroalimentario han adquirido protagonismo al posibilitar la alteración del genoma de plantas, animales o microorganismos con un grado de exactitud y eficacia desconocido hasta ahora.

¹⁰ La conocida como la cláusula *Opt-out* de la Directiva (UE) 2015/412 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de organismos modificados genéticamente (OMG) en su territorio. Con base en ella, los EEMM pueden establecer restricciones o prohibiciones al cultivo, respecto de un OMG específico o de un conjunto de ellos (definidos por variedad de cultivo o por determinadas características), aun cuando hayan sido autorizados a nivel europeo.

¹¹ La Directiva 2001/18/CE y el Reglamento (CE) 1830/2003 exigen que figure la indicación «Este producto contiene organismos modificados genéticamente», salvo en los supuestos de presencia accidental o técnicamente inevitable dentro del umbral de trazas autorizado.

El empleo de estas herramientas abre la vía a cultivos con rendimientos superiores y mayor resistencia frente a plagas o condiciones climáticas adversas. Asimismo, hacen posible mejorar las cualidades nutricionales de los alimentos y reducir los impactos ambientales de la agricultura y la ganadería. En conjunto, se perfilan como un instrumento central para avanzar hacia sistemas de producción más sostenibles, reforzar la seguridad alimentaria global y contribuir a la lucha contra el cambio climático.

No obstante, este potencial ha chocado con una regulación que, durante años, ha tratado por igual a ciertas técnicas de ingeniería genética, pese a sus diferencias en precisión y alcance. En la sentencia *Confédération paysanne* (C-528/16, de 25 de julio de 2018)¹², el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— determinó que los organismos obtenidos mediante mutagénesis dirigida —hoy identificada como una NTG— debían calificarse jurídicamente como OMG, quedando sujetos al mismo régimen que los transgénicos clásicos y, por tanto, al principio de precaución¹³. Con ello se confirmó la plena vigencia del modelo de cautela en el Derecho europeo, de modo que mientras no mediara reforma normativa, toda liberación o puesta en el mercado de productos obtenidos por NTG debía tramitarse bajo las disposiciones existentes en materia de OMG.

La decisión generó inquietud en las instituciones comunitarias y en parte de los operadores del sector¹⁴, que advirtieron la rigidez de la normativa frente a innovaciones biotecnológicas, con efectos potencialmente negativos sobre la competitividad y la capacidad de innovación en Europa. En respuesta, el Consejo de la Unión adoptó la Decisión (UE) 2019/1904¹⁵, en la que solicitó a la Comisión un estudio amplio

¹² Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, *Confédération paysanne* y otros (asunto C-528/16), ECLI:EU:C:2018:583.

¹³ Entre otros, PURNHAGEN, K. «How to manage The Union's diversity: The regulation of new plant breeding technologies in 'Confédération Paysanne And Others'». *Common Market Law Review* No. 56 (5), 2019. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/56/5/COLA2019106>; ZIMNY, T. «Regulation of GMO field trials in the EU and New Genomic Techniques: Will the planned reform facilitate experimenting with gene-edited plants?» *BioTechnologia* No. 104 (1), 2023; VIVES-VALLÉS, J. A. y COLONNIER, C. «The judgment of the CJEU of 25 July 2018 on mutagenesis: Interpretation and interim legislative proposal.» *Frontiers in Plant Science* No. 10, 2020. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpls.2019.01813> y ALMODÓVAR IÑESTA, M. «El largo camino hacia un régimen jurídico propio para los vegetales obtenidos por nuevas técnicas genéticas (NTG): análisis de la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a los vegetales obtenidos con determinadas nuevas técnicas genómicas y a los alimentos y piensos derivados», *Actualidad Jurídica Ambiental* No. 156, 2025. DOI: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.0041>.

¹⁴ Existían, en este sentido, y antes del fallo del Tribunal, opiniones de científicos y de autoridades de los Estados miembros —reunidas en un equipo de trabajo promovido por la Comisión— que en 2012 habían llegado ya a la conclusión de que la mayoría de nuevas técnicas (incluida la mutagénesis dirigida) no daban lugar a OMG sujetos a la Directiva. Véase ZETTERBERG, C. y EDVARDSSON BJÖRNBERG, K. «¿Time for a new EU regulatory framework for GM crops?», *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* No. 30, 2017. Doi:10.1007/s10806-017-9664-9. y BARTSCH, D., KAHRMANN, J. y LEGGEWIE, G. «Regulation of genome edited crops-European Union (EU) perspective». *Modern Biotechnology in Integrated Plant Production* Vol. 163, 2023.

¹⁵ Decisión (UE) 2019/1904 del Consejo de 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D1904>

sobre el conjunto de las NTG más allá del caso concreto de la mutagénesis. El encargo incluía evaluar la coherencia del marco normativo, la capacidad real de garantizar su cumplimiento y el trato equitativo entre productos importados y europeos.

La Comisión dio cumplimiento a este mandato en abril de 2021 con un informe que, ante la falta de definición oficial, caracterizó las NTG como técnicas de modificación genética surgidas o desarrolladas desde 2001. El documento concluyó que el marco vigente debía actualizarse para acompañarse al progreso científico y fomentar la innovación, en línea con el Pacto Verde, la Estrategia «De la Granja a la Mesa» y la Estrategia sobre Biodiversidad.

Apoyándose en los dictámenes de la EFSA, la Comisión destacó que podían obtenerse productos con perfiles de riesgo equivalentes tanto mediante técnicas de mejora convencionales como a través de determinadas modalidades de edición genómica, lo que hacía injustificado mantener diferencias sustanciales en la intensidad de los controles.

En este contexto, el 5 de julio de 2023 presentó la Propuesta de Reglamento COM (2023) 411 final, que establece un marco específico para las plantas¹⁶ obtenidas por mutagénesis dirigida y cisgénesis (incluida la intragénesis) y los alimentos o piensos derivados¹⁷. En ella se clasifican los vegetales en dos categorías, con consecuencias jurídicas diferenciadas. Los de categoría 1 quedan prácticamente exentos de los controles tradicionales, mientras que los de categoría 2 se someten a un régimen próximo —aunque más flexible— al de los OMG clásicos.

Las plantas NTG de categoría 1 —NTG1— son aquellas que, aunque obviamente editadas, se consideran equivalentes a las que podrían obtenerse de forma natural o mediante métodos convencionales de mejora. El criterio técnico central es que la nueva variedad no difiera del vegetal receptor/parental en más de veinte modificaciones genéticas de tipos concretos —detallados en el Anexo I de la Propuesta— y que no contenga material genético exógeno procedente de especies no compatibles. La Comisión justifica esta opción apoyándose en las conclusiones de la EFSA sobre la no existencia de peligros adicionales respecto a la mejora convencional. A las NTG1, por tanto, se les reconoce una presunción de equivalencia —y, por extensión, de seguridad— basada, en principio, en la evidencia científica disponible.

¹⁶ En este trabajo se emplean los términos *planta* y *vegetal* de manera indistinta como sinónimos, sin que esta elección conlleve diferencias conceptuales o jurídicas. En la versión española de la propuesta de reglamento el término oficial es *vegetal*, mientras que en la versión inglesa se utiliza *plant*.

¹⁷ Según el artículo 3 de la propuesta de Reglamento, por un lado, un vegetal obtenido con NTG se define como aquel «modificado genéticamente obtenido mediante mutagénesis dirigida o cisgénesis, o una combinación de estas, a condición de que no contenga ningún material genético ajeno al patrimonio genético de los obtentores que pueda haberse insertado temporalmente durante el desarrollo del vegetal obtenido con NTG». Por el otro, la mutagénesis y la cisgénesis quedan definidas de la siguiente manera: la mutagénesis dirigida agrupa las «técnicas de mutagénesis que dan lugar a modificaciones de la secuencia de ADN en lugares precisos del genoma de un organismo». Entre estas tecnologías de edición genética, destacaría la conocida CRISPR/Cas9. La cisgénesis reúne «técnicas de modificación genética que dan lugar a la inserción, en el genoma de un organismo, de material genético y presente en el patrimonio genético de los obtentores».

Para las NTG1 se establece un procedimiento de «verificación». En lugar de tramitar una solicitud de autorización con evaluación de riesgos, el desarrollador de un vegetal NTG1 deberá simplemente notificar y solicitar a la autoridad competente la comprobación de que cumple los criterios de equivalencia del Anexo I; es decir, que reúne los requisitos para ser considerado vegetal de categoría 1.

Para las liberaciones con fines distintos de la comercialización, la autoridad nacional dispone de treinta días hábiles para revisar la documentación (identidad del solicitante, descripción de la modificación, ausencia de ADN exógeno, número y tipo de cambios) y emitir un informe. Éste se comunica al resto de Estados miembros y a la Comisión, que pueden formular observaciones. Si no existen objeciones, la planta se declara NTG1; si las hubiera, la Comisión interviene, consulta a la EFSA y adopta una decisión definitiva en un plazo breve mediante procedimiento de comitología¹⁸.

Cuando lo que se pretende es la comercialización, el expediente se presenta directamente ante la EFSA, que examina la solicitud con arreglo al formato de datos normalizados y la información esencial ya apuntada, y emite una declaración motivada sobre la conformidad de la planta con los requisitos de la categoría 1. Con base en ese dictamen, la Comisión adopta la resolución final mediante el procedimiento anteriormente citado¹⁹, que es igualmente publicada en el Diario Oficial. Importa subrayar que este proceso no constituye una evaluación de riesgos en sentido estricto (ni por el operador ni por la autoridad competente), sino una comprobación formal de que la planta cumple con los criterios predefinidos.

Una vez la planta es declarada NTG1, la consecuencia jurídica es de gran calado: «Las normas que se aplican a los OMG en la Unión no se aplicarán a los vegetales NTG de categoría 1»²⁰. De ahí que, una vez emitida la declaración²¹, la variedad pueda comercializarse sin más trámites que cualquier cultivo convencional, en un evidente contraste con la complejidad y duración de los procedimientos de autorización aplicables a los OMG²².

¹⁸ Artículo 6 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁹ Artículos 7.6 y 28. 2 de la Propuesta de Reglamento.

²⁰ Artículo 5.1 de la Propuesta de Reglamento.

²¹ Declaración de estado de vegetal obtenido con NTG de categoría 1.

²² Artículo 5.1 de la Propuesta de Reglamento. Los vegetales obtenidos mediante NTG de categoría 1 se consideran, a efectos jurídicos, equivalentes a los obtenidos mediante técnicas convencionales, por lo que se someten al régimen general aplicable a las variedades naturales o tradicionales. Sin embargo, esta equiparación no implica la inaplicación de otras normativas relevantes. Por ejemplo, si el producto resultante cumple los criterios establecidos en el Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativo a los nuevos alimentos, deberá someterse al procedimiento de evaluación y autorización previsto en dicho marco antes de su comercialización. En este sentido, la doctrina ha apuntado que estos otros procedimientos y marcos sectoriales no proporcionan un alcance ni un estándar de evaluación de riesgos equiparable al previsto en los marcos de bioseguridad específicos. ECKERSTORFER, M; DOLEZEL, M; HEISSENBERGER, A. *et al.* «An EU Perspective on biosafety considerations for plants developed by genome editing and other New Genetic Modification Techniques (NGMTs)». *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology* Vol. 7, 2019, p. 31.

Por el contrario, las plantas NTG de categoría 2 —NTG2— engloban aquellas que superan los límites anteriores, es decir, que tienen más de veinte modificaciones genéticas o alteraciones de mayor alcance. Dado que se presume que pueden entrañar riesgos o incertidumbres superiores, la Propuesta de Reglamento somete su utilización a un régimen autorizatorio, inspirado en esencia en el aplicable a los OMG tradicionales (la Directiva 2001/18/CE y el Reglamento (CE) n.º 1829/2003), aunque con ajustes.

Así, cualquier liberación intencional con fines distintos de la comercialización (por ejemplo, ensayos de campo) debe notificarse a la autoridad nacional donde vaya a tener lugar, acompañándose de un expediente técnico (conforme al anexo II de la Propuesta) que incluya información detallada sobre la planta, sus rasgos modificados, el entorno receptor, planes de seguimiento y medidas de emergencia y una evaluación ambiental²³.

Si el propósito es la puesta en el mercado de productos no destinados al consumo humano o animal —como plantas ornamentales—, se activa un procedimiento análogo, también basado en una notificación conforme la Directiva de 2001, dirigida a la autoridad nacional²⁴ —que examinará si cumple con los requisitos técnicos—, incluyendo una evaluación ambiental completa, condiciones de uso, propuesta de etiquetado y métodos de muestreo y detección²⁵. En cambio, cuando se trate de la comercialización de productos destinados al consumo humano o animal, la solicitud de autorización debe presentarse ante la EFSA²⁶ e ir acompañada de un expediente y estudios que demuestren la seguridad del alimento, pienso, o semilla y una evaluación del riesgo ambiental²⁷; así como los métodos analíticos necesarios para su identificación y trazabilidad. La EFSA emitirá un dictamen en el plazo de seis meses, prorrogable si se requieren datos adicionales. El proceso incluye además la validación del método de detección por parte del Laboratorio de Referencia de la Unión Europea²⁸, finalizando con una decisión de autorización adoptada por la Comisión conforme al procedimiento comitológico.

Otra novedad de la propuesta es que incorpora instrumentos de apoyo a la innovación en relación con las NTG 2. Entre ellos, el asesoramiento científico previo a la presentación de los expedientes, que permite a los operadores —y especialmente a las pymes— obtener orientación técnica sobre el diseño y la adecuación de sus estudios. Este acompañamiento, aunque no vinculante, se concibe como un elemento

²³ Artículo 13 de la Propuesta de Reglamento.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Artículo 14 de la Propuesta de Reglamento.

²⁶ Conforme a lo dispuesto en los artículos 5 a 17 del Reglamento (CE) 1829/2003 (Artículo 19 de la Propuesta de Reglamento).

²⁷ La evaluación se haría de forma proporcionada al riesgo: el anexo II del Reglamento permite ajustar la cantidad y tipo de datos exigidos según factores como la naturaleza del rasgo introducido, la experiencia previa con cultivos similares, la escala prevista de uso, etc., evitando estudios innecesarios si el riesgo se considera bajo.

²⁸ Artículo 20.4 de la Propuesta de Reglamento.

que incrementa calidad y con ello las probabilidades de éxito de las solicitudes²⁹. También se prevén incentivos regulatorios en los casos en que las plantas NTG2 presenten rasgos favorables a la sostenibilidad (identificados en la parte 1 del anexo III, por ejemplo, mayor eficiencia en el uso de recursos hídricos o resistencia al estrés abiótico) y eviten rasgos excluidos (la tolerancia a herbicidas). En tales supuestos, el plazo de dictamen de la EFSA se reduce a 4 meses y las pymes quedan exentas de ciertas tasas³⁰.

Estos incentivos se integran funcionalmente en el procedimiento autorizatorio, modificando su duración, el nivel de acompañamiento técnico y sus costes. Se elimina, además, la caducidad decenal de los permisos que rige para los OMG; en tanto tras su renovación, la autorización de vegetal NTG pasará a ser indefinida, salvo que existan motivos justificados para limitarla. Con ello se pretende reducir la carga administrativa de las prórrogas periódicas sin renunciar a la posibilidad de introducir restricciones posteriores en caso de identificar nuevos riesgos, con base en la experiencia de uso o en nuevos datos.

Con todo, el contraste más marcado entre el régimen anterior y el proyectado se aprecia, sin ningún género de duda, en las plantas NTG1. No solo quedan fuera de los requisitos de autorización y evaluación, sino que además se elimina para ellas la obligación de etiquetado y trazabilidad característica de los OMG³¹. Como medidas de transparencia, la Comisión propone la creación de una base de datos pública con todas las variedades verificadas, la obligación de indicar en el material de reproducción (semillas) que proceden de NTG1 y, en los mismos términos, su inclusión en los catálogos oficiales de material vegetal y forestal de reproducción³².

Por el contrario, las NTG2 mantienen la exigencia de etiquetado «NTG» en los productos hasta el consumidor final, las obligaciones de trazabilidad y las de registro. Además, los Estados Miembros deberán establecer medidas de coexistencia agronómica para evitar la contaminación involuntaria de otros cultivos³³, y podrán recurrir

²⁹ Artículo 22.3 de la Propuesta de Reglamento.

³⁰ Las pymes quedan exentas del pago de tasas asociadas al Laboratorio de Referencia y a la Red Europea de Laboratorios OMG (Arts. 22.2 a y b de la Propuesta de Reglamento).

³¹ LUKASIEWICZ, M., *et al.* «Consumer transparency in the production chain for plant varieties produced using new genomic techniques». *ABIOTECH* No. 5, 2024. <https://doi.org/10.1007/s42994-024-00142-y>

³² Con todo, el modelo híbrido para las plantas NGT1 —sin etiquetado en alimentos pero con registro público de variedades— ha generado, como era de esperar, un amplio debate: el Parlamento Europeo, consciente de las implicaciones para la libertad de elección de agricultores y consumidores, en sus enmiendas de 2024 introdujo la obligación de etiquetado obligatorio incluso para productos de NTG1 y reforzó la idea de un listado público en línea de todos los organismos NTG1 autorizados y obligación de trazabilidad documental en cada fase de comercialización (enmiendas 264 y 265). No obstante, la posición del Consejo (mandato de negociación de 14 de marzo de 2025) ha vuelto a la línea de la Comisión: exención plena y sin etiquetado para NTG1, salvo para las semillas que deberán ir identificadas.

³³ Art. 24 de la Propuesta: «Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para evitar la presencia accidental de vegetales obtenidos con NTG de categoría 2 en productos no sujetos a la Directiva 2001/18 ni al Reglamento (CE) n.º 1829/2003».

a mecanismos similares al *opt-out* para prohibir o limitar el cultivo de estos vegetales por razones no científicas sino de orden público, política agrícola, uso del suelo, etc. (opciones no contempladas para las plantas NTG1).

En suma, la Propuesta de Reglamento introduce una auténtica dualidad regulatoria: mientras que las NTG2 se mantienen bajo un esquema conocido que busca fomentar la innovación sin renunciar al control, las NTG1 quedan prácticamente desreguladas³⁴. Este tratamiento desigual podría traducirse en una atenuación del alcance del principio de precaución, sugiriendo una reorientación significativa de la estrategia regulatoria de la Comisión Europea.

4. TRANSFORMACIONES EN LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LOS VEGETALES NTG1

4.1. De la evaluación exhaustiva a la simplificación administrativa

El tratamiento de la evaluación de riesgos en la Propuesta de Reglamento permite medir hasta qué punto el principio de precaución conserva su eficacia estructural en el Derecho de la seguridad alimentaria de la Unión.

En el caso de las NTG de categoría 1, la respuesta resulta inequívoca: no se exige una evaluación científica específica ni la emisión de un dictamen independiente previo a su liberación o comercialización, sino una verificación técnica de que el vegetal carece de transgenes y no supera el umbral de mutaciones establecido en el Anexo I. Tal configuración representa una ruptura con la práctica regulatoria de las últimas décadas, en la que todo nuevo OMG ha debido someterse a un examen exhaustivo, primero por parte del promotor y luego por los comités nacionales o la EFSA, siguiendo pautas técnicas detalladas, antes de su autorización. En el nuevo procedimiento de verificación, la intervención de la EFSA se limita a los supuestos en que surja una objeción, algo previsto como excepcional, con lo cual un número significativo de variedades editadas podrá acceder al mercado sin haber pasado por el filtro de un panel científico independiente. De hecho, se estima que aproximadamente el 94% de las solicitudes de vegetales NTG quedarán clasificadas como Categoría 1 bajo el nuevo régimen³⁵. Es decir, la gran mayoría de las plantas editadas genéticamente entrarán en el mercado sin evaluación previa de riesgos impuesta por la normativa específica³⁶, ni otras obligaciones concretas de gestión ambiental o sanitario-alimentaria.

³⁴ ZIMNY T. «New genomic techniques and their European Union reform. Potential policy changes and their implications». *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology*, 2022. Doi: 10.3389/fbioe.2022.1019081.

³⁵ BOHLE, F; SCHNEIDER, R; MUNDORF, J; ZÜHL, L; SIMON, S. y ENGELHARD, M. «Where Does the EU-Path on NGTs Lead Us?», *Frontiers of Genome Editing* No. 6, 2024. DOI:10.3389/fged.2024.1377117

³⁶ Sin embargo, como hemos apuntado en una nota anterior, si estos productos se encuadran dentro de la categoría de nuevos alimentos conforme a los criterios establecidos en el Reglamento (UE)

En contraste, para las NTG de categoría 2 sí se preserva la obligación de someterse a una evaluación, si bien bajo un enfoque flexible, de acuerdo con el cual la extensión y naturaleza de los datos toxicológicos, ambientales o ecológicos será modulada en función de las circunstancias de cada caso³⁷. El objetivo declarado es evitar la imposición de cargas desproporcionadas en cultivos editados cuyas modificaciones se consideren suficientemente conocidas, lo que supone, en la práctica, estándares más laxos en comparación con los aplicables a los OMG tradicionales. En cualquier caso, el Parlamento Europeo, en su examen de la propuesta, insistió en que la aceleración procedimental no puede hacerse en detrimento de la calidad del análisis científico ni de la vigencia del principio de precaución, que debe seguir orientando la toma de decisiones.

El nuevo esquema de control previsto para las NTG1 traslada el control hacia una lógica de autocertificación del sector, en la que la Administración asumiría un papel más limitado, centrado en la recepción de información sin efectuar un examen sustantivo propio. Por ello, podríamos decir que esta evolución no se limita a un ajuste procedimental, sino que plantea interrogantes sobre el equilibrio entre supervisión pública y responsabilidad privada en la gestión del riesgo y sobre su impacto en el sistema de garantías, en un ámbito particularmente sensible como la seguridad alimentaria y ambiental.

Aunque la EFSA ha señalado en dictámenes generales que las técnicas de edición no plantean nuevos riesgos específicos, también reconoce la posibilidad de efectos no intencionados³⁸ cuya detección resulta más difícil en ausencia de evaluaciones concretas³⁹. Esta circunstancia genera tensiones con el principio de precaución, concebido precisamente para permitir la adopción de medidas preventivas en contextos de incertidumbre.

Diversos expertos subrayan que la falta de experiencia acumulada sobre la diversidad de aplicaciones de las NTG exige un marco de supervisión de bioseguridad basado en evaluaciones caso por caso. Dicho marco debería considerar no solo la naturaleza del rasgo introducido, sino también estos posibles efectos no intencionados (*off-target*), la experiencia previa con productos comparables y los objetivos de protección definidos por cada Estado. Asimismo, alertan sobre la existencia de un *gap* de datos o insuficiencia de estudios empíricos en torno a numerosas aplicaciones NTG, ya que los dictámenes de la EFSA se apoyan con frecuencia en consideraciones

2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, deberán someterse al procedimiento de evaluación y autorización previsto en dicho marco antes de su comercialización.

³⁷ Anexo II, parte 1: «Principios generales e información. La evaluación del riesgo para el medio ambiente se llevará a cabo con arreglo a los principios del anexo II de la Directiva 2001/18/CE. Se adaptarán a su perfil de riesgo el tipo y la cantidad de información necesaria para la evaluación del riesgo para el medio ambiente de los vegetales obtenidos con NTG de categoría 2 que se establecen en el anexo III de la Directiva 2001/18/CE y para la evaluación de la seguridad de los alimentos y los piensos obtenidos con NTG de categoría 2».

³⁸ Aunque en comparación con las técnicas genéticas previas sean menos.

³⁹ Publicados en el *EFSA Journal* desde 2012 hasta agosto de 2025. Pueden consultarse en: <https://www.efsa.europa.eu/en/publications>.

teóricas y abstractas, con escaso análisis de experiencias concretas. Todo ello ha motivado un reclamo para revisar en profundidad la propuesta normativa, incrementar el número de estudios prácticos e incorporar escenarios de riesgo más adecuados que garanticen que el futuro marco regulador sea el idóneo⁴⁰. Se insiste en la necesidad de actualizar las directrices de la EFSA⁴¹ y elaborar orientaciones específicas para las NTG, con el objetivo de asegurar un nivel de protección que mantenga la confianza en el modelo europeo de gobernanza del riesgo alimentario y ambiental⁴².

En definitiva, este viraje hacia la simplificación administrativa podría interpretarse como una desactivación parcial de la cultura de seguridad que caracteriza al sistema europeo. La Comisión sostiene que el nuevo enfoque garantiza un nivel de protección «no más estricto de lo necesario», pero parte de la comunidad científica cuestiona la solidez de tal afirmación, advirtiendo que el régimen previsto para las NTG1, al prescindir de evaluaciones detalladas y de mecanismos de seguimiento, abre zonas de incertidumbre no suficientemente cubiertas.

4. 2. El umbral de las veinte modificaciones como eje del debate regulatorio

Si bien existen posiciones doctrinales que respaldan la coherencia técnica y jurídica de la clasificación sugerida⁴³, parte de la comunidad investigadora ha puesto de relieve la fragilidad de sus pilares.

El problema de fondo radica en que la propuesta parte de una premisa no respaldada por una evidencia empírica incontrovertible: la asimilación de los vegetales NTG1 a las plantas naturales u obtenidas mediante mejora convencional y, en particular, el criterio elegido para ello de las veinte modificaciones⁴⁴. Se apunta que las posibles intervenciones con técnicas de edición genómica pueden generar

⁴⁰ TESTBIOTECH. *Ten questions and answers: What do we really know about NGT plants?*, 2024. https://www.testbiotech.org/wp-content/uploads/2024/01/What_do_we_really_know_about_NGT_plants.pdf#:~:text=experts%20working%20with%20civil%20society,safety%20of%20NGT%20plants%20in

⁴¹ Según apuntan, entre otros, AGAPITO-TENFEN, S. Z., OKOLI, A. S., BERNSTEIN M. J. y MYHR, A. I. «Revisiting risk governance of GM plants: The need to consider new and emerging gene-editing techniques», *Frontiers in Plant Science* No. 9, 2018, el actual marco europeo de evaluación de riesgos fue diseñado para OMG clásicos y resulta insuficiente para las nuevas técnicas de edición genética. Destaca la necesidad de revisar las guías de evaluación incorporando enfoques ómicos y pruebas de toda la planta, así como reforzar la transparencia e independencia de los procesos. Además, se propone aplicar la Investigación e Innovación Responsables (RRI) como vía para integrar el principio de precaución y favorecer una gobernanza del riesgo más abierta, socialmente aceptable y sostenible.

⁴² ECKERSTORFER, M. «An EU perspective on biosafety considerations...», *op. cit.*, p. 16.

⁴³ PUCHTA, H. «Regulation of gene-edited plants in Europe: from the valley of tears into the shining sun?». *aBIOTECH* No.5, 2024. <https://doi.org/10.1007/s42994-023-00130-8>. Se ha argumentado que los umbrales propuestos permiten excluir modificaciones complejas que difícilmente podrían lograrse mediante técnicas convencionales, y que el número fijado no es arbitrario sino razonablemente explicable en función de parámetros genómicos y probabilísticos.

⁴⁴ BOHLE, F., *et al.*, *op.cit.*, p. 6.

transformaciones de considerable complejidad, situadas más allá de lo alcanzable con métodos tradicionales, y pese a ello el marco proyectado uniformiza cualquier alteración genética, sin atender al contexto ni a la función de las modificaciones introducidas. De esta manera, al renunciar a una revisión diferenciada, se produce un vacío de control que facilita la incorporación de caracteres novedosos o de efectos imprevisibles sin el análisis adecuado⁴⁵.

En esta dirección resultan ilustrativos tres informes de referencia: el de la *Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail* (ANSES), el *Policy Brief* n° 02/2024 del *Bundesamt für Naturschutz* (BfN) alemán y el elaborado por la *European Network of Scientists for Social and Environmental Responsibility* (ENSSER). Los tres coinciden en cuestionar los criterios de equivalencia del Anexo I, basados en umbrales numéricos como el límite de veinte inserciones o sustituciones de hasta veinte pares de bases, por considerarlos arbitrarios y carentes de fundamento científico; dado que la magnitud o número de cambios genéticos no constituye un indicador fiable del riesgo. Igualmente, subrayan que la exención generalizada de la evaluación del riesgo para las NTG1 contraviene el principio de precaución al eliminar la revisión individualizada de posibles efectos adversos, pasando por alto que incluso modificaciones mínimas pueden tener repercusiones fenotípicas relevantes sobre la biodiversidad y la salud. Critican la recuperación implícita del concepto de «equivalencia sustancial», ya descartado en su momento por insuficiente y poco fiable, que se reintroduce para equiparar legalmente plantas NGT y convencionales sin respaldo empírico sólido; señalando que el marco proyectado excluye mutaciones no intencionadas —como reordenamientos, inversiones o deleciones— cuya existencia está ampliamente documentada en la literatura científica. Finalmente, advierten que la propuesta debilita la trazabilidad, el etiquetado y la transparencia, comprometiendo tanto el control de las autoridades competentes como el derecho de los consumidores a una elección informada.

Más allá de estas coincidencias, cada informe aporta matices específicos que enriquecen la crítica. El dictamen de la ANSES enfatiza la ambigüedad conceptual de nociones esenciales como «sitio objetivo», «similitud de secuencia», «gen» o «plantas convencionales», cuya indefinición genera inseguridad jurídica, y cuestiona la desconexión entre los criterios de equivalencia y la valoración de riesgos, recordando que las variedades convencionales han sido sometidas a procesos de selección natural o deliberada que filtran mutaciones perjudiciales, mientras que las NTG no atraviesan necesariamente dichos filtros, pudiendo conservar alteraciones con consecuencias funcionales desconocidas. La Agencia francesa reclama, por ello, que los criterios de equivalencia incorporen consideraciones fenotípicas, ambientales y sanitarias. El informe de ENSSER, en cambio, adopta una perspectiva más amplia y crítica al denunciar la omisión de mutaciones fuera de objetivo ampliamente documentadas

⁴⁵ MUNDORF, J., SIMON, S. y ENGELHARD, M. «The European Commission's regulatory proposal on new genomic techniques in plants: a focus on equivalence, complexity, and artificial intelligence». *Environmental Sciences Europe* No. 37, 143, 2025. <https://doi.org/10.1186/s12302-025-01199-2>

y la definición excesivamente laxa del «pool génico del obtentor», que amplía artificialmente lo que se entiende por convencional y, por lo tanto, reduce el alcance del control regulatorio. Por su parte, el informe del BfN alemán pone el acento en la equívocidad del criterio de «naturalidad», recordando que la mayor semejanza con lo natural no implica necesariamente un menor riesgo, e insiste en la necesidad de evaluaciones caso por caso en ámbitos especialmente sensibles como los árboles y organismos silvestres, para los cuales no existen datos suficientes. Vincula, además, su crítica con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Confédération paysanne* y otros⁴⁶, subrayando que la correcta aplicación del principio de precaución exige identificar posibles efectos negativos y apoyarse en la mejor evidencia científica disponible.

A nuestro juicio, la constatación de un debate científico abierto impide afirmar la existencia de un consenso generalizado sobre los fundamentos técnicos de la Propuesta de Reglamento. Los criterios de equivalencia, que el texto proyectado eleva a parámetro jurídico, no parecen descansar en un cuerpo completamente estable de evidencia empírica sino sobre bases epistemológicas poco firmes: la incertidumbre científica no se limita a los posibles riesgos de las NTG —que sería el ámbito propio del principio de precaución—, sino que afecta a la propia definición normativa de lo que debe considerarse equivalente y, por ende, seguro. En consecuencia, cabe la posibilidad de que la precaución quede desplazada no por una reducción efectiva de la incertidumbre, sino por una redefinición jurídica de lo que se acepta como evidencia suficiente.

La fijación por el regulador del umbral del Anexo I opera como una evaluación de riesgos en forma de juicio global anticipatorio y excluyente de cualquier examen individualizado. Desde un punto de vista jurídico, su falta de elasticidad podría abrir la puerta a una simplificación que sustituya el examen científico por un atajo regulatorio. Esta confusión entre el plano de la determinación científica de la equivalencia y el de la gestión jurídica de la incertidumbre podría afectar la coherencia del entramado normativo de control.

El de las veinte modificaciones es un indicador esencialmente cuantitativo que, si nada cambia, determinará si una planta editada queda sujeta a un control exhaustivo o prácticamente desregulada. Este límite opera en la práctica, entonces, como un umbral de desregulación. Por ello, su configuración adquiere una relevancia crucial, crítica, en la medida en que de ella depende la activación efectiva de las garantías propias del principio de precaución, condicionando todo el sistema de gestión del riesgo. Por ello, su determinación debe basarse en la mejor evidencia científica disponible y se deben prever mecanismos de actualización periódica, atendiendo al avance del conocimiento y a la experiencia acumulada.

En este sentido, se ha previsto que la Comisión pueda modificar el Anexo I ante la aparición de determinadas circunstancias que lo justifiquen. La propuesta de Re-

⁴⁶ La ya referenciada Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de julio de 2018 (Asunto C-528/16) y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de febrero de 2023 (asunto C-688/21). ECLI:EU:C:2023:75

glamento le confiere amplias facultades mediante actos delegados y de ejecución para definir o modificar los criterios técnicos de equivalencia⁴⁷. Esta atribución, sin embargo, plantea dudas de compatibilidad con el artículo 290.1 TFUE, en la medida en que incide sobre elementos sustantivos del régimen de control y no sobre aspectos meramente accesorios. Y todo apunta a que los umbrales que delimitan la sujeción o no a evaluación de riesgos constituyen referentes esenciales, cuyo ajuste, según ya manifestó el BfN, debería ser objeto del procedimiento legislativo ordinario. La concentración de estas facultades en la Comisión reduciría el control democrático del Parlamento y del Consejo, al permitir que decisiones con efectos directos sobre la bioseguridad y los derechos de los consumidores se adopten al margen de un debate legislativo pleno.

4.3. De la evaluación *ex ante* a la gestión *ex post*

Hasta ahora hemos podido ver cómo la propuesta relativa a las NTG1 incorpora distintos cambios en la forma de gestionar el riesgo. Es momento de detenernos, ahora, en algunas de las implicaciones que conlleva la transformación de la lógica administrativa de control que subyace al Reglamento.

Mientras que en el régimen tradicional de los OMG es el promotor de la actividad quien debe acreditar la inocuidad de la planta o producto antes de obtener una autorización, el régimen previsto para los vegetales NTG1 establece una presunción *ex lege* de equivalencia con las variedades naturales o fruto de modificaciones convencionales, que desplaza el centro de dicho control: la Administración se limita a comprobar requisitos formales, sin evaluar activamente los posibles efectos no deseados de cada nueva variedad.

El umbral de veinte modificaciones genéticas que determina el estatus regulatorio de la planta se evalúa, en gran medida, sobre la base de la notificación o declaración de los obtentores⁴⁸ —sobre, precisamente, el cumplimiento de dicho límite—, lo que acaba otorgando a estos actores un papel decisivo en la activación —o no— de las obligaciones de control público.

La Propuesta, por lo tanto, sustituye la exigencia de una valoración *ex ante* caso por caso por una presunción general de equivalencia y la asunción de lo informado por el promotor, desplazando la lógica preventiva hacia un modelo de gestión del riesgo eminentemente *ex post*. Esta reconfiguración redefine los equilibrios entre responsabilidad privada y supervisión pública (con implicaciones potencialmente significativas para la trazabilidad y la transparencia del sistema). Y no solo eso. A nuestro juicio, este desplazamiento de la confianza —desde la verificación pública a la autorreferencia privada— introduce en el sistema un riesgo adicional, ligado a la

⁴⁷ Artículo 5.3 de la Propuesta de Reglamento.

⁴⁸ MEUNIER, E. *Scientific manipulations, a basis of the future GMO/NGT law?*, 2024. <https://infofom.org/en/scientific-manipulations-a-basis-of-the-future-gmo-ngt-law/>

fiabilidad de la información declarada por el operador, que se suma al habitualmente asociado a los vegetales NTG, el derivado de posibles efectos biológicos no previstos.

El sistema, en consecuencia, se construye sobre la aceptación implícita de ciertos riesgos. Algunos son reconocidos como inciertos por la propia comunidad científica y por la EFSA, mientras que otros parecen simplemente tolerarse dentro del diseño regulatorio. En ambos casos, quedan fuera de un examen previo y, por tanto, se trasladan al ámbito de lo no evaluado. Cualquier impacto inesperado de un vegetal NTG1 —una toxicidad imprevista, un efecto ecológico adverso— solo podrá detectarse una vez esté en circulación. En ausencia de evaluaciones previas que hubieran permitido anticiparlo, la carga de identificar el problema y acreditar el nexo causal recaerá en las autoridades competentes o incluso en la ciudadanía —ambos con recursos limitados—, debilitando *de facto* la capacidad preventiva y de respuesta temprana del sistema.

A la lógica del desplazamiento del control se suma la cuestión de la responsabilidad jurídica. En el caso de las plantas NTG1, el Reglamento no establece un régimen específico: ante un eventual daño ambiental, resultan aplicables los instrumentos generales ya vigentes, como la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental⁴⁹ y la normativa nacional en materia de responsabilidad civil. Esta remisión a marcos horizontales no es sino reflejo de la equiparación de las NTG1 con las variedades convencionales, y puede generar tensiones allí donde la ausencia de controles preventivos no encuentra compensación en mecanismos eficaces de reparación o compensación *ex post*.

El tema adquiere especial relevancia en situaciones de contaminación accidental de cultivos ecológicos, en las que las consecuencias económicas y jurídicas pueden ser significativas. Pese a que las NTG están expresamente prohibidas en este tipo de agricultura⁵⁰, el Reglamento no prevé obligaciones específicas de coexistencia para las variedades de categoría 1, a diferencia de lo que ocurre con las de categoría 2⁵¹. De este modo, no se imponen medidas ni garantías efectivas para evitar su dispersión, dejando a la producción eco en una situación de desprotección jurídica frente a contaminaciones fortuitas.

El mandato del Consejo ha abierto la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas nacionales para evitar la presencia accidental de NTG en estos cultivos. El Parlamento Europeo ha ido más lejos al proponer una cláusula que establecería

⁴⁹ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

⁵⁰ Las NTG no son compatibles con el concepto actual de producción ecológica definido en el Reglamento (UE) n.º 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 834/2007 del Consejo.

⁵¹ Se prevé que el aumento del cultivo de NTG categoría 2 exija a las autoridades públicas nacionales definir medidas de coexistencia adecuadas, con el fin de equilibrar los intereses de los productores de vegetales convencionales, ecológicos y modificados genéticamente. Estas medidas deben permitir a cada tipo de agricultor mantener sus prácticas diferenciadas y proteger la integridad de sus producciones.

que la presencia no intencionada o técnicamente inevitable de NTG1 no se considerará incumplimiento de las normas de producción ecológica⁵². Esta previsión introducirá un margen de tolerancia frente a la contaminación cruzada, es cierto, pero será sustancialmente vacía, al no reforzar las obligaciones ni las garantías de compensación.

En definitiva, la propuesta no establece un régimen específico de prevención, reparación o compensación frente a los perjuicios derivados de la presencia no deseada de NTG1. Esta laguna puede traducirse en una protección insuficiente para quienes sufran las consecuencias, especialmente en aquellos supuestos en que no exista un responsable claramente identificable o en que los mecanismos generales resulten inadecuados para cubrir este tipo de daños. El resultado apunta, como señala Winter, a una distribución asimétrica de las cargas, en la que los operadores perjudicados podrían verse obligados a asumir los costes de una contaminación que ni provocaron ni pudieron evitar⁵³.

4.4. La transparencia a debate: participación ciudadana, etiquetado y trazabilidad

La propuesta normativa supone una contracción visible del espacio de transparencia y participación pública, y por ello de las garantías procedimentales y de información que tutelan el interés público, hasta ahora componentes centrales en la regulación de los OMG. En el régimen vigente, estos elementos forman parte inherente del principio de precaución: la ciudadanía accede a información mediante el etiquetado, puede expresar sus observaciones en procesos de consulta, mientras que expertos independientes son los que revisan las solicitudes de la industria. La propuesta relativa a las NTG, especialmente en la categoría 1, recorta sensiblemente estas garantías.

El procedimiento de notificación-verificación de NTG1 se configura como un trámite esencialmente administrativo y cerrado, sin periodo formal de información pública ni posibilidad de intervención de terceros. Los informes de verificación entre autoridades no se conciben como documentos abiertos a audiencia pública y, si la decisión final corresponde a la Comisión, ésta se adoptará mediante el procedimiento de comité, sin participación externa más allá de la consulta técnica a la EFSA. La diferencia es evidente respecto a la Directiva 2001/18/CE, que obligaba a publicar un resumen de cada notificación de liberación y a recabar observaciones del público antes de resolver⁵⁴. El efecto práctico es que la sociedad civil —ONG ambientales, organizaciones de consumidores o el propio sector ecológico⁵⁵— pierde un cauce

⁵² Enmienda 36 (art. 5, apartado 3 bis nuevo).

⁵³ WINTER, G. «The European Union's deregulation of plants obtained from new genomic techniques: a critique and an alternative option». *Environmental Sciences Europe* No. 36. 2024. <https://doi.org/10.1186/s12302-024-00867-z>

⁵⁴ Artículo 6.5.b).

⁵⁵ No sorprende que esto haya suscitado protestas: más de 200 organizaciones europeas ecologistas y de agricultura orgánica han denunciado que en los borradores de la nueva normativa «echan en falta el principio de precaución [...] para poder tener una evaluación de los riesgos [...] en el campo y

institucionalizado de incidencia previa en las decisiones sobre NTG1. Podría interpretarse que este déficit plantea un problema de legitimidad democrática, al trasladar las decisiones a un diálogo, principalmente, entre regulador y operador económico, en un ámbito históricamente sensible para la opinión pública europea.

A este debilitamiento de la participación ciudadana se suma la decisión, todavía más visible para el público en general, de eliminar el etiquetado obligatorio en los productos derivados de NTG1. La supresión de esta obligación constituye uno de los aspectos más controvertidos de la Propuesta. En la práctica, significa que un alimento podrá contener ingredientes procedentes de plantas editadas sin que esta condición figure en su etiqueta. Para las organizaciones de consumidores y ecologistas, esta medida «anula la libertad de elección de las personas consumidoras»⁵⁶, al privarlas de la información necesaria para decidir si desean o no adquirir productos derivados de NTG. El contraste con el régimen vigente es nítido: actualmente, cualquier alimento que contenga más de un 0,9 % de material transgénico debe indicarlo en su etiquetado. Con la reforma, buena parte de las nuevas variedades serán invisibles para el comprador. La única vía de acceso a la información será la base de datos oficial de variedades NTG1, cuya consulta sistemática resulta poco realista para un consumidor ordinario o medio.

Este planteamiento se aparta de los principios que han guiado hasta ahora la política europea en materia de información alimentaria. El artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 178/2002 impone a las instituciones y operadores la obligación de asegurar que los consumidores puedan elegir con conocimiento de causa y no se vean expuestos a prácticas engañosas. En el mismo sentido, el artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 1169/2011⁵⁷, establece que la información alimentaria debe permitir elecciones informadas y un uso seguro de los alimentos, considerando no solo factores sanitarios, sino también aspectos económicos, medioambientales, sociales y éticos⁵⁸. La jurisprudencia del TJUE ha reforzado este enfoque, subrayando que el etiquetado y la información alimentaria no son meros instrumentos de mercado, sino garantías jurídicas que hacen efectivo el derecho del consumidor a recibir información veraz y suficiente. Por ejemplo, en la sentencia *Organisation juive européenne y Vignoble*

en la alimentación». Estas críticas reflejan una preocupación por la limitada inclusión de actores sociales en la elaboración normativa. Véase: <https://valenciafruits.com/nuevas-tecnicas-genomicas-agricultura-conventional-vs-ecologica/#:~:text=Ha%20advertido%20de%20la%20posible,a%20producir%20libres%20de%20NTG>

⁵⁶ Véase: <https://es.greenpeace.org/es/sala-de-prensa/comunicados/carta-al-gobierno-para-que-retire-su-apoyo-a-la-propuesta-de-ley-que-pretende-eliminar-la-evaluacion-y-el-etiquetado-de-los-nuevos-organismos-modificados-geneticamente-en-la-ue/#:~:text=,los%20alimentos%20derivados%20de%20NTG>

⁵⁷ Reglamento (UE) n.º 1169/2011 de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) no 1924/2006 y (CE) n.º 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 2002/67/CE, y 2008/51/CE de la Comisión, y el Reglamento (CE) n.º 608/2004 de la Comisión.

⁵⁸ Artículo 3.1.

*Psagot*⁵⁹, relativa al etiquetado de vinos procedentes de territorios ocupados, el Tribunal concluyó que la información debía ser suficientemente precisa para no inducir a error y para permitir decisiones con pleno conocimiento de causa⁶⁰. Además, destacó que el derecho a una información veraz no se limita a datos de carácter sanitario, sino que incluye también consideraciones éticas, políticas o medioambientales que pueden resultar determinantes en la elección de los consumidores.

La supresión del etiquetado de NTG1 se sitúa, por tanto, en tensión con este acervo normativo y jurisprudencial. La transparencia informativa, reconocida como pilar de la política alimentaria europea, no solo protege frente a riesgos directos para la salud, sino que permite al consumidor orientar sus elecciones en función de valores individuales y colectivos⁶¹. Reducir esa transparencia a la mera existencia de un registro en línea significa, en términos prácticos, debilitar el derecho a saber.

La cuestión del etiquetado conecta directamente con la de la trazabilidad a lo largo de la cadena alimentaria. Sin información visible en el producto final, los minoristas y distribuidores tendrán dificultades para segregar productos «libres de NTG», si quieren ofrecerlos como una opción diferenciada al consumidor. Esta carencia se vuelve especialmente problemática en las líneas de producción ecológica donde, como hemos mencionado, la ausencia de un sistema de identificación y seguimiento fiable dificulta garantizar que los productos estén exentos de NTG.

El problema se agrava por las limitaciones técnicas de la detección analítica. La identificación de determinadas modificaciones puntuales constituye un desafío reconocido, y la propuesta normativa exige métodos de detección solo para las plantas de categoría 2. Incluso en esos casos, se permite la excepción de no presentar un método analítico cuando «no sea factible» proporcionar uno adecuado y fiable. En la práctica, esto implica que ciertas ediciones genómicas no podrán ser rastreadas por los sistemas de control oficiales⁶².

En síntesis, se pasa de un modelo basado en la transparencia integral —que combinaba etiquetado obligatorio y trazabilidad completa— a un esquema opaco para

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de noviembre de 2019, *Organisation jui-ve européenne y Vignoble Psagot Ltd contra Ministre de l'Économie et des Finances* (asunto C-363/18), ECLI:EU:C:2019:954.

⁶⁰ Conforme al artículo 9, apartado 1, letra i), del mencionado Reglamento (UE) n.º 1169/2011, de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor.

⁶¹ Tal como subrayan Siipi y Uusitalo, disponer de información clara sobre la naturaleza genética de los alimentos es condición básica para ejercer la autonomía en las decisiones alimentarias. SIIPPI, H., y UUSITALO, S. «Consumer autonomy and sufficiency of GMF labeling». *Journal of Agriculture and Environmental Ethics* No. 21, 2008. <https://doi.org/10.1007/s10806-007-9077-2>. En el mismo sentido y en el de disponer de normas claras sobre segregación, etiquetado y mecanismos de información accesibles, véase KUZMA, J. «Regulating gene-edited crops». *Issues in Science and Technology* Vol. 35, 2018.

⁶² No obstante, como se ha apuntado, estas limitaciones técnicas no deberían justificar una rebaja en las exigencias de trazabilidad. TEUFEL, J., LÓPEZ HERNÁNDEZ, V., GREITER, A., KAMPPMEYER, N., HILBERT, I., STORFER, M., NARENDJA, F., HEISSENBERGER, A., y SIMON, S. «Strategies for traceability to prevent unauthorised GMOs (including NGTs) in the EU: State of the Art and possible alternative approaches», *Foods* No. 13, 2024. <https://doi.org/10.3390/foods13030369>

el consumidor, confiando en que la transparencia «pasiva» de una base de datos sea suficiente⁶³.

5. REFLEXIÓN FINAL

La regulación de las NTG sitúa a la Unión Europea en un punto de inflexión entre dos aspiraciones legítimas pero difíciles de conciliar: acelerar la innovación orientada a objetivos públicos —sostenibilidad, cambio climático, biodiversidad, competitividad productiva— y preservar el estándar de garantías que ha sido seña de identidad del modelo europeo de seguridad alimentaria y ambiental.

El modelo construido en torno al principio de precaución ha funcionado durante décadas como una expresión de prudencia, de reconocimiento de que no todo potencial avance técnico equivale a progreso social. Renunciar, aunque sea parcialmente, a esa cultura sin ofrecer un equivalente funcionalmente sólido podría tener un efecto de erosión no solo sobre la confianza ciudadana, sino también sobre la legitimidad de la acción pública. La cuestión, por tanto, no es si la regulación debe cambiar — porque inevitablemente lo hará—, sino cómo asegurar que ese cambio preserve la densidad protectora que ha caracterizado históricamente al proyecto europeo.

El modo en que se articule esta transformación marcará también la posición del Derecho frente a la aceleración tecnológica. Lo que hoy es una propuesta abierta ofrece un espacio valioso para definir con claridad su papel: no solo acompañar la innovación, sino orientar su desarrollo en beneficio del interés general. El desenlace de este proceso mostrará, en última instancia, hasta qué punto Europa es capaz de adaptar su tradición regulatoria sin renunciar a su esencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGAPITO-TENFEN, S. Z., OKOLI, A. S., BERNSTEIN M. J. y MYHR, A. I. «Revisiting risk governance of GM plants: The need to consider new and emerging gene-editing techniques», *Frontiers in Plant Science* No. 9, 2018.
- ALMODÓVAR IÑESTA, M. «El largo camino hacia un régimen jurídico propio para los vegetales obtenidos por nuevas técnicas genéticas (NTG): análisis de la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a los vegetales obtenidos con determinadas nuevas técnicas genómicas y a los alimentos y piensos derivados», *Actualidad Jurídica Ambiental* No. 156, 2025. DOI: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.0041>.
- BARTSCH, D., KAHRMANN, J. y LEGGEWIE, G. «Regulation of genome edited crops - European Union (EU) perspective». *Modern Biotechnology in Integrated Plant Production* Vol. 163, 2023.
- BOGNER, A y TORGENSEN, H. «Precaution, responsible innovation and beyond – In search of a sustainable agricultural biotechnology policy», *Frontiers in Plant Science* No. 9, 2018.

⁶³ Este aspecto ha sido duramente criticado: una carta abierta de numerosas ONG españolas afirmó tajantemente que la nueva normativa «se salta el principio de precaución e introduciría OMG sin etiquetar en la alimentación», acusándola de ocultar información al público. Puede consultarse en: <https://cecu.es/wp-content/uploads/2023/10/Carta-Ministro-Consumo-NTG.pdf>

- BOHLE, F; SCHNEIDER, R; MUNDORF, J; ZÜHL, L; SIMON, S. y ENGELHARD, M. «Where Does the EU-Path on NGTs Lead Us?», *Frontiers of Genome Editing* No. 6, 2024. DOI:10.3389/fged.2024.1377117.
- BOURGUIGNON, D. *The Precautionary Principle: Definitions, Applications and Governance*. European Parliamentary Research Service (EPRS). 2015. doi:10.2861/821468
- ECKERSTORFER, M; DOLEZEL, M; HEISSENBERGER, A. *et al.* «An EU Perspective on biosafety considerations for plants developed by genome editing and other New Genetic Modification Techniques (NGMTs)». *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology* Vol. 7, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. *Modernising the EU pharmaceutical legislation* affordable, accessible, and innovative medicines. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-euro-pean-way-life/european-health-union/modernising-eu-pharmaceutical-legislation_en
— *Simplification and implementation*. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/better-regulation/simplification-and-implementation_en
- KAHRMANN, J. y LEGGEWIE, G. «European Commission's Plans for a Special Regulation of Plants Created by New Genomic Techniques», *European Papers* Vol. 9, No. 1, 2024.
- KUZMA, J. «Regulating gene-edited crops». *Issues in Science and Technology* Vol. 35. 2018.
- LUKASIEWICZ, M., *et al.* «Consumer transparency in the production chain for plant varieties produced using new genomic techniques». *aBIOTECH* No. 5. 2024. <https://doi.org/10.1007/s42994-024-00142-y>
- MEDTECH EUROPE. *Report on administrative burden under IVDR and MDR. 2023*. <https://www.medtecheurope.org/resource-library/medtech-europes-report-on-administrative-burden-under-ivdr-and-mdr>
- MEUNIER, E. *Scientific manipulations, a basis of the future GMO/NGT law?*, 2024. <https://info-gm.org/en/scientific-manipulations-a-basis-of-the-future-gmo-ngt-law/>
- MUNDORF, J., SIMON, S. y ENGELHARD, M. «The European Commission's regulatory proposal on new genomic techniques in plants: a focus on equivalence, complexity, and artificial intelligence». *Environmental Sciences Europe* No. 37, 2025. <https://doi.org/10.1186/s12302-025-01199-2>
- PUCHTA, H. «Regulation of gene-edited plants in Europe: from the valley of tears into the shining sun?». *aBIOTECH* No.5, 2024. <https://doi.org/10.1007/s42994-023-00130-8>.
- PUERNHAGEN, K. «How to manage The Union's diversity: The regulation of new plant breeding technologies in 'Confédération Paysanne And Others'». *Common Market Law Review* No. 56 (5), 2019. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/56.5/COLA2019106>.
- RODRÍGUEZ FONT, M. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2007.
- SIPI, H., y USITALO, S. «Consumer autonomy and sufficiency of GMF labeling». *Journal of Agriculture and Environmental Ethics* No. 21, 2008. <https://doi.org/10.1007/s10806-007-9077-2>.
- STIRLING, A. «Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate», *EMBO Reports*, Vol. 8, No. 3, 2007.
- TEUFEL, J., LÓPEZ HERNÁNDEZ, V., GREITER, A., KAMPFFMEYER, N., HILBERT, I., STORFER, M., NARENDA, F., HEISSENBERGER, A., y SIMON, S. «Strategies for traceability to prevent unauthorised GMOs (including NGTs) in the EU: State of the Art and possible alternative approaches», *Foods* No.13, 2024. <https://doi.org/10.3390/foods13030369>
- TESTBIOTECH. *Ten questions and answers: What do we really know about NGT plants?* 2024. <https://www.testbiotech.org/wp->
- URRUTIA LIBARONA, I. «El reconocimiento del derecho a decidir sobre la prohibición (o no) de cultivos transgénicos en la reciente normativa de la UE», en GARCÍA URETA, A. y BOLAÑO PIÑEIRO, M. C. (Coords.), *Nuevas perspectivas del derecho ambiental en el siglo XXI*. Aranzadi. 2018.
- VAN DEN BELT, H. «Debating the precautionary principle: 'guilty until proven innocent' or 'innocent until proven guilty'», *Plant Physiology* No. 3, 2003.
- VIVES-VALLÉS, J. A. y COLONNIER, C. «The judgment of the CJEU of 25 July 2018 on mutagenesis: Interpretation and interim legislative proposal.» *Frontiers in Plant Science* No. 10, 2020. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpls.2019.01813>

- WINTER, G. «The European Union's deregulation of plants obtained from new genomic techniques: a critique and an alternative option». *Environmental Sciences Europe* No. 36. 2024. <https://doi.org/10.1186/s12302-024-00867-z>
- ZETTERBERG, C. y EDVARDSSON BJÖRNBERG, K. «¿Time for a new EU regulatory framework for GM crops?», *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* No. 30, 2017. Doi:10.1007/s10806-017-9664-9.
- ZAJÁC ŠEVCOVÁ, K. «Harmonizing EU health legislation for new genomic techniques». *Novum Jus* No.18, 2024. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.3.4>
- ZIMNY, T. «Regulation of GMO field trials in the EU and New Genomic Techniques: Will the planned reform facilitate experimenting with gene-edited plants?» *BioTechnologia* No. 104 (1), 2023.
- «New genomic techniques and their European Union reform. Potential policy changes and their implications». *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology*, 2022. Doi: 10.3389/fbioe.2022.1019081.

LA BUROCRACIA DEFENSIVA O LA AUTOPROTECCIÓN ADMINISTRATIVA*

Maur Diaz Jover
Profesor lector
Universitat Oberta de Catalunya
mdiazjov@uoc.edu

RESUMEN: La burocracia defensiva es un fenómeno emergente en el ámbito del Derecho Administrativo, caracterizado por la actitud de autoprotección de los empleados públicos ante el riesgo de incurrir en responsabilidades personales. En lugar de perseguir de modo activo el interés general al que la Administración sirve de modo objetivo, ciertos funcionarios optan por la inacción o por un cumplimiento excesivamente formalista de la norma como estrategia de autoprotección, evitando aquellas decisiones que podrían acarrear riesgos legales o disciplinarios.

Esta burocracia excesivamente defensiva genera parálisis administrativa, retrasos injustificados e ineficiencias, erosionando la confianza ciudadana y vulnerando, entre otros, el derecho a una buena administración.

Mientras que en sistemas cercanos —como en Italia o Francia— el problema ha suscitado un vivo debate, en España la atención doctrinal ha sido tardía. No obstante, recientes iniciativas buscan combatir esta tendencia mediante la introducción del «derecho al error» o la redefinición de la responsabilidad de los funcionarios que actúan de buena fe.

PALABRAS CLAVE: burocracia defensiva; derecho al error; buena administración; responsabilidad; procedimiento administrativo.

ABSTRACT: Defensive bureaucracy is an emerging phenomenon in the field of administrative law, characterised by the self-protective attitude of public employees faced with the risk of incurring personal liability. Instead of actively pursuing the general interest that the Administration serves objectively, certain officials opt for inaction and overly formalistic compliance with rules as a self-protection strategy, avoiding decisions that could entail legal or disciplinary risks.

This excessively defensive bureaucracy generates administrative paralysis, unjustified delays and inefficiencies, eroding public confidence and violating, among other things, the right to good administration.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto «La mejora de las decisiones administrativas mediante el uso de la IA, la experimentación y los sandboxes: especial atención al ámbito urbano y de vivienda (ADMAIES)», 2024-2027. Ref.: PID2023-151396OB-I00, IP: Dr. Agustí Cerrillo Martínez.

Although the problem has sparked lively debate in neighbouring countries (such as Italy and France), doctrinal attention in Spain has been slow to follow. However, recent initiatives seek to combat this trend by introducing the «right to make mistakes» or redefining the responsibility of civil servants acting in good faith.

KEYWORDS: defensive bureaucracy; right to make mistakes; good administration; accountability; administrative procedure.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. APARICIÓN Y EXTENSIÓN DE LA BUROCRACIA DEFENSIVA EN EL CONTEXTO ESPAÑOL.— 3. CAUSAS ESTRUCTURALES, ORGANIZATIVAS Y NORMATIVAS.— 4. PROPUESTAS DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN. EL ERROR COMO RESPUESTA.— 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha identificado un fenómeno creciente en las Administraciones públicas que la doctrina ha denominado *burocracia defensiva*¹. Se trata de un patrón de comportamiento administrativo caracterizado por una excesiva precaución y autoprotección de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones², con el fin de evitar riesgos personales, incluso, a costa de la eficacia del servicio público³. De este modo, el objetivo de las actuaciones administrativas deja de ser el servicio al interés general para convertirse en la evitación de responsabilidades, sanciones o reproches. Así lo identifica ARTINGER *et al.*, «cuando los profesionales optan por la segunda mejor opción en lugar de (lo que ellos creen que es) la mejor opción para su organización o el cliente con el fin de protegerse de posibles consecuencias negativas en el futuro»⁴.

El reconocimiento de este *modus operandi* es reciente en nuestro país, siendo detectado por un incremento de sus manifestaciones. Esta disfunción burocrática aparece por una clara motivación: el miedo a las consecuencias que pueden derivarse de la decisión.

La preocupación por esta tendencia surge en un contexto de crecientes exigencias de integridad y control sobre el sector público. En las últimas décadas, la lucha contra la corrupción y el mal gobierno ha conducido a un reforzamiento de los mecanismos de responsabilidad de los servidores públicos, incluyendo un mayor recurso al Derecho penal⁵. Ante la judicialización de la gestión pública, se ha generado una

¹ BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», en *Documentación Administrativa*, 2023, núm. 10, pp. 40 - 58.

² Fenómeno que debe diferenciarse de la huelga de celo, expresamente prohibido en el art. 7.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

³ BATTINI, Stefano y DECAROLIS, Francesco, «L'Amministrazione si difende», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, núm. 1, pp. 293 - 319.

⁴ ARTINGER, Florian M.; ARTINGER, Sabrina y GIGERENZER, Gerd. «C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration», en *Business Research*, núm. 19, 2019, pp. 9 - 25.

⁵ Por «inoperancia de la disciplina administrativa», como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1127/2009, de 27 de noviembre de 2009, de la Sala Penal. Sin embargo, la intervención penal

cierta cultura del temor⁶. Ante la posibilidad —por remota que sea— de verse inmersos en un procedimiento penal o sancionador, los empleados públicos prefieren atenerse estrictamente al reglamento —o, incluso, abstenerse de actuar—.

2. APARICIÓN Y EXTENSIÓN EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

El término *burocracia defensiva* alude al uso de procedimientos y formalidades como «escudo» por parte de los empleados públicos frente a posibles reproches jurídicos⁷. Así, consistiría en una desviación del modelo burocrático clásico. Como Ramió indica, sería «un exagerado apego al reglamento utilizado como sistema de protección y privilegio en manos de los funcionarios»⁸. Esta idea, como problema estructural inherente a la burocracia weberiana⁹, pone de relieve que ciertos funcionarios —sin duda, fenómeno que no puede generalizarse— se refugian en la norma de forma excesiva, no para garantizar la legalidad o el interés general, sino como autoprotección ante eventuales consecuencias negativas de sus actos.

Desde un punto de vista conductual, las manifestaciones típicas de la burocracia defensiva incluyen la inacción deliberada, la dilación de trámites —hasta los márgenes temporales legales—, el aumento de requisitos o informes innecesarios, la búsqueda de aprobaciones de órganos jerárquicos superiores y, en general, cualquier estrategia que traslade o difumine la responsabilidad individual¹⁰. Para conseguir este

puede tener, como advierte Rebollo Puig, un «efecto perverso de ser paralizante: demasiados servidores públicos tienen miedo a actuar y a ofrecer soluciones razonables por temor a eventuales querellas. Incluso sucede que los informes más peregrinos, aunque jurídicamente no sean vinculantes, se siguen incondicionalmente porque no haya quien se atreva a apartarse de ellos ante el peligro de que dé sustento a condenas penales». REBOLLO PUIG, Manuel, «El control de la administración por la jurisdicción penal», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, p. 181.

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, «*El Sistema Judicialista y la llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública*», en *Derecho y sociedad*, núm. 29, 2007, p. 271.

⁷ Término inspirado por el fenómeno de la *medicina defensiva*, entendiéndose por esta la práctica médica cuyo objetivo prioritario es evitar reclamaciones o responsabilidades legales. APERIO BELLA, Flaminia, «Defensive medicine and defensive bureaucracy», en *Revista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 3, 2023.

⁸ RAMIÓ, Carles, «Burocracia», en PENDÁS GARCÍA, Benigno (Ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, 2020, p. 108, Ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas – BOE, Madrid, 2020.

⁹ MERTON, Robert K., «Bureaucratic structure and personality», en *Social Forces*, núm. 4, 1940, p. 564. También en MERTON, Robert K., *Teoría y estructura social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 281 - 282.

¹⁰ Es importante recordar que el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, rubricado «derecho a una buena administración» señala que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2021 (núm. rec. 8325/2019) se manifiesta en los siguientes términos:

«Del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos [...] y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable [siendo así que] al menos resulta procedente dejar apuntado que en atención a las circunstancias de cada caso, bajo el prisma de los anteriores

objetivo, no se trata necesariamente de realizar conductas ilegales o sancionables en sí, sino también de actitudes pasivas de extrema precaución que rozan la parálisis administrativa. Se produce, así, una desviación de la finalidad legítima de la actuación administrativa, la actuación ya no se orienta al bien común.

La literatura comparada permite ver cómo este fenómeno no es único en nuestro país. Italia es donde más relevancia ha adquirido el tema de la *burocrazia difensiva*¹¹, tal como se desprende del pronunciamiento de la *Corte Costituzionale* 8/2022, de 25 de noviembre de 2021 que habla abiertamente de este *abuso d'ufficio* o del número monográfico de la *Revista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione* del año 2023¹². Esta práctica administrativa se vincula con el diseño del sistema de responsabilidad de los empleados públicos creado por el art. 28 de la Constitución italiana, que establece que:

«Los funcionarios y los empleados del estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos que realizaran contrarios a cualquier derecho. En estos casos la responsabilidad civil se extenderá al estado y a las entidades públicas»¹³.

Sin embargo, la aparición de estas actitudes defensivas en el seno de la Administración Pública no responde, como dice el Alto Tribunal italiano¹⁴, a un abuso de poder sin causa alguna¹⁵. Ciertos acontecimientos han propiciado su aparición. La pandemia de la Covid-19 o la gestión de los fondos europeos Next Generation EU han colocado a la Administración ante decisiones urgentes y de alto riesgo, multiplicándose el control sobre el uso de recursos públicos. Esta presión sobre los empleados públicos ha revelado comportamientos defensivos, como la obligatoriedad de obtener cita previa, la atención telemática o telefónica mediante *bots* de voz.

También las reformas legislativas tienen un peso importante en la adopción de actitudes pasivas —disfrazadas de activas, como la solicitud de informes o elevar consultas a superiores jerárquicos—. Las reformas legislativas operadas en la normativa básica administrativa del año 2015 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —LPAC— y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público —LRJSP—)

principios, la dilación no razonable y desproporcionada en la remisión del expediente para ejecución de la resolución estimatoria del órgano económico administrativo no puede resultar jurídicamente neutral sino que deberá extraerse las consecuencias jurídicas derivadas»

¹¹ BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. «Nuevas barreras burocráticas...», *op. cit.* pp. 43 - 55.

¹² Si bien no todos coinciden en identificar la burocracia defensiva como una realidad alarmante, sino como un mito o una «categorie sopravvalutate, psicologiche, emotive, umorali, evanescenti e soprattutto prive di qualsiasi riscontro probatorio (ad esempio tramite sondaggi) o di evidenza scientifica sulla ascrizione delle stesse ad interventi magistratuali persecutori». TENORE, Vito, «La “paura della firma” e “la fatica dell’amministrare” tra mito e realtà: categorie reali o mera giustificazione per l’impunità normativa degli amministratori pubblici? Dalla “corte dei conti” alla “corte degli sconti”», en *Rivista della Corte dei Conti*, 2025, núm. 1, pp. 1 - 12.

¹³ Traducción propia.

¹⁴ <https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2022/8>

¹⁵ En su fundamentación, el tribunal italiano declara que la existencia del delito de *abuso d'ufficio* influye claramente en la promoción de actitudes defensivas en la Administración, lo cual constituye un freno y factor de ineficiencia en la actividad pública.

introdujeron principios de transparencia, evaluación y responsabilidad que, si bien buscan la mejora de la Administración, también incrementaron el escrutinio sobre la actuación administrativa. Asimismo, la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción han supuesto nuevas exigencias de apertura y control externo que, paradójicamente, pueden acrecentar la sensación de exposición del funcionario. Se vive, así, una cierta «esquizofrenia» administrativa: por un lado, se demanda máxima integridad y control; por otro, se exige agilidad e iniciativa.

El elemento definitorio del fenómeno es su carácter pasivo o abstencionista en la resolución del procedimiento. A diferencia de otras conductas disfuncionales de los empleados públicos (por ejemplo, las de tipo corrupto o abusivo, que implican acciones dolosas a fin de obtener un beneficio indebido), las actitudes defensivas se manifiestan típicamente mediante la omisión de actuaciones o en la realización de acciones minimalistas. Se opta por la inacción o la dilación del procedimiento, siendo el resultando una Administración que no cumple de modo eficaz con su cometido.

Precisamente ahí radica su carácter insidioso: bajo la apariencia de legalidad y celo procedimental, el empleado público puede incurrir en «mala administración»¹⁶, al anteponer su tranquilidad personal a la satisfacción diligente de las necesidades públicas. Sin embargo, como se ha apuntado, no siempre se trata de comportamientos ilícitos, pero sí algunos que pueden conducir a resultados contrarios a la integridad y a la eficiencia administrativa.

3. CAUSAS ESTRUCTURALES Y NORMATIVAS

El surgimiento de la burocracia defensiva no es fortuito ni accidental. Responde a un entramado de causas múltiples, de índole variada¹⁷. Estos factores, combinados, han llevado a que los empleados públicos asuman un comportamiento de autoprotección frente a las responsabilidades que puedan derivarse de su actuación.

a) Régimen de responsabilidad de los empleados públicos y control judicial

En las últimas décadas se ha intensificado el régimen de responsabilidad penal y administrativa de los servidores públicos, sobre todo, fruto de la lucha contra la

¹⁶ Por todos, PONCE SOLÉ, Juli, «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017», en *Revista de Administración Pública*, 2023, núm. 221, pp. 163 - 182.

¹⁷ También podemos encontrar la tecnología como elemento clave en el surgimiento de una actitud defensiva en la Administración. En este sentido, *vid.* BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. «Nuevas barreras burocráticas...», *op. cit.*

corrupción¹⁸, pero derivándose efectos colaterales de la judicialización de la gestión pública, como el temor a verse inmersos en un proceso penal o afrontar sanciones disciplinarias. El Código Penal tipifica numerosos delitos contra la Administración Pública (Título XIX), como la prevaricación, la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos o el cohecho, siendo estos cometidos por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones¹⁹.

La jurisdicción penal se ha mostrado abierta a la fiscalización de la actuación administrativa, imponiendo penas a los empleados públicos y declarando la responsabilidad civil de la Administración como responsable civil subsidiario. Este control penal tan intenso, en palabras del profesor Rebollo, crea un sistema abierto «sin filtros» para llevar la gestión pública ante la jurisdicción criminal²⁰.

Esta situación, que puede explicarse a partir del efecto condenatorio a actitudes contrarias a la norma realizadas por autoridades públicas y por el efecto disuasorio del ámbito penal, ha generado un riesgo elevado: el del miedo a la firma²¹. Ante la constante amenaza de una investigación penal o de un proceso sancionador, muchos empleados han reaccionado con un temor paralizante²².

b) La complejidad normativa y las exigencias procedimentales

Otra causa que podemos identificar es la inflación y complejidad del marco legal vigente. Como Mora-Sanguinetti expone, entre 1979 y 2022 se han aprobado más de cuatrocientas mil normas (datos, hasta 2022, con lo que el número se ha incrementado)²³. En este laberinto se encuentra un Minotauro: la incertidumbre generada por la continua aprobación de nuevas normas y la difícil interiorización de estas²⁴, aun asumiendo la literalidad de lo dispuesto en el art. 6.1 del Código Civil.

Es en este contexto donde el empleado público desarrolla aversión al riesgo por miedo al error y, a las consecuencias que de este se deriven. Cuál es la solución adop-

¹⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis, «Sobre el Derecho Administrativo de nuestro tiempo: algunas tendencias», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, p. 28.

¹⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 695-754

²⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, «El control de la administración...», op. cit. p. 177

²¹ PATTÀ, Iliaria, «La dimensione costituzionale dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio», en *Federalismi.it, Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, núm. 17, 2025, pp. 134 - 155.

²² En la mencionada Sentencia 8/2022 de la Corte Constitucional italiana se alude directamente al riesgo penal como uno «dei motori della 'burocrazia difensiva'».

²³ MORA-SANGUINETTI, Juan S. «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231 - 253.

²⁴ De BENEDETTO, Maria, *Corruption from a Regulatory Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 9 «when legislation is too frequently bad quality, adopted on basis of unclear objectives or without the adequate gathering of evidence, consultation, indicators (necessary for ex-post evaluation) and with an insufficient assessment of different regulatory options, making it highly probable that the law will be ineffective».

tada: un cumplimiento estricto y garantista —no malo *per se*— de todos los trámites, con solicitud de informes o duplicación de controles. Esta situación no deja de ser paradójica a la luz de las reformas legales orientadas a la mejora procedimental administrativa. Las Leyes 39/2015 y 40/2015 introdujeron principios como la simplicidad, transparencia en la actuación administrativa, agilidad de los procedimientos administrativos, responsabilidad por la gestión pública, eficiencia, etc. (art. 3 LRJSP).

No hay duda de que estos avances legislativos persiguen un fin legítimo: la buena administración. Sin embargo, desde la perspectiva del empleado público, aumenta la percepción de examen y evaluación de desempeño incentivando, hasta cierto punto, la adopción de posiciones defensivas.

c) Exigencias de transparencia

Finalmente, y no menos importante, la exposición pública de la actuación administrativa contribuye también a la adopción de una actitud defensiva por parte de los empleados públicos. En este caso el problema reside no tanto en la propia transparencia y escrutinio que de la decisión administrativa pueda hacer la ciudadanía, sino la viralidad que ciertas actuaciones pueden tener, fruto de las redes sociales²⁵, en cuestión de horas o minutos.

Un factor clave lo encontramos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y, no menos importante, en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El empleado público sabe que, ante cualquier irregularidad —incluso aquella producida de modo involuntario y sin mediar una negligencia grave— puede ser denunciado y, su actuación, analizada. Nos encontramos ante una paradoja: por un lado, la normativa exige máxima celeridad al servidor público en el desarrollo de su actividad; por otro, tolerancia cero ante cualquier fallo o error. Esta presión dual provoca la adopción de una postura conservadora ante el riesgo. Se opta por la cautela por encima de la exposición, del escándalo y del riesgo.

4. PROPUESTA DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN. EL ERROR COMO RESPUESTA

No hay duda de que la adopción de esta actitud defensiva, generada por una aversión al riesgo personal por parte de los empleados públicos, puede derivar en importantes problemas al ciudadano y a la propia Administración.

²⁵ Viralidad que no tiene *per se* un carácter negativo, tal como expone CORTÉS ABAD, Óscar, *Las redes sociales en la Administración General del Estado. Factores jurídicos e institucionales*, Ed. INAP, Madrid, 2021, pp. 81 - 83.

Tal como ha podido desarrollarse en las páginas precedentes, la complejidad y multidimensionalidad de las causas hacen que las posibles soluciones deban abordarse desde diversos frentes, tanto normativos como organizativos, así como culturales. A continuación, interesa detenerse en alguna posible medida que podría mitigar esta tendencia, de modo que el servidor público pueda actuar con seguridad.

a) **Redefinir el régimen de responsabilidad para aquellas decisiones adoptadas desde la buena fe**

Una posible reforma que generaría un gran impacto sería ajustar la responsabilidad de los funcionarios que actúen bajo dos criterios: la diligencia y la buena fe. De este modo, el empleado público que, en ejercicio de sus competencias cometiese algún error, siempre que este sea razonable, no debería temer a las desproporcionadas consecuencias del mismo.

Si bien la Ley 40/2015, para la acción de regreso de la Administración al empleado público, establece en su art. 36.2 que esta podrá exigirse para aquellos que «hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves», sería deseable añadir una cláusula de salvaguarda. En este sentido, debería establecerse que la actuación motivada y amparada en la buena fe, sin que medie negligencia grave, debería excusar la responsabilidad personal de ese empleado.

Es importante aquí el trabajo realizado por la *Comissió d'experts per a la definició de l'estratègia de transformació de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i la millora dels serveis públics* (CETRA). Gracias al trabajo de esta Comisión se ha realizado una propuesta de ley con el objeto de modificar la Ley 26/2010, de 3 de agosto, del régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Catalunya²⁶. Se propone, en el sentido de lo comentado, la adición de un artículo nuevo (22 bis) que se establecería que:

«3. *Els empleats públics només seran responsables per accions o omissions realitzades amb dol o culpa o negligència greu [...]*

4. *L'error comès per l'empleat públic actuant amb la diligència deguda, de bona fe i sense frau no constituirà un supòsit de culpa o negligència greu».*

De este modo, sólo sería responsable el empleado público que actuase dolosamente, eximiendo a todos aquellos casos en que el error sea cometido de buena fe, sin fraude y, habiendo atendido diligentemente el procedimiento.

Esta medida propuesta por el grupo CETRA va encaminada a poner fin a la burocracia defensiva, ofreciendo una respuesta clara —no sancionadora— a aquellos empleados públicos que hayan cometido un error involuntario.

²⁶ Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 279, 21 de julio de 2025.

b) El reflejo en la Administración del derecho al error

Tal como acabamos de mencionar, el error involuntario o razonable existe. Y es en este marco que de modo reciente se está empezando a hablar del derecho al error, con una clara impronta francesa²⁷. El derecho al error es un concepto que en el Derecho Administrativo se plantea sobre la posibilidad de que los ciudadanos cometan equivocaciones en sus trámites u obligaciones sin sufrir de inmediato las consecuencias sancionadoras o negativas que, de tales errores, involuntarios y de buena fe, puedan suceder. Ejemplo de ello sería lo dispuesto en el art. 115.2 de la LPAC, el cual dispone que aun habiendo «error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».

También, sin realizar una alusión directa al error, el art. 76 de la LPAC puede interpretarse como una subsanación *sui generis*²⁸:

«1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

2. En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria».

Sin estar directamente vinculado del error, es importante destacar el mecanismo establecido en el apartado segundo del artículo 76 de la LPAC. En este se concede al ciudadano la posibilidad de alegar «defectos de tramitación y, en especial, los que supongan la paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites». Esta cuestión es importante porque, ¿no es el fenómeno de la burocracia defensiva, precisamente, la actitud deliberada de paralizar o alargar innecesariamente el procedimiento? El legislador establece a favor del ciudadano una suerte

²⁷ El derecho al error ha sido introducido por la Loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (ESSOC). Como establece el Artículo L123-1: «Une personne ayant méconnu pour la première fois une règle applicable à sa situation ou ayant commis une erreur matérielle lors du renseignement de sa situation ne peut faire l'objet, de la part de l'administration, d'une sanction, pécuniaire ou consistant en la privation de tout ou partie d'une prestation due, si elle a régularisé sa situation de sa propre initiative ou après avoir été invitée à le faire par l'administration dans le délai que celle-ci lui a indiqué».

Se desprende, así, que para ejercer este derecho al error deben reunirse tres condiciones: 1) que sea la primera vez que se comete el error; 2) que se regulariza al situación por iniciativa propia o tras el aviso por parte de la Administración; 3) se ha actuado de buena fe (*la sanction peut toutefois être prononcée, sans que la personne en cause ne soit invitée à régulariser sa situation, en cas de mauvaise foi ou de fraude*).

²⁸ Teniendo en cuenta que la subsanación aparece prevista en el art. 68 LPAC, la cual se activa a instancia de la Administración cuando «la solicitud de iniciación no reúne los requisitos [...] se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición»

de impulso procedimental que, según las circunstancias, podría llegar a accionar la responsabilidad disciplinaria del empleado encargado de tramitar el procedimiento.

Volviendo al error²⁹, también la ley de procedimiento administrativo establece la misma posibilidad de rectificación a favor de la Administración en el art. 109, el cual permite de oficio o a instancia de parte la corrección de «errores materiales, de hecho o aritméticos». Sin embargo, esta rectificación no es absoluta. Tal como recuerda el Consejo Consultivo de Castilla y León «este procedimiento únicamente es admisible para rectificar omisiones o errores materiales, no declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico»³⁰. Para ello existen otros procedimientos, como la revisión de oficio o la declaración de lesividad.

Sin embargo esto genera que ante errores que podrían no ser invalidantes del acto administrativo (como podrían ser de calificación jurídica o de apreciación y/o valoración de prueba), la Administración no puede simplemente rectificarlo, sino que debe acudir a estas vías más complejas y que implican un uso de recursos —personales, temporales y económicos— mayores. Por esta misma razón, sería interesante proyectar este derecho al error para la Administración.

Con el objeto de fomentar una Administración menos defensiva, sería útil flexibilizar los mecanismos de corrección, como abrir la posibilidad de subsanación de errores jurídicos en fases iniciales del procedimiento o la simplificación de la revisión de oficio cuando el propio órgano que dictó el acto reconoce el error.

5. CONCLUSIONES

La denominada burocracia defensiva es una tendencia creciente dentro de las Administraciones Públicas, caracterizada esta por la preferencia que algunos empleados públicos tienen por la inacción o la adhesión rígida a las normas antes que asumir decisiones que puedan implicar un riesgo personal. Este comportamiento tiene su origen en un contexto marcado por la expansión del control judicial, la complejidad normativa actual —y la cuestionable calidad de las normas— y la presión derivada de las exigencias de transparencia y rendición de cuentas. Tales circunstancias, y aún

²⁹ Importante destacar que en la propuesta de ley de modificación de la Ley 26/2010 se ha previsto la inclusión del derecho al error para aquella: “persona física o jurídica que hagi infringit per primera vegada una norma aplicable a la seva situació o hagi comès errors materials o formals en informar de les seves dades o de la seva situació dins del termini legalment o reglamentàriament establert no podrà ser objecte de sanció pecuniària o consistent en la privació total o parcial d’una prestació a la que pugui tenir dret d’acord amb la normativa vigent, sempre que:

a) La persona hagi actuat de bona fe i sense frau en el moment de cometre l’error.
 b) La persona esmeni l’error i regularitzi la seva situació, bé a sol·licitud pròpia o per invitació d’ofici de l’Administració, que l’indicarà el termini per a fer-ho tenint en compte, amb la deguda diligència pròpia del dret a una bona administració, la seva situació particular.

L’Administració ponderarà amb la diligència deguda les circumstàncies específiques del cas, resoldrà si existeix el dret a esmenar l’error i fonamentarà i motivarà la seva decisió amb la deguda cura”.

³⁰ Consejo Consultivo de Castilla y León, Memoria 2016, p. 58.

podríamos encontrar otras como la precarización del empleo público, han fomentado una cultura del temor, en la que la autoprotección individual prevalece sobre la agilidad y la eficacia en el servicio público.

El resultado más evidente de esta dinámica es el debilitamiento funcional de la Administración. Los procedimientos se vuelven más lentos, se multiplican los trámites innecesarios y se dilata la resolución de los asuntos, lo que deriva en una pérdida de la eficiencia y de la confianza del ciudadano. La Administración, concebida para la satisfacción del interés general, termina priorizando la forma sobre el fondo, reduciendo así su capacidad de respuesta frente las demandas sociales. El exceso de celo o cautela genera una suerte de parálisis que contradice la obligación constitucional de servir con objetividad el interés público.

Además, este fenómeno supone un riesgo jurídico y ético: bajo una apariencia de corrección formal, se pueden vulnerar derechos básicos de los ciudadanos, como el de recibir respuesta en tiempo y forma o el de ser tratados con equidad. En consecuencia, la burocracia defensiva entra en conflicto directo con el principio de buena administración, entendido este como el deber de actuar con eficacia, transparencia y responsabilidad hacia la sociedad. Este principio, con sus raíces en la normativa europea, exige una gestión pública dinámica y orientada al resultado, algo incompatible con una actitud excesivamente conservadora.

Frente a ello, se plantea la necesidad de revisar los marcos normativos para reducir la inseguridad jurídica de los empleados públicos. Es fundamental distinguir entre el error de buena fe —todos somos humanos— y la negligencia grave o el dolo, ofreciendo garantías que eviten sancionar actuaciones diligentes pero fallidas.

De igual modo que existe un derecho a la rectificación —y, de modo más novedoso, al error para los ciudadanos—, debería también reconocerse para la propia Administración, de modo que la posibilidad de corregir una equivocación no sea percibida como una falta, sino como parte natural del proceso de gestión pública.

La solución pasa, en última instancia, por transformar la cultura institucional. La Administración debe evolucionar hacia un modelo basado en la confianza y la responsabilidad compartida, donde el miedo a la sanción no determina la conducta y donde la prudencia no sea confundida con la inmovilidad. Sólo a través de este cambio cultural será posible superar la inercia defensiva que parece que se apodera poco a poco de las Administraciones y recuperar la esencia del servicio público: actuar con diligencia, resolver con criterio y servir con objetividad al interés general.

6. BIBLIOGRAFÍA

- APERIO BELLA, Flaminia, «Defensive medicine and defensive bureaucracy», en *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 3, 2023.
- ARTINGER, Florian M.; ARTINGER, Sabrina y GIGERENZER, Gerd. «C.Y.A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration», en *Business Research*, núm. 19, 2019, pp. 9 - 25.

- BATTINI, Stefano y DECAROLIS, Francesco, «L'Amministrazione si difende», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, núm. 1, pp. 293 - 319.
- BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», en *Documentación Administrativa*, 2023, núm. 10, pp. 40 - 58.
- CASSAGNE, Juan Carlos, «El Sistema Judicialista y la llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública», en *Derecho y sociedad*, núm. 29, 2007, pp. 261 - 272.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- CORTÉS ABAD, Óscar, *Las redes sociales en la Administración General del Estado. Factores jurídicos e institucionales*, Ed. INAP, Madrid, 2021, pp. 81 - 83.
- DE BENEDETTO, María, *Corruption from a Regulatory Perspective*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2021.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «Sobre el Derecho Administrativo de nuestro tiempo: algunas tendencias», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, p. 28.
- MERTON, Robert K., «Bureaucratic structure and personality», en *Social Forces*, núm. 4, 1940, pp. 560 - 568.
- MERTON, Robert K., *Teoría y estructura social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- MORA-SANGUINETTI, Juan S. «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231 - 253.
- PATTA, Ilaria, «La dimensione costituzionale dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio», en *Federalismi.it, Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, núm. 17, 2025, pp. 134 - 155.
- PONCE SOLÉ, Juli, «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017», en *Revista de Administración Pública*, 2023, núm. 221, pp. 163 - 182.
- RAMÍO, Carles, «Burocracia», en PENDÁS GARCÍA, Benigno (Ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, 2020, p. 107 - 109, Ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas - BOE, Madrid, 2020.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «El control de la administración por la jurisdicción penal», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, p. 151 - 190.
- TENORE, Vito, «La "paura della firma" e "la fatica dell'amministrare" tra mito e realtà: categorie reali o mera giustificazione per l'impunità normativa degli amministratori pubblici? Dalla "corte dei conti" alla "corte degli sconti"», en *Rivista della Corte dei Conti*, 2025, núm. 1, pp. 1 - 12.

CRÓNICA DEL INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM (ITF) SUMMIT 2025: RESILIENCIA EN EL TRANSPORTE ANTE LOS CRISIS GLOBALES*

Sebastián Herrera Tapia

Doctorando en Derecho Administrativo, Universitat de Barcelona.
Investigador del proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de personas
y mercancías en un entorno digital» NURETU2

RESUMEN: La presente crónica analiza el ITF Summit 2025 celebrado en Leipzig. Se exponen datos e información sobre el evento, se examinan las implicancias jurídicas de las recomendaciones adoptadas por el Consejo de Ministros del ITF sobre inteligencia artificial, destacando el rol de Chile como país anfitrión. El análisis se enmarca en el debate sobre gobernanza regulatoria, resiliencia institucional y el impacto de la tecnología en el derecho público.

PALABRAS CLAVE: movilidad urbana sostenible, Derecho administrativo; inteligencia artificial; gobernanza regulatoria; ITF Summit; Chile; transporte resiliente.

ABSTRACT: The present report examines the 2025 ITF Summit held in Leipzig. It presents data and information about the event and analyzes the legal implications of the recommendations adopted by the ITF Council of Ministers on artificial intelligence, with particular attention to Chile's role as host country. The analysis is situated within broader debates on regulatory governance, institutional resilience, and the impact of technology on public law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. CHILE COMO PAÍS ANFITRIÓN.— 3. RECOMENDACIÓN SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.— 4. CONVERGENCIA DEL DEBATE GLOBAL DEL ITF SUMMIT CON LA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE: 4.1. El Derecho a la Movilidad Sostenible como Eje Central de la Adaptación Regulatoria; 4.2. Gobernanza Institucional y Control de la Actuación Pública; 4.3. La Respuesta a la Disrupción Tecnológica: IA y Digitalización.— 5. CONCLUSIÓN.— 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de Personas y Mercancías en un Entorno Digita – NURETU» (PID2023-149612OB-I00), concedido por la Agencia Estatal de Investigación.

1. INTRODUCCIÓN

El ITF Summit, organizado por el Foro Internacional de Transporte de la OCDE, es la reunión de ministros de transportes más grande del mundo y el principal foro mundial de debate sobre políticas públicas en esta materia.

Este evento tiene lugar todos los años en la ciudad alemana de Leipzig y en su edición 2025, llevada a cabo los días 21, 22 y 23 de mayo, contó con la participación de más de 80 países, de los cuales 66 son estados miembros del foro, asistiendo cerca de 50 ministros de transporte y en total cerca de 1200 participantes (International Transport Forum, 2025a), dentro de los cuales encontramos líderes globales, altos cargos de importantes empresas del área, académicos de todo el mundo y distintos profesionales del área, quienes durante estos días debatieron sobre los desafíos y oportunidades de la movilidad y logística, teniendo como eje temático la resiliencia del transporte ante crisis globales.

Este evento tiene un enfoque multidisciplinario, lo que permitió compartir ponencias, mesas redondas o rondas de ministros con distintos profesionales, como economistas, ingenieros, sociólogos y juristas, entre otros.

Resulta interesante el papel que desde otras áreas se espera del derecho, que no es otro que adaptarse a los desafíos tecnológicos y ambientales, teniendo un papel catalizador para la creación y ejecución de normativas y políticas públicas que nos permitan enfrentar con resiliencia los desafíos producidos por las diversas crisis globales.

2. CHILE COMO PAÍS ANFITRIÓN

Este año, el ITF Summit tuvo un sello especial, Chile asumió la presidencia, siendo un hito para Latinoamérica y destacando no solo sus avances técnicos, como la red de metro y la amplia flota de buses eléctricos, sino también su enfoque en gobernanza regulatoria.¹

En uno de los paneles, el ministro de Transportes chileno y presidente de esta versión del ITF Summit, Juan Carlos Muñoz, enfatizó cómo el país ha integrado principios de participación ciudadana y evaluación ex ante de políticas en sus reformas, algo que puede resultar clave para evitar litigios y garantizar legitimidad.

Chile, además organizó un *side event* sobre «Marco Normativo para la Descarbonización del Transporte», donde fue posible contrastar el modelo europeo (basado en directivas vinculantes) con el enfoque latinoamericano, más flexible, pero con desafíos en implementación. Un dato revelador, en este sentido, es a modo de ejem-

¹ Según Larraín-Videla, Muñoz y Briones en el área metropolitana de Santiago de Chile, respecto de la cual existe cierto consenso en que la institucionalidad chilena concentra las funciones y atribuciones en el gobierno central, y que ello se agudiza para la gobernanza urbana y de transporte.

plo, que mientras la Unión Europea avanza en normas más estrictas en materia de contaminación por automóviles (Comisión Europea, 2019), Chile está probando incentivos fiscales para flotas eléctricas

3. RECOMENDACIÓN SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Uno de los grandes hitos del evento fue que por primera vez el Consejo de Ministros del ITF llegó a un acuerdo, adoptando para todos los estados miembros la recomendación de dos políticas públicas. Estas recomendaciones fueron sobre seguridad vial y sobre el uso de inteligencia artificial (IA) en las decisiones de las autoridades de transportes. Para efectos de esta crónica solo analizaremos la segunda.

La recomendación adoptada propone un marco ético y técnico para el uso de IA por autoridades de transporte. Se destacan principios como transparencia algorítmica, evaluación de riesgos y gobernanza institucional (International Transport Forum, 2025b).

El objetivo del documento es recomendar políticas para el uso responsable, ético y eficaz de sistemas de IA por parte de autoridades de transporte, reconociendo tanto sus beneficios como sus riesgos.

Se señalan algunos beneficios y riesgos de la IA específicamente en materia de transporte, destacando dentro de los beneficios, la mejora en la seguridad, eficiencia y sostenibilidad y reconociendo riesgos, como problemas de privacidad, transparencia y posibles impactos negativos en derechos humanos y discriminación.

En esta propuesta de política pública también se hacen recomendaciones concretas a las autoridades de cada país, como gobernar y supervisar el uso de IA, promover sistemas de IA centrados en el ser humano, que a su vez sean confiables y desarrollar marcos de gobernanza adaptados para la implementación de IA.

La recomendación destaca las principales aplicaciones que puede tener la IA en el sector del transporte, dentro de las que encontramos:

1. Apoyo a la formulación de políticas: planificación, modelado, proyecciones y evaluación de infraestructuras.
2. Mejora operativa: mantenimiento, control de tráfico, gestión de personal y respuesta a emergencias.
3. Mejora de servicios al ciudadano: licencias, pagos, procesamiento de solicitudes e información. (International Transport Forum, 2025b).

Finalmente se realizan algunas recomendaciones a las autoridades en transporte, como:

1. Supervisar y guiar el despliegue de IA: asignar responsabilidades claras y establecer marcos de gobernanza.
2. Aumentar la conciencia: crear inventarios de casos de uso y tecnologías de IA.

3. Evaluar riesgos y beneficios: implementar metodologías de evaluación de riesgos y medidas de mitigación.

4. Mejorar habilidades y alfabetización en IA: identificar brechas de habilidades, capacitar y reclutar personal especializado.

5. Colaboración multidisciplinaria: colaborar con otras autoridades, instituciones académicas, expertos en derechos humanos, privacidad y seguridad para fomentar el desarrollo ético y responsable de la IA. (International Transport Forum, 2025b).

Desde el derecho administrativo, esto plantea interrogantes sobre la distribución de competencias entre autoridades, el control judicial de decisiones automatizadas, posibles sesgos en la fuente de los algoritmos que fundan las decisiones y la protección de derechos fundamentales

4. CONVERGENCIA DEL DEBATE GLOBAL DEL ITF SUMMIT CON LA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE.

La promulgación contemporánea de la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de Movilidad Sostenible de España, ofrece un ejemplo de cómo los desafíos debatidos en foros internacionales, entre ellos, el que hemos tratado en este trabajo, se traducen en marcos normativos nacionales, exigiendo al derecho administrativo un papel catalizador para la ejecución de políticas públicas.

4.1. El Derecho a la Movilidad Sostenible como Eje Central de la Adaptación Regulatoria

Una de las conclusiones clave a la que se llegó en el ITF Summit es el hecho de que el ser humano debe estar en el centro de cualquier regulación de la movilidad sostenible. Esta filosofía se refleja directamente en el preámbulo y el Título Preliminar de la Ley 9/2025, donde se establece que la movilidad es un «nuevo derecho de los ciudadanos y las ciudadanas» que los poderes públicos están obligados a salvaguardar². La ley reconoce este derecho para lograr una mayor cohesión social y territorial, contribuir al desarrollo económico resiliente y alcanzar objetivos de reducción de contaminantes.

La necesidad de adaptación del derecho a los desafíos tecnológicos y ambientales, como se señaló en el Summit, se materializa en el mandato legal español de facilitar un sistema de movilidad «seguro, sostenible, accesible, inclusivo y digitalizado»³, prestando especial atención a evitar situaciones de «pobreza de transporte»⁴. El enfoque de la ley, al igual que el espíritu del Summit, se centra en las personas y en la

² Véase preámbulo Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

³ Artículo 1 Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

⁴ Artículo 4 Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

satisfacción de sus necesidades de desplazamiento, mientras que el transporte, con sus infraestructuras y servicios, se concibe como el instrumento para permitir dicha movilidad.

4.2. Gobernanza Institucional y Control de la Actuación Pública

El debate sobre la gobernanza regulatoria y la resiliencia institucional fue un tema central del ITF Summit. La respuesta legislativa española a estos desafíos se articula a través de la creación de un robusto marco de cooperación administrativa. La ley establece el Sistema General de Movilidad Sostenible como instrumento de cooperación y colaboración entre las administraciones (estatal, autonómica y local).⁵ Dicho sistema se apoya en órganos consultivos como el Foro Territorial de Movilidad Sostenible y el Consejo Superior de Movilidad Sostenible, cuyo objetivo es fortalecer los mecanismos de coordinación, cooperación y transparencia en el diseño y gestión de políticas públicas.

Asimismo, el énfasis en la eficiencia y el control del gasto público por parte de la Administración se alinea con la evaluación de la inversión en infraestructuras. La Ley 9/2025 exige que las inversiones en infraestructuras de transporte de competencia estatal estén sujetas a una evaluación *ex ante* (análisis preliminar de rentabilidad socioambiental y estudio de rentabilidad económica, social y ambiental) y una evaluación *ex post*. Estos procedimientos, que buscan aportar evidencias al proceso de toma de decisiones, recogen la demanda de un enfoque riguroso en la planificación pública.

4.3. La Respuesta a la Disrupción Tecnológica: IA y Digitalización

La conexión más directa entre lo debatido en el ITF Summit y la ley reside en el tratamiento de la inteligencia artificial y la digitalización. El Summit de 2025 adoptó una recomendación de política pública, sobre el uso de la IA por parte de las autoridades de transporte, destacando la necesidad de un marco ético y técnico, centrado en principios como la transparencia algorítmica y la evaluación de riesgos.

La Ley de Movilidad Sostenible aborda esta disrupción a través de su Título V, enfocado en la innovación y digitalización. Se reconocen los vehículos automatizados (que utilizan IA) y se establecen principios rectores para su regulación, poniendo el foco en la seguridad física y la ciberseguridad, la sostenibilidad, y la protección de los derechos de las personas y sus datos para asegurar que la tecnología sea inclusiva, accesible, y no discriminatoria. Estos principios de protección establecidos en la ley se condicen con lo señalado en la recomendación de política pública emanada del ITF Summit, sobre el uso de inteligencia artificial por parte de autoridades de transportes, con relación a la necesidad de preservar valores esenciales como la dignidad y

⁵ Artículo 6 Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

la autonomía de las personas en el uso de la IA, observar una reserva de humanidad en la toma de decisiones o proteger los datos personales⁶ que serán utilizados.

Además, la ley implementa herramientas administrativas esenciales para manejar el cambio tecnológico:

A. Espacio Controlado de Pruebas (Sandbox): Se crea un *sandbox* normativo para proyectos piloto de movilidad que carezcan de cobertura regulatoria o entren en conflicto con la normativa existente⁷, permitiendo a la Administración adquirir conocimiento y proponer una regulación nueva o modificaciones normativas.

B. Digitalización y Datos (EDIM): Se crea el Espacio de Datos Integrado de Movilidad (EDIM)⁸, un instrumento digital diseñado para sistematizar información de distintas fuentes (públicas y privadas), que es crucial para el diseño sólido de las políticas públicas de movilidad y proporciona transparencia, alineándose con la necesidad de manejar la complejidad regulatoria de la era digital.

En definitiva, la Ley de Movilidad Sostenible (Ley 9/2025) actúa como el correlato normativo del debate internacional en el ITF Summit, traduciendo los principios de resiliencia, gobernanza y adaptación tecnológica en mecanismos concretos del derecho administrativo español, asegurando que la innovación y la sostenibilidad se desarrollen bajo la primacía de los derechos del ciudadano.

5. CONCLUSIÓN.

El ITF Summit 2025 evidenció que los desafíos del transporte son jurídicos, técnicos y éticos. Las recomendaciones sobre IA y seguridad vial requieren marcos normativos ágiles, colaborativos y centrados en derechos.

La doctrina, en particular en lo relativo a que el uso de la IA esté centrado en derechos, ha ido en el mismo sentido que la recomendación analizada, así tenemos que en Cataluña el profesor Agustí Cerrillos i Martínez nos advierte sobre «la necesidad de que su uso preserve adecuadamente valores esenciales para nuestra sociedad como la dignidad, la autonomía y la autodeterminación de las personas» (Cerrillo, 2020).

Por su parte, la nueva Ley de Movilidad Sostenible, es un ejemplo de cómo los debates globales llevados a cabo en foros como este no son solo de interés doctrinario, sino que también son considerados por los legisladores locales al momento de dictar las leyes.

⁶ En particular sobre el uso de datos personales por parte de empresas de aplicaciones de transporte Navarro Pérez y Herrera Tapia (2025) sostienen que «gracias a su funcionamiento a través de aplicaciones que aprovechan los avances tecnológicos en los teléfonos inteligentes, sistemas de geolocalización, 5G, big data, inteligencia artificial y sistemas de almacenamiento en la nube, las plataformas han podido recolectar, almacenar y procesar grandes volúmenes de información que caracterizan los patrones de movilidad de millones de personas con un nivel de detalle inédito.»

⁷ Artículo 64 y siguientes de la Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

⁸ Artículo 13 de la Ley 9/2025 de Movilidad Sostenible

Asistir al Summit ITF y escuchar todas sus ponencias y debates, reafirma la importancia que el derecho administrativo tiene en la evolución del transporte público, siendo el elemento clave para conjugar una regulación que permita la innovación, pero que a su vez no olvide las garantías de los ciudadanos, las obligaciones de las autoridades y finalmente el hecho que el ser humano es quien tiene que estar en el centro de cualquier regulación de la movilidad sostenible.

En el evento se ha observado cómo la interacción entre tecnología, derecho y otras ciencias, exige reinterpretar principios clásicos como el de imparcialidad o el debido proceso. Por ejemplo, Chile, con su enfoque híbrido, ofrece un modelo intermedio entre la rigidez normativa europea y la flexibilidad latinoamericana, útil para países en desarrollo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CERRILLO, A. (2020). El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 30. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i30.3229>
- COMISIÓN EUROPEA. (2019). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo* (COM(2019) 640 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019DC0640>
- ESPAÑA. (2025, 3 de diciembre). *Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de Movilidad Sostenible*. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 291, 4 de diciembre de 2025. <https://www.boe.es/eliles/l/2025/12/03/9/con>
- INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM. (2025a). *About the Summit – ITF 2025 Summit*. Recuperado el 4 de septiembre de 2025 de <https://summit.itf-oecd.org/2025/about-the-summit/>
- INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM. (2025b). *Policy Recommendation Concerning the Use of Artificial Intelligence by Transport Authorities*. OECD. <https://2025.itf-oecd.org/wp-content/uploads/2025/05/ITF-Policy-Recommendation-Concerning-the-Use-of-AI.pdf>
- LARRAÍN-VIDELA, C., MUÑOZ, J.-C., y BRIONES, J. (2022). Gobernanza de transporte en áreas metropolitanas: Revisión crítica y análisis para Santiago de Chile. *EURE (Santiago)*, 48(145), 1–24. <https://doi.org/10.7764/eure.48.145.14>
- NAVARRO PÉREZ, F., y HERRERA TAPIA, S. (2025). Hacia una regulación para las plataformas digitales que prestan servicios de movilidad: El ejemplo chileno. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2, 305–314. https://doi.org/10.37417/cudere/vol_2_2024_3007

**ESTUDIOS I:
LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS.
DEL SERVICIO PÚBLICO A LA REGULACIÓN**

LA REGULACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RESIDUOS. UN DEBATE ACTUAL

Jesús CONDE ANTEQUERA

Profesor titular (acreditado Catedrático) de Derecho administrativo.
Universidad de Granada.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL DEBATE SOBRE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS.— 2. CARACTERÍSTICAS DESTACABLES DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS RESIDUOS.— 3. LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS RESIDUOS A LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y LOS NUEVOS PARADIGMAS REGULATORIOS: 3.1. Cuestiones determinantes de la necesidad de evolución normativa; 3.2. Principales aspectos requeridos de revisión: 3.2.1. Sobre la necesidad de revisión del concepto jurídico de residuo y de reformulación de los criterios normativos de clasificación; 3.2.2. La necesaria reconsideración de la «jerarquía de residuos»; 3.2.3. La vinculación de la gestión de los residuos a los objetivos legales más que a la tipología u origen del residuo; 3.2.4. La adecuada implementación del principio «quien contamina paga» para que el coste de la gestión recaiga efectivamente sobre el productor del residuo.— 4. LA TENDENCIA A LA CONFIGURACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS COMO ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL DE CARÁCTER ECONÓMICO.

1. INTRODUCCIÓN AL DEBATE SOBRE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS

El abordaje inicial del marco jurídico de la gestión de los residuos aboca, sin duda, a una primera hipótesis o premisa sobre la que asentar el debate actual de esta gestión. Así, nos planteamos si la complejidad que puede observarse en este régimen se traducirá en inseguridad jurídica para los operadores del sector y, en consecuencia, si dicho régimen se muestra útil o capaz de resolver la problemática de los residuos desde la perspectiva de su gestión.

Esta complejidad deviene, por un lado, de la gran cantidad de normas que se han venido aprobando con motivo del establecimiento de una gran diversidad de regímenes especiales, con base en las distintas caracterizaciones y tipologías de residuos, a veces difíciles de deslindar, para saber cuál de ellos ha de ser el aplicable a determinados residuos, especialmente cuando estos son adscribibles a diversos de ellos en atención a su naturaleza. Y, por otro lado, cada vez se hace más complicado in-

terpretar la interacción de este régimen (que, a pesar de su inercia histórica, se ha venido diversificado para las diferentes tipologías de residuos), con otros espacios regulatorios; algunos ya estructurales para nuestro Derecho (como es el caso del régimen de la competencia postulado por la Unión Europea y de principios tan importantes como el de la libertad de empresa y sus consecuencias sobre otros principios generales de la gestión de residuos tan importantes como el principio de proximidad o el de suficiencia) y otros más nuevos y pujantes como es el caso, principalmente, de la regulación y los principios sobre economía circular (que impone un cambio de fundamento regulatorio más allá del estrictamente higiénico-sanitario o ambiental) o la del cambio climático (que implica la incorporación de los objetivos climáticos a la regulación de los residuos, considerando sus posibilidades de contribución a la lucha contra el cambio climático con su adecuada gestión así como su potencial como fuente renovable de energía, con consecuencias inevitables sobre la jerarquía de residuos actualmente vigente).

Si a la complejidad de este sistema jurídico que implican las razones comentadas añadimos la marcada influencia sobre este de aspectos ideológicos y medioambientales (y sus efectos, por ejemplo, en las recientes corrientes remunicipalizadoras o en el rechazo a la incineración o valorización energética), no cabe duda de que el sistema jurídico de los residuos y de su gestión está hoy día requerido de una revisión, a pesar de su reciente modificación, si pretendemos que constituya, en definitiva, un marco jurídico que aporte seguridad a los operadores (tanto administraciones como privados) y eficacia en el logro de sus objetivos.

Para ello, se nos antoja necesario que la adaptación tenga que partir de una revisión y consolidación de conceptos básicos o fundamentadores de todo este régimen y de un replanteamiento del modelo de gestión actual, ajustado a la normativa europea que impone, en todo caso, el cumplimiento de las normas de competencia, salvo razones de interés general, y que implicará la necesidad de ponderar las diversas circunstancias actuales determinantes de cuáles sean los intereses generales que han de atenderse en el caso de la gestión de los residuos; ponderación que parece resuelta claramente a favor del principio de libre competencia cuando se cumpla una premisa fundamental: la posibilidad técnica de eliminar el impacto de los residuos con una adecuada gestión de estos.

2. CARACTERÍSTICAS DESTACABLES DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS RESIDUOS

De modo muy general y sintético, las cuestiones que requieren mayor atención en la actualidad nos permitirían caracterizar el régimen jurídico actual de los residuos y de su gestión a partir de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, podríamos calificar este régimen como *un gigante con pies de barro*. Y ello, por diversas razones:

a) Porque todo el régimen determinante del modelo de gestión de los residuos está basado en un concepto inconsistente y frágil como es el concepto de residuo. Esta inconsistencia ha tratado de soslayarse introduciendo nuevos conceptos en nuestro ordenamiento sobre los residuos, como el de subproducto o el de fin de la condición de residuo, y en su clasificación en atención a criterios diversos, dispares y en ocasiones superpuestos, como el de su origen o el de su composición.

b) Porque los propios fundamentos de todo este régimen han quedado muy condicionados por los avances técnicos. Así, se está observando un cambio del fundamento regulatorio, inicialmente justificado exclusivamente por el impacto ambiental de los residuos y de su gestión sobre la salud o el medio ambiente (artículo 149.1.23 de la Constitución, y su interpretación en STC 102/92) y últimamente complementado con el del artículo 149.1.13 (planificación general de la actividad económica), al que apela la Disposición Final 11ª de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular respecto a sus Títulos IV y V, o el Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Incluso la nueva Ley se refiere en cuanto a sus objetivos ya no sólo a la protección del medio ambiente sino también al de la transición a una economía circular.

c) Porque la propia conformación del denominado «Servicio público de gestión de residuos» se realiza sobre premisas más que dudosas, ya que ni puede ser considerado un servicio público en sentido estricto (de titularidad pública que excluya la actividad privada), ni ser calificado como de gestión (por la diversidad de actividades o actuaciones que actualmente engloba y por referirse, en algunos casos, a actividades comerciales o simplemente de responsabilidades), ni siquiera de residuos (ya que la propia normativa trata de extender las operaciones que comprende también a productos o a subproductos).

d) Y porque se trata de un régimen que no ha sido siquiera capaz de lograr el objetivo básico de reducción de la producción de residuos, ni se vislumbra como eficaz para el logro último de llegar al residuo cero a partir de la concienciación o del ejercicio de actos de autoridad. La eficacia y eficiencia son los criterios estructurantes y justificativos de la actividad administrativa y, desde esta perspectiva, parece no haberse logrado tal justificación.

En segundo lugar, se caracteriza por ser un régimen múltiple y diverso; o, más bien, por encontrarnos con una multiplicidad de regímenes sobre diferentes tipologías o clases de residuos.

Si bien podríamos partir del entendimiento de que hay un régimen general de los residuos, el ámbito objetivo de este régimen general es cada vez más reducido, en cuanto van saliendo de él tipologías de residuos o flujos de estos cuya gestión va siendo asumida por gestores privados o sistemas de responsabilidad privados, para los que se establecen regímenes específicos en atención a su naturaleza o composición, y que parten de la implantación de recogidas separadas con el objeto, precisamente, de favorecer la recuperación de los materiales que los integran. Cada vez más es posible

ese tratamiento específico por los avances de la técnica, lo que implica detraer de la gestión pública esos residuos, que pasan a ser responsabilidad del sector privado (caso de responsabilidad ampliada del productor) u objeto de gestión por el sector privado bajo el control y, por ende, responsabilidad pública (gestión autorizada).

La tercera característica que queremos destacar ahora de este régimen sería, precisamente, consecuencia de la anterior, respecto al modelo de gestión que se articula, que necesariamente ha de ser doble (público y privado), pero no resulta adecuadamente delimitado, sino caracterizado por «falsas apariencias» y por fundamentarse más en la responsabilidad que en la propia ejecución.

De este modo, podríamos entender que el modelo sería público en cuanto a la ejecución para los residuos objeto de los servicios públicos locales o los residuos que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor convienen gestionar con esos servicios públicos de las entidades locales; y también público en cuanto a la responsabilidad para el caso de los residuos gestionados por operadores autorizados por las Comunidades autónomas o que actúan sujetos a su control (respecto a los fines higiénico-ambientales de la gestión), con ciertas dudas respecto a las nuevas actividades privadas, de carácter comercial, desarrolladas por agentes y comerciantes también sujetos al control administrativo. Pero sería un modelo privado en cuanto a la responsabilidad respecto de la gestión de los residuos que han sido objeto de regulación específica y sujetos a la responsabilidad ampliada del productor del producto que posteriormente se convierte en residuo (denominada por algunos autores como «gestión privatizada»; y también privado en cuanto a la ejecución respecto de esos residuos que se gestionan por operadores privados sujetos al control administrativo.

En cuanto a las formas concretas de gestión, atendiendo a los modelos antes comentados y en atención a la categoría de residuo, habríamos de distinguir, al menos, las siguientes:

a) Los servicios públicos de gestión, encargados de la gestión de determinados residuos y operaciones, prestados fundamentalmente por las entidades locales, y excepcionalmente por las Comunidades Autónomas, si lo establecen sus leyes o se opera la reserva del servicio por estas.

Estos servicios únicamente cabría entenderlos actualmente bajo el paraguas conceptual del servicio público local, y no ya como servicios públicos stricto sensu, pues es evidente su concurrencia con la actividad privada en este ámbito. De hecho, parece inviable ya incluso el ejercicio del servicio reservado en régimen de monopolio, teniendo en cuenta la dificultad que encontraría la Administración para justificar el interés general en esa gestión monopolizada, que requiere el artículo 128 de la Constitución, frente a las ventajas que aporta el principio de libre competencia cuando la gestión privada bajo control administrativo garantice la satisfacción de ese interés general, y para las imposiciones derivadas de la sostenibilidad financiera de las entidades locales. Más bien, actualmente el artículo 12.6 de la vigente Ley de Residuos parece apostar por la posibilidad de ejercicio reservado de estos servicios exclusivamente como «sanción» o castigo para los supuestos de mala gestión privada. En

definitiva, el ejercicio en régimen de monopolio del servicio reservado ha perdido su sentido cuando el valor de los componentes del residuo gestionado sea superior al coste de la gestión y garantice dicha gestión. Sólo si la rentabilidad obtenida de dichos materiales es inferior al coste de su gestión el monopolio público se produce de forma natural, al no interesar ya al sector privado. De este modo, el servicio público adquiere, en definitiva, el carácter de subsidiario respecto a la gestión privada, y se reduce cada vez que se establece un régimen específico de gestión (responsabilidad ampliada o gestión autorizada).

En cuanto a la forma concreta de la gestión de estos servicios públicos, actualmente también se ha operado un cambio sustancial en la normativa local determinante de la misma. Ahora, la elección de la forma no es una opción discrecional para la entidad local, sino que esta ha de determinarse en atención a criterios técnicos y de coste: la más sostenible y eficiente, según la Ley de Bases del Régimen Local; criterio que ha de tenerse en cuenta no sólo ya para la elección de la forma de prestación del servicio sino también, anteriormente, para la determinación del alcance de la competencia, que no podrá ir más allá de la competencia propia, si no queda justificada la atención de todas las competencias propias y servicios obligatorios de la entidad local. Por otro lado, la elección de formas de gestión pública directa, frente a privadas, requeriría una justificación específica en este caso, dada la imposición comunitaria de ejercicio de la «forma más favorecedora a la competencia».

Estos criterios de eficiencia y sostenibilidad económica y financiera que se impusieron tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, han dotado de nueva funcionalidad a las fórmulas conjuntas de prestación de estos servicios públicos y de un mayor alcance a la función de «coordinación» de las Diputaciones. Los Consorcios han tenido éxito más en los casos de tratamiento que para operaciones de recogida, si bien el artículo 57.3 de la Ley de Bases de Régimen Local apuesta preferentemente por los convenios interadministrativos frente a la constitución de los consorcios. Otra opción de gestión conjunta de éxito han sido las mancomunidades.

b) Gestión privada con control administrativo

Otra de las opciones de gestión establecidas para determinadas tipologías o flujos de residuos, o respecto de operaciones concretas de gestión, que pueden adquirir diversas formas, es la gestión por operadores privados bajo control administrativo; un control administrativo basado o fundamentado exclusivamente en el ejercicio de la actividad de policía administrativa, y no en la consideración de la gestión de los residuos como actividad económica de interés general, también sujeta a control administrativo pero con diferente fundamento.

Esta modalidad de gestión autorizada o controlada administrativamente tuvo su primera manifestación en el caso de la gestión de los residuos peligrosos, si bien actualmente es el modelo para la gestión de todos los residuos que se sustraen al servicio público para ser gestionados por privados.

Entendemos que no se produce en estos casos una «liberalización» de la actividad de gestión, en el sentido de *despublificatio* o de dejar hacer libremente al sector privado. Existe lo que, algunos autores han denominado «falsa liberalización» en la que, en vez de desregulación, se produce una neorregulación para la sujeción a control administrativo de la actividad desarrollada por los privados.

No obstante, sí que se ha producido una «liberalización» en este sector en el sentido de simplificación de los controles administrativos, sobre todo a partir de la Ley 22/2011 de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados. Si bien se mantienen operaciones o actividades de gestión sujetas a autorización administrativa, los controles administrativos se han simplificado en otras, pasando a ser controles posteriores a la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones previas y al control a través de la inscripción en registros públicos de dichos gestores. No obstante, se pueden observar vaivenes en este régimen entre la normativa de 2011 y la de 2022 que, por otro lado, ahora sujeta a autorización la actividad de agentes y negociantes, que antes podía considerarse una actividad privada sujeta a derecho privado, para ahora quedar sujeta también a un control público.

c) Gestión a cargo de sistemas de responsabilidad ampliada del productor

Finalmente, hemos de distinguir también el régimen específico establecido para determinadas tipologías de residuos respecto de los que la responsabilidad sobre la gestión se atribuye al productor del producto que posteriormente se convierte en residuos. Es el caso de los supuestos de responsabilidad ampliada del productor, que conllevan la obligación de constituir sistemas individuales o colectivos de responsabilidad, como alternativa a los denominados sistemas de devolución y retorno, y que implican la obligación para el productor de los productos de financiar y/u organizar la gestión de los residuos en que se conviertan dichos productos al final de su vida útil.

Estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor pueden convenir con las Administraciones competentes la efectiva gestión (específicamente la recogida) de estos residuos o bien contratarla con gestores privados sujetos al control administrativo.

3. LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS RESIDUOS A LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y LOS NUEVOS PARADIGMAS REGULATORIOS

3.1. Cuestiones determinantes de la necesidad de evolución normativa

La inestabilidad y necesidad de adaptación o evolución del régimen jurídico actual de los residuos encuentra su causa, principalmente, en los avances tecnológicos. Los progresos de la Técnica permiten ahora una mayor posibilidad de aprovechamiento de los componentes de los productos desechados y asimismo una mayor capacidad de control del riesgo o impacto que generan los residuos sobre la salud o el medio ambiente, lo que implica, consecuentemente, que dichos avances tengan

repercusión sobre los propios fundamentos regulatorios en esta materia, desde estas dos perspectivas, al menos.

Esos avances, principalmente concretados en las nuevas posibilidades de tratamiento de los residuos (por ejemplo, la tecnología del plasma que permite importantes mejoras en la incineración de los residuos con aprovechamiento energético), y en la adquisición de un valor económico positivo (superior al coste de su gestión como residuo) para los materiales que componen estos residuos, convierten en viable y de interés para la actividad privada la gestión de muchas fracciones que anteriormente no interesaban al sector privado y que quedaban en consecuencia relegados al monopolio natural de la Administración prestacional.

La principal consecuencia de esta nueva adquisición de valor para los materiales residuales que conllevan esos avances tecnológicos es de carácter jurídico, ya que se produce una importante divergencia entre la realidad económica y la jurídica. Efectivamente, el valor de los materiales de los residuos no tiene trascendencia jurídica en cuanto a la determinación de su régimen (siguen considerándose residuos a pesar de poder tener tal valor), pero sí la tiene en cuanto a las opciones y posibilidades de su gestión por particulares, ya que el incremento del valor de los materiales que los componen implica que haya interés en su gestión por las empresas privadas, como decíamos, cuando el propio valor de los materiales supere al del coste de la gestión.

Por otro lado, junto a esos avances técnicos hemos de considerar también la importante incidencia que sobre el régimen jurídico actual de los residuos tiene el surgimiento de nuevos paradigmas regulatorios, como el de la economía circular, el del objetivo de lucha y adaptación a las consecuencias del cambio climático, el de racionalización del gasto público, el de la reducción de las externalidades y, finalmente, el del paso de la Administración prestadora de servicios al de la Administración garante:

— La economía circular, y el cambio de mentalidad que implica el paso del usar y tirar al reutilizar y reciclar, ya se han incorporado en parte a nuestro régimen general, añadiéndose como aspecto fundamental del objeto regulatorio de los residuos, lo que necesariamente ha de implicar una revisión de los actuales conceptos jurídicos básicos y de la finalidad de la gestión

— La previsión del objetivo de la lucha contra el cambio climático y, en consecuencia, la de evitar la emisión de gases de efecto invernadero procedentes de los residuos y el incremento de la relevancia de las fuentes renovables de energía para el logro del objetivo de la descarbonización energética han de traducirse en un replanteamiento de la gestión de los residuos tendente al logro de estos fines y a la configuración de un régimen jurídico que promueva los avances técnicos que permiten su mejor y más limpio aprovechamiento energético.

— La incorporación de los criterios de sostenibilidad económica financiera y eficiencia en el ámbito local han de actuar, por otro lado, no sólo como limitaciones a la discrecionalidad administrativa respecto a la elección de la forma de prestación de los servicios públicos, sino también como criterios determinantes del papel de la Administración local en la atención de estas necesidades de interés general, pues limitan

las opciones de asumir nuevas competencias más allá de las propias y de atender otros servicios que no sean los obligatorios en tanto estos no estén garantizados.

— El modelo de responsabilidad ampliada del productor se erige como un modelo tendente a la reducción de las externalidades derivadas de una mala gestión de los productos, que implica su salida del ciclo económico de uso o de producción, y la conversión del producto en residuo. El coste que la gestión del residuo ha venido implicando para la sociedad en su conjunto trata de trasladarse ahora así a quien pone en el mercado dichos productos.

— Y, finalmente, con el auspicio de la economía liberal de la Unión Europea y la consagración del concepto de actividades de interés general económicas, claramente hemos observado una evolución en las formas de intervención administrativa en esos sectores de la economía en los que los operadores privados van adquiriendo mayor protagonismo frente al estricto servicio público, pasando la Administración así de ser prestadora de servicios a convertirse más bien en garante de la satisfacción de las necesidades generales por esos operadores privados y de que dicho objetivo sea logrado en régimen de competencia.

Todas estas razones, erigidas en nuevos paradigmas regulatorios, han de incidir y reconfigurar necesariamente el régimen de los residuos actualmente vigente.

3.2. Principales aspectos requeridos de revisión

Conforme a lo anteriormente expuesto, entendemos que el debate actual sobre el régimen de los residuos ha de centrarse en los principales aspectos requeridos de revisión, que, sin perjuicio de otras cuestiones también de interés, podemos sintetizar ahora en los siguientes:

3.2.1. Sobre la necesidad de revisión del concepto jurídico de residuo y de reformulación de los criterios normativos de clasificación.

Resulta imprescindible integrar la cláusula técnica y el criterio del valor económico de los materiales que constituyen los residuos en el concepto de residuo, al efecto de delimitar el régimen aplicable a los residuos exclusivamente a aquellos que, por carecer de tal valor, no puedan ser gestionados como productos o materias útiles en un nuevo ciclo económico de vida y hayan de ser gestionados como residuos para evitar sus efectos perjudiciales para el medio ambiente o la salud.

Ello ha de implicar el paso de un régimen basado en el tratamiento del residuo a un régimen complementario al basado en la adecuada gestión del producto para evitar que salga de su ciclo económico vital o pueda reintroducirse en uno nuevo o diferente. De hecho, encontramos ya normativas específicas que distinguen el tratamiento jurídico que ha de darse a los bienes usados y el correspondiente a sus resi-

duos, como es, por ejemplo, el caso de los aparatos eléctricos y electrónicos usados y de los RAEE.

3.2.2. *La necesaria reconsideración de la «jerarquía de residuos».*

La llamada «jerarquía de residuos», en realidad es una definición de prioridades en la elección de la operación de tratamiento o gestión del residuo. La excepción del enfoque del ciclo de vida respecto de la estricta aplicación de ese principio de jerarquía de los residuos está llamada a convertirse en la regla en la generalidad de los supuestos, con motivo de la incorporación del paradigma regulatorio de la economía circular. Es decir, en este caso, la excepción se ha convertido en la regla general, por ser la opción más adecuada y útil en la gestión de los residuos.

En todo caso, la aplicabilidad de este principio requeriría de una reconsideración de las opciones de valorización de los residuos desde una perspectiva energética y el planteamiento de la incineración como forma de valorización y no sólo de eliminación.

3.2.3. *La vinculación de la gestión de los residuos a los objetivos legales más que a la tipología u origen del residuo.*

El objetivo de la gestión de los residuos no puede limitarse ya sólo a la protección ambiental o de la salud, sino que también ha de integrar los nuevos objetivos generales de la Ley de Residuos entorno a la economía circular y de la normativa sobre cambio climático respecto a la reducción de gases de efecto invernadero y a la integración de las energías renovables en el Sistema Eléctrico.

Desde esta perspectiva, la gestión adecuada se erige ahora como la formula útil para que los residuos no constituyan un problema o impacto. Si los residuos se gestionan bien, en vez de residuos pasan a ser recursos y su impacto queda automáticamente eliminado gracias a su adecuada gestión. Es la gestión adecuada, por lo tanto, la determinante de la naturaleza jurídica real de estos materiales.

Así, es preciso plantear la gestión como el conjunto de operaciones tendentes a evitar la salida del producto del ciclo económico vital (gestión de productos), distinguiéndola de la gestión de residuos, como operación tendente a dar un tratamiento sostenible a aquellos productos que han salido de ese ciclo y no pueden volver a introducirse en el mismo.

El objetivo de la gestión será el determinante de su régimen: si es evitar su impacto, será gestión de residuos y sujeto a un régimen específico de los residuos; si es evitar que deje de estar en el ciclo económico, será regulación económica.

3.2.4. *La adecuada implementación del principio «quien contamina paga» para que el coste de la gestión recaiga efectivamente sobre el productor del residuo.*

La realidad nos muestra que actualmente no está bien articulado el principio quien contamina paga desde la perspectiva de la producción de residuos y en relación con la colaboración ciudadana en la gestión. De hecho, rara es la ordenanza fiscal que ha implementado una tasa que recompense la separación en origen o la reducción en la producción. Más bien al contrario, la mayoría de las tasas fiscales sobre gestión de residuos se configuran sobre criterios homogéneos como el valor catastral de las viviendas, su ubicación o superficie, etc., sin premiar a quien separa los residuos en fracciones que faciliten su posterior gestión o castigar a quien no lo hace.

Además, cada vez que se establece normativamente una obligación de establecimiento de servicios de recogida selectiva o separada de materiales, a pesar de su cumplimiento y seguimiento también por la ciudadanía, esta vuelve a resultar perjudicada por el incremento de la tasa de basura debido a la integración de los costes de los nuevos servicios que han de prestarse en el coste total del servicio que se utiliza para configurar dichas tasas.

Tampoco en el ámbito del régimen de responsabilidad ampliada del productor el sistema de recuperación de costes resulta adecuado a los principios de justicia tributaria, puesto que todos los productos han de incorporar por igual el sobrecoste que implicaría la gestión del residuo derivado, independientemente de que posteriormente dicho residuo sea gestionado de forma separada o de que, por el contrario, el consumidor del producto se deshaga del residuo librándolo en contenedores para recogida de la fracción resto o lo gestione aún más inadecuadamente. Además, habitualmente el coste no sufragado por los sistemas de responsabilidad ampliada a las entidades locales colaboradoras con la recogida selectiva a través de servicios públicos por ellas implementados también se integra, lógicamente, en el concepto de coste del servicio que utilizan las entidades locales para la confección de las tasas a los usuarios, produciéndose así una suerte de doble tributación por el hecho de haber pagado la gestión del residuo al adquirir el producto y, posteriormente, nuevamente por su gestión por la entidad local con la parte correspondiente que le haya sido imputada en la tasa de servicio, al menos respecto a esos residuos cuya gestión no se ha costado por el SRAP.

Tampoco se tienen habitualmente en cuenta en los costes que determinan las tasas los ingresos percibidos por los sistemas o por los propios operadores por la recuperación de materiales con valor económico.

Se hace perentoria, por lo tanto, la necesidad de configurar un sistema tarifario y de precios por gestión adecuado a los objetivos de recogida selectiva y de reducción de la producción, que integren además los posibles beneficios obtenidos por la recuperación o aprovechamiento del material que componen estos residuos.

Asimismo, convendría revisar la actual configuración de la prestación económica cobrada a los usuarios de los servicios de recogida, considerada actualmente como tasas, y valorar la posibilidad de su consideración como precios públicos cuando la actividad municipal se desarrolle en concurrencia con la de operadores privados respecto a determinadas tipologías de residuos objeto de gestión por ambos sectores.

4. LA TENDENCIA A LA CONFIGURACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS COMO ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL DE CARÁCTER ECONÓMICO.

Como consecuencia y a la vista de estas características del régimen jurídico de los residuos y de su gestión, así como de las cuestiones que en la actualidad determinan la necesidad de su revisión, podríamos concluir que parece observarse una tendencia a la configuración de una actividad de interés general de carácter económico en torno a la gestión de los residuos, definida por la posibilidad técnica de obtener beneficio económico de los materiales que los integran gracias a los avances técnicos y propiciada por unos principios generales y objetivos normativos favorecedores del cambio de fundamento de este régimen y de la reconsideración del concepto de residuo en atención a ese valor económico y a las nuevas posibilidades de gestión como forma de prevención del impacto de dichos residuos.

No podemos obviar que este siempre ha sido un sector que partía de una libertad originaria de empresa respecto a la gestión, puesto que esa gestión siempre ha podido desarrollarse por privados, y que sólo a final del siglo XX quedó sujeta al control administrativo caracterizado por el sometimiento a autorización de esas actividades de gestión. Posteriormente, ya en las primeras normas del XXI, se ha venido operando una liberalización de la actividad privada de gestión en el sentido de la simplificación de ese control, con la eliminación de autorizaciones en algunos ámbitos de la gestión, conforme a los principios plasmados en la conocida Directiva de Servicios.

Desde otra óptica, aún no se ha producido una liberalización de estas actividades en sentido estricto, al no haber salido la responsabilidad respecto de la satisfacción de las necesidades públicas generadas en torno a la producción y gestión de los residuos de la órbita pública. Sin embargo, la cuestión es si esta actividad de gestión podría o debería pasar a ser un sector liberalizado cuando la técnica y el mercado se hallen en condiciones de garantizar que los residuos no constituyan un problema para la salud humana o causen impacto al medio ambiente al ser esa gestión capaz de darles el tratamiento adecuado que lo impida.

También es cierto que, en puridad, no cabría hablar en este caso de liberalización como tal porque, salvo en aquellos supuestos en los que se haya establecido el ejercicio de la reserva de los servicios públicos en régimen de monopolio, no ha sido operada habitualmente una *publicatio* del servicio que, en todo caso, tendríamos así que entender como un caso de monopolio natural. En este sentido, la responsabilidad atribuida a la Administración sobre esta gestión con fundamentos higiénico-am-

bientales ha impedido entenderla hasta ahora como una actividad libre, sino como actividad controlada por la Administración en ejercicio de sus facultades de policía; lo cual no ha impedido la necesidad de hacer este modelo compatible con el principio de competencia.

Pero, por las razones técnicas y económicas anteriormente indicadas actualmente se ha consolidado, y se vislumbra factible en otros ámbitos, la posibilidad de que la gestión de determinados residuos (cada vez más) pueda generar beneficios que garanticen un destino ambiental y sanitariamente adecuado para los mismos. Con esta posibilidad de trasfondo, y teniendo en cuenta que, en tanto no se haya acordado su ejercicio público en régimen de monopolio, la actividad de gestión de residuos (específicamente en cuanto a la recogida y el tratamiento de los residuos) podría considerarse una actividad de interés general económica. Así lo impone esta realidad y en virtud, sobre todo en el ámbito de la gestión local, de los principios de sostenibilidad y racionalización imperantes.

Ello implicaría, con un cambio de fundamento más actualizado a las circunstancias actuales, que la perspectiva de la intervención administrativa en el sector de la gestión de los residuos también cambiara para pasar a ser una actividad de control que garantizase la adecuada satisfacción de esas necesidades generales por el sector privado y la calidad en la prestación desarrollada por los operadores, derivando el servicio público local en un servicio de carácter subsidiario, para el que quedarían todos los residuos que no interesa gestionar al sector privado de tal modo que podría llegar a consolidarse un principio de subsidiariedad de la gestión pública local respecto a la gestión privada en este ámbito. Incluso, desde esta perspectiva, podríamos aventurar si algún día llegarían a ser innecesarios los servicios locales en caso de que la técnica permitiera la valorización de todos los residuos, siquiera mediante la valorización energética.

De producirse esta transición, que implicaría la evolución hacia un nuevo sector del Derecho regulatorio, sin duda lo sería sobre la base de constituir el régimen jurídico de los residuos no sobre el concepto y clasificación de los residuos, sino sobre la propia actividad de gestión. Quizá a ello es a lo que está aludiendo realmente el Plan de Acción de Economía circular y su paquete normativo cuando dicen que hay que cambiar la regulación de los residuos. No tendría sentido entender que esta propuesta se refiere solo, una vez más, a incrementar o extender el ámbito del régimen establecido en la legislación de residuos respecto a otras realidades (productos o materiales), sino que lo lógico sería entender que está proponiendo un cambio en la perspectiva regulatoria.

EL IMPACTO DE LOS PRINCIPIOS EUROPEOS EN LA NORMATIVA ITALIANA EN MATERIA DE GESTIÓN DE RESIDUOS

Angelo GIUSEPPE OROFINO

Profesor Ordinario de Derecho administrativo
en la Universidad LUM Giuseppe Degennaro, Bari

SUMARIO: 1. EL DERECHO AMBIENTAL COMO DERECHO DE FRONTERA.— 2. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS COMO FACTOR IMPULSOR DEL DERECHO AMBIENTAL.— 3. LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE.— 4. LOS CRITERIOS DE PRIORIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS.— 5. EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN Y LA CONCERTACIÓN COMO MEDIOS DE GESTIÓN DE LAS NECESIDADES MEDIOAMBIENTALES.— 6. LOS PRINCIPIOS DE AUTOSUFICIENCIA Y PROXIMIDAD.— 7. EL USO DE LAS MEDIDAS ECONÓMICAS EN LA PROTECCIÓN DEL ECOSISTEMA.— 8. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN LA PRODUCCIÓN DE RESIDUOS.— 9. REFLEXIONES FINALES.

1. EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL COMO DERECHO FRONTERIZO

El derecho, en tanto que ciencia humana, se confronta con las evoluciones económicas, sociales y tecnológicas, influenciándolas, pero también siendo influenciado por ellas. La magnitud de esta influencia es directamente proporcional al impacto y a la importancia de los cambios a los que el sistema jurídico se ve enfrentado.

En este sentido, se torna imperativo para los juristas reflexionar sobre las implicaciones de estos cambios y evaluar su efecto en la evolución de las distintas ramas del derecho. Los diversos acontecimientos, tales como guerras, crisis y revoluciones tecnológicas, que alteran el curso habitual de las dinámicas humanas, requieren una atención cuidadosa para comprender su impacto en la evolución de las distintas ramas jurídicas.

La intrincada relación entre el Derecho y el contexto en el que las normas deben operar se pone de manifiesto ya en las páginas introductorias del libro que vamos a presentar, así como en el prólogo escrito por José Esteve Pardo. Jesús Conde Antequera afirma en su introducción que el derecho ambiental es una rama en ple-

na evolución, lo que nos lleva a replantear muchas categorías jurídicas con las que tradicionalmente estamos acostumbrados a tratar. José Esteve Pardo confirma en el prólogo del mismo volumen que el despliegue de la necesidad de salvaguardar los recursos naturales está llevando a una *nueva forma de entender las políticas públicas y la intervención de las instituciones en el sector ambiental*. Las administraciones, incapaces de intervenir de manera directa, han delegado gran parte de sus funciones en los empresarios privados, reservándose el papel de reglamentar las formas de operar en el ámbito de la protección de los ecosistemas en general, y de la gestión de los residuos. Este fenómeno, si bien no es exclusivo de la esfera medioambiental, ciertamente se manifiesta con intensidad también en este ámbito.

La regulación puede implementarse mediante diversos instrumentos, no necesariamente de carácter normativo, sino también con contratos o concesiones. Con frecuencia, son los contratos o las actas de concesión los que establecen los *requisitos que deben cumplir* las empresas privadas involucradas en actividades relacionadas con la gestión de residuos. En este sentido, el contenido de los contratos a menudo se define parcialmente *ex ante*, como ocurre en Italia, donde se ha delegado en una autoridad reguladora (Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente – AER) la tarea de preparar modelos de contratos con cláusulas que se imponen a las administraciones que confían a empresas privadas contratos de recogida de residuos. Estas cláusulas se centran principalmente en el equilibrio económico del contrato.

En consecuencia, el derecho medioambiental se pone como un campo de experimentación para la *emergencia de nuevas categorías jurídicas y nuevas configuraciones de la relación entre las instituciones y los operadores privados*, inspiradas en la aplicación concreta del principio de subsidiariedad vertical.

En última instancia, el derecho público (como cualquier rama del derecho) es el resultado de una ponderación de intereses en conflicto. Esta ponderación *se logra mediante un proceso de negociación y adaptación a las demandas cambiantes de la sociedad*, guiado por el desarrollo de la experiencia concreta de los operadores jurídicos y el impulso de la jurisprudencia. El derecho, por tanto, se encuentra en constante equilibrio entre las soluciones de compromiso que satisfacen las necesidades *de justicia* que surgen del cuerpo social.

El derecho, por tanto, se encuentra constantemente en equilibrio sobre la cresta de soluciones de compromiso, con las cuales está entrelazado y por las cuales está conformado. La *emergencia de nuevas exigencias incita inevitablemente a la revisión de los equilibrios preexistentes* y a la identificación de métodos novedosos para la mediación entre posiciones antagónicas.

Este fenómeno se manifiesta de manera particularmente notable en las ramas «fronterizas» del derecho, entendidas como aquellas que se hallan en una proximidad más estrecha y significativa a los cambios. Estas ramas se transforman en escenarios de experimentación para la innovación jurídica y la búsqueda de nuevas formas de armonizar demandas opuestas. Este fenómeno se observa en áreas como el derecho informático y el de derecho de la inmigración, y sin duda también se manifiesta tam-

bién en el ámbito del derecho medioambiental, el cual se ha convertido en un terreno propicio para la experimentación de nuevas soluciones.

En este sentido, se evidencia un conflicto entre intereses de naturaleza económica, por un lado, y aquellos destinados a la preservación de los recursos naturales, por otro. Las exigencias de la economía se caracterizan por su aversión a la imposición de límites y precauciones para garantizar la protección del medio ambiente. En cambio, la necesidad de preservar el ecosistema impone restricciones a la libertad empresarial. Esta confrontación da lugar a nuevos conflictos entre posiciones e intereses, cuya resolución requiere la creación de nuevos espacios de confrontación y síntesis.

De eso habla el art. 41 de la Constitución italiana que, en el texto vigente después que ha sido modificado con la Ley constitucional 1/2022 ahora dice que la iniciativa económica privada es libre, pero no se puede desarrollar de manera tal da causar daño al medioambiente. También el art. 9 de la Constitución dice que la Republica tutela el medioambiente y la diversidad de los ecosistemas, también en el interés de las futuras generaciones.

2. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS COMO FACTOR IMPULSOR DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL

En el contexto anteriormente delineado, los principios del derecho no solo constituyen el marco conceptual en el que se desarrolla el derecho medioambiental, sino que también funcionan como una guía exegética para los profesionales del sector.

Tradicionalmente, los principios del derecho han desempeñado un papel crucial en la adaptación del ordenamiento jurídico a las instancias evolutivas que han emergido a lo largo del tiempo, debido a las transformaciones sociales, económicas y técnicas. Esta adaptación se ha llevado a cabo cuando las necesidades emergentes han dejado obsoleta la disciplina existente, imponiendo una revisión y ajuste al contexto de referencia modificado. La invocación de estos principios ha sido usada, por tanto, para instituir un núcleo duro de protección, con el propósito de asegurar la preservación de determinados valores, derechos o libertades, considerados como manifestaciones de las normas fundadoras del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, inmunes a la discrecionalidad del legislador.

En el ámbito del derecho medioambiental, donde las cuestiones son dinámicas y complejas, a menudo no es suficiente contar con numerosas normativas detalladas para abordar todas las situaciones posibles. En consecuencia, el uso de principios se vuelve esencial, gracias a su capacidad de adaptación y dinamismo, ante la constante incertidumbre de los riesgos potenciales y los desafíos que se presentan.

En consecuencia, no resulta sorprendente que, al proporcionar una disciplina flexible y adaptable a las nuevas situaciones, los principios desempeñen un papel crucial en el desarrollo del derecho medioambiental. Y esto, a pesar de que su estructura magmática y la falta de ideas suficientemente compartidas sobre el significado de

cada uno de ellos, ha llevado a ciertas incertidumbres en cuanto a las modalidades de aplicación concreta de dichos principios.

El desarrollo del derecho medioambiental ha sido impulsado por los principios *clásicos* del derecho administrativo, que han sido redefinidos en función de las nuevas necesidades. Sin embargo, este desarrollo también ha sido propulsado por la introducción de *nuevos* principios característicos del derecho medioambiental en el ordenamiento jurídico italiano, a través de la influencia del derecho comunitario.

3. LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO DEL MEDIO AMBIENTE

No voy a analizar en detalle qué impacto han tenido los principios en la evolución del derecho medioambiental, porque sería un ejercicio improductivo y muy complicado. Sería difícil «diseccionar» la influencia de cada principio en las distintas instituciones del derecho medioambiental y establecer si una institución es expresión de un principio o de otro. Por ejemplo, es difícil saber si las obligaciones de saneamiento impuestas al contaminador deben atribuirse al principio de responsabilidad, al de «quien contamina paga» o a otro principio. Por eso, parece más interesante conducir un análisis general que vea las características principales de la regulación de la gestión de residuos. Este análisis debe realizarse considerando los diversos principios que sirven de marco para el desarrollo y la aplicación de dicha regulación. De esta manera, se podrá evaluar la influencia de los paradigmas europeos en el contexto italiano.

En el contexto de los principios europeos de derecho medioambiental, es esencial comenzar con una referencia al artículo 191, apartado 2, del TFUE, según el cual la política medioambiental de la Unión aspira a un alto nivel de protección, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en las distintas regiones de la UE. Esa política se basará en los principios de *cautela* y de *acción preventiva*, en el *principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma*, y en el *principio de quien contamina paga*. El artículo 191 del TFUE afirma claramente cuatro principios. Otros principios están consagrados en la legislación específica promulgada en directivas y reglamentos, así como en las normas generales de los tratados. Nadie duda de que los cánones establecidos en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea también se aplican en la materia de la protección de los recursos naturales.

La primera parte del Código, del artículo 3 al artículo 3 *septies*, contiene la referencia a los principios del derecho medioambiental. El artículo 3 *bis* dice, con afirmación pleonástica, que los principios del Decreto Legislativo nº 152/2006 constituyen normas generales en materia medioambiental, que orientan tanto la adopción de actos normativos y de coordinación, como la adopción de actos de carácter contingente y urgente (en italiano se llaman «ordinanze *extra ordinem*»).

En el sector de los residuos, los principios europeos se mencionan también en el artículo 178 del Código, donde se explica que la gestión de los residuos se debe basar

en la *precaución*, la *prevención*, la *sostenibilidad*, la *proporcionalidad*, la *responsabilidad* y la *cooperación* de todos los que están implicados en la producción, distribución, uso y consumo de los bienes de los que proceden los residuos. Todo esto se basa en los principios de *competencia* y de *quien contamina paga*. Para ello, la gestión de los residuos se basa en criterios de *eficacia*, *eficiencia*, *rentabilidad*, *transparencia*, *viabilidad técnica* y *económica*, así como en el respecto de las normas de participación y acceso a la información medioambiental. El art. 178 del Código menciona varios principios, algunos de los cuales no se mencionan en el art. 3 *bis*.

Otras referencias a los principios se hacen después en la parte final del Decreto Legislativo 152/2006, Cuarta Parte, donde se mencionan el principio de precaución (art. 301) y el principio de prevención (art. 304).

Dicho esto, es oportuno mantener el compromiso ya adquirido y comprobar, a través del análisis por «macrozonas», cómo la disciplina sobre gestión de residuos en Italia se ve influenciada por la disciplina europea.

4. LOS CRITERIOS DE PRIORIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS

Una primera aplicación práctica de los distintos principios se realiza en la norma, establecida por el art. 179 del Código, según la cual la gestión de residuos se lleva a cabo en el siguiente orden «jerárquico»: a) prevención; b) preparación para la reutilización; c) reciclado; d) otros tipos de valorización, por ejemplo, valorización energética; e) eliminación. Jesús Conde (p. 125) señala que este mismo orden de preferencia se encuentra también establecido en España, lo cual no resulta sorprendente, ya que se trata de un orden establecido por el apartado 1 del art. 4 de la Directiva 2008/98/CE sobre residuos.

El apartado 2 del artículo 179 del decreto legislativo n.º 152/2006 especifica que la mencionada jerarquía establece un orden de prioridad en función de lo que constituye la mejor opción medioambiental, con el propósito de fomentar la adopción de medidas que garanticen el mejor resultado general. Dichas medidas deben tener en cuenta los impactos sanitarios, sociales y económicos, así como la viabilidad técnica y económica de las soluciones identificadas.

En consecuencia, la protección del medio ambiente aspira a asegurar la economía circular y a minimizar las repercusiones negativas de la producción y gestión de residuos en la salud humana y el medio ambiente, sin ocasionar impactos sociales y económicos desproporcionados. En este contexto, las normas italianas se alinean de manera precisa con lo establecido en el artículo 4 de la directiva de 2008.

5. EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN Y LA CONCENTRACIÓN COMO MEDIOS DE GESTIÓN DE LAS NECESIDADES MEDIOAMBIENTALES

La necesidad de garantizar una organización meticulosa de las actividades de gestión medioambiental ha llevado a insistir en la importancia de la concertación entre las autoridades y la planificación como medios para satisfacer mejor las necesidades relacionadas con la protección del medio ambiente. Tanto la concertación como la planificación deben considerar la articulación de las competencias en esta materia. Se trata tanto de competencias normativas cuanto de competencias administrativas.

Según el artículo 117 de la Constitución italiana, la protección del medio ambiente y del ecosistema se encuentra dentro de las materias de atribución legislativa estatal (artículo 117, apartado 2, letra s), mientras que la valorización de los bienes medioambientales es una de las normas atribuidas a la competencia concurrente ente Estado y Regiones. Este marco normativo puede resultar complejo y potencialmente confuso. Esta complejidad se ve agravada aún más cuando se considera que una serie de otras atribuciones normativas, ahora incluidas en la competencia estatal, ahora en la competencia concurrente, implican una «invasión» de las competencias medioambientales. A modo ilustrativo, piénsese al ámbito de la protección de la competencia (art. 117, párrafo 2, letra e, Const.), conforme al cual corresponde al Estado determinar las normas que caracterizan las licitaciones para la identificación de los operadores privados a los que se les confía la gestión de los contratos de higiene urbana.

Esta premisa ha conducido a la Corte Constitucional italiana a sostener que la gestión de residuos constituye un ámbito de carácter transversal, respecto al cual se manifiestan diversas competencias, tanto de la esfera normativa estatal como de la regional, *en función de las necesidades específicas que se pretenda satisfacer*. En consecuencia, corresponde al Estado adoptar aquellas determinaciones que respondan a necesidades que merezcan una regulación uniforme en todo el territorio nacional. En el ejercicio de sus competencias, las regiones tienen la obligación de cumplir con las disposiciones estatales y solo pueden establecer normativas que interfieran en la protección del medio ambiente si elevan el nivel de protección establecido por la legislación nacional, que actúa como garantía mínima (Corte Constitucional, nº 189/2021). En virtud de este criterio de distribución de competencias normativas, una ley regional que impedía la construcción de plantas incineradoras en el territorio regional fue declarada constitucionalmente ilegítima, ya que impediría la libre expresión de la competencia estatal para *diseñar y ubicar una red de plantas de eliminación de residuos útiles para satisfacer necesidades que superan la dimensión meramente regional* (Corte Constitucional, nº 191/2022). Asimismo, las exigencias de uniformidad imponen que sea el Estado el que defina las normas de expedición de las distintas autorizaciones necesarias para la construcción de plantas de eliminación de residuos (Corte Constitucional, nº 106/2022).

En lo que respecta a las competencias administrativas, el artículo 118, apartado 1, de la Constitución (después de la modificación introducida por la Ley Constitucional n.º 3/2001) establece que «Las funciones administrativas son atribuidas a los municipios, salvo que, para garantizar su ejercicio unitario, sean asignadas a provincias, ciudades metropolitanas, regiones y Estado, en base a los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación» (art. 118, apartado 1, Cost.). Por tanto, no existe una jerarquía en la organización de las funciones. En su lugar, se establece la necesidad de organizar dichas funciones en conformidad con los principios de *subsidiariedad, diferenciación y adecuación*, principios que, en parte, encuentran su origen en el ordenamiento comunitario.

En consecuencia, es la ley misma la que confiere las funciones a las distintas entidades. En el caso que nos ocupa, esta tarea es llevada a cabo, en primera instancia, por los artículos 195-198 del Código de Medio Ambiente.

Sin entrar en una exhaustiva enumeración de las competencias identificadas en dichos artículos, es suficiente señalar que las autoridades centrales son responsables de dirigir y coordinar las funciones *de planificación a escala [de alcance] nacional*, así como de definir los criterios y metodologías generales para la gestión integrada de los residuos y la identificación de iniciativas destinadas a su reducción. En este sentido, corresponde al Estado, respetando las competencias constitucionales de las regiones, identificar los emplazamientos de las plantas de valorización y eliminación de interés nacional preeminente que deben construirse para la modernización y el desarrollo del país. Esta identificación se realiza, previa consulta de la Conferencia Unificada Estado-Regiones, respetando el principio de cooperación leal. Por último, corresponde al Estado adoptar las directrices para la realización de las licitaciones destinadas a identificar a los titulares de contratos medioambientales, o establecer qué certificaciones o autorizaciones deben adquirir los operadores que desarrollen sus actividades en el dicho sector.

La lista anteriormente mencionada, como se ha señalado, es sumamente sintética. Puede resumirse de la siguiente manera: son atribuidas a la competencia estatal cuestiones que, debido a la necesidad de homogeneidad y coordinación de las políticas nacionales dirigidas a la reducción y valorización de residuos, deben resolverse de forma unificada en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo que el mismo artículo 195, apartado 2, letra a), denomina principios de *unidad, exhaustividad y coordinación*.

Los mencionados requisitos de unidad también se satisfacen mediante el ejercicio de las *funciones de planificación*. En este sentido, el Estado está obligado a implementar el *Plan Nacional de Comunicación y Conocimiento del Medio Ambiente* (regulado por el artículo 195, apartado 1, letra g, del Decreto Legislativo n.º 152/2006) y el *Programa Nacional de Gestión de Residuos* (regulado por el art. 198 bis del Decreto Legislativo n.º 152/2006). Específicamente, el Programa Nacional establece los objetivos generales y define los criterios y estrategias que las Regiones y Provincias Autónomas deben seguir al elaborar sus respectivos Planes Regionales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 196 del Código, las Regiones tienen la responsabilidad de adoptar planes que desarrollen el plan nacional y que se ajusten al contexto regional (art. 199 del Código). Estos planes contemplan la regulación de las actividades de gestión de residuos, la adopción de programas de recuperación de las zonas contaminadas bajo competencia regional y la aprobación de proyectos de plantas de eliminación de residuos destinadas a satisfacer las exigencias del ámbito regional. Es importante destacar que esta última competencia debe ejercerse respetando la *competencia estatal concurrente previamente* mencionada.

En lo que respecta a las provincias, estas cuentan con competencias más limitadas en materia de planificación limitada al nivel provincial y de control de las actividades de gestión de residuos. El apartado 5 del artículo 197 del Código establece que las provincias someterán [sottoporranno] a inspecciones periódicas adecuadas a los organismos y empresas que produzcan residuos peligrosos, a las empresas que recojan y transporten residuos con carácter profesional, a los establecimientos y empresas que eliminen o valoricen residuos, garantizando que se realicen inspecciones periódicas adecuadas de las actividades sujetas a los procedimientos simplificados mencionados en los artículos 214, 215 y 216 del Código. En segundo lugar, las inspecciones relativas a la recogida y transporte de residuos peligrosos se referirán al origen y destino de los residuos. Además, se establece que las provincias, tras consultar con los municipios, asumen la responsabilidad de identificar las áreas adecuadas para la ubicación de las plantas de eliminación de residuos.

En lo que concierne a los municipios, se prevé su participación en la gestión concreta de las actividades de recogida, aunque de manera agrupada a través de asociaciones en ATO (acrónimo de ámbitos territoriales óptimas), según lo establecido en los planes regionales de gestión de residuos. La filosofía que subyace en la gestión en ATO es superar la fragmentación mediante una gestión integrada del servicio de higiene urbana, lo que debería conducir a una mayor eficacia, gracias también al aprovechamiento de las economías de escala.

Sin embargo, la evidencia empírica ha demostrado que las ATO enfrentan desafíos para operar de manera efectiva, en parte debido a los fuertes particularismos que caracterizan a cada municipio, lo que dificulta la búsqueda de soluciones de compromiso para la gestión conjunta de múltiples servicios de recolección de residuos. Este fenómeno tiende a favorecer los intereses de las entidades más grandes presentes en cada ATO, ya que estas entidades logran tener un mayor peso dentro del ámbito en comparación con las administraciones más pequeñas.

La descripción proporcionada es un cuadro incompleto debido a la limitada disponibilidad de tiempo. No obstante, este cuadro ilustra de manera apropiada cómo la asignación de funciones (tanto normativas como administrativas) se fundamenta en la necesidad de garantizar una asignación «estratificada» de las atribuciones. Este enfoque se fundamenta en el propósito de potenciar dos aspectos cruciales: se quiere valorar la «perspectiva extendida» que posee la administración estatal en *la visión de los problemas* y, en el mismo tiempo, se quiere reconocer la importancia del mejor conocimiento de los «detalles» y de las necesidades peculiares que surgen del terri-

torio que tienen las Regiones y las autonomías locales, ya que estas están llamadas a confrontarse de cerca con tales necesidades. Esta perspectiva se fundamenta en el cumplimiento de los principios de *cooperación leal, subsidiariedad, diferenciación y adecuación*, que deben ser salvaguardados mediante un diálogo constante entre las administraciones más cercanas a los ciudadanos y aquellas con mayor amplitud territorial. Efectivamente, la realidad evidencia que el proceso de diálogo no siempre resulta sencillo y provechoso, ya sea por los particularismos (ya mencionados) que suscitan controversias entre algunas administraciones locales o por las discrepancias políticas que ocasionalmente dificultan el diálogo.

6. LOS PRINCIPIOS DE AUTOSUFICIENCIA Y PROXIMIDAD

La identificación de las necesidades y las formas de satisfacerlas se basa en una aplicación extensiva del principio de subsidiariedad, mientras que la satisfacción de dichas necesidades debe tender a realizarse a escala local, aplicando los principios de *autosuficiencia y proximidad* (definidos como «criterios» por el art. 182 bis). El art. 182 bis del Código establece que *la eliminación y la valorización de los residuos municipales indiferenciados deben realizarse en una de las instalaciones más cercanas a los lugares de producción o recogida*, con el fin de reducir las consecuencias negativas del transporte de las fracciones.

Sin embargo, la aplicación de estos criterios resulta compleja debido a la distribución y ubicación de las instalaciones de gestión de residuos en todo el país. La ausencia de instalaciones adecuadas en determinadas regiones italianas, sumada al hecho de que las existentes han alcanzado o superado su capacidad operativa rende compleja la gestione. Hay también muchas dificultades en la construcción de nuevas plantas de eliminación de residuos debido a la resistencia de las comunidades locales.

La aplicación concreta de los principios de autosuficiencia y proximidad en el territorio italiano se ve, por tanto, grandemente complicada por los considerables intereses económicos que están presentes en este sector.

7. EL USO DE LAS PALANCAS ECONÓMICAS EN LA PROTECCIÓN DEL ECOSISTEMA

Las exigencias de protección del medio ambiente se persiguen mediante la utilización de palancas económicas y, por tanto, mediante la aplicación del principio «quien contamina paga», cuya puesta en práctica presupone que los costes de protección del medio ambiente o de restauración de los sitios contaminados deben ser asumidos por los responsables de la contaminación o los daños ecológicos. Si lo examinamos más en profundidad, esto también es una aplicación del principio de responsabilidad y prevención.

Este principio no solo sirve para interpretar las disposiciones vigentes, sino que también orienta al legislador a la hora de normar el sector.

En su aplicación, se ha establecido que los costes de recogida, tratamiento y eliminación de los residuos deben ser asumidos por los productores. En el contexto de los residuos municipales, los costes inherentes a su gestión deben ser asumidos [soportados] por los ciudadanos y, por tanto, por el municipio como órgano exponencial de los intereses de la ciudadanía, como ha sido claramente establecido por la Corte de Justicia.

Esto justifica que los costes del servicio sean cubiertos por medio de uno de los pocos tributos municipales, el Tari, pagado al municipio por los ciudadanos. Este tributo se cuantifica en función de los costos que debe afrontar la administración para proporcionar el servicio. En consecuencia, con el propósito de asegurarse el consentimiento de los ciudadanos y reducir los impuestos asociados al servicio de higiene urbana, los ayuntamientos tienden a implementar técnicas destinadas a incrementar el porcentaje de recogida selectiva. Para lograr este objetivo, los ayuntamientos recurren a metodologías innovadoras propuestas por entidades privadas o a soluciones técnicas que permiten vincular las tasas pagadas a la cantidad de residuos producidos. Esta estrategia se sustenta en el «pago por generación», que implica la implementación de técnicas de recolección de residuos que puedan cuantificar, mediante instrumentos de lectura óptica conectados a los contenedores utilizados por los ciudadanos, las cantidades de los diferentes tipos de residuos generados por cada usuario.

El principio de «quien contamina paga» y adquiere una relevancia significativa al momento de atribuir una responsabilidad por la producción de daños medioambientales, con el propósito de conferir la obligación de adoptar las medidas necesarias para la recuperación de los sitios contaminados y la mitigación de la producción de nuevas contaminaciones. La responsabilidad en cuestión abarca tanto acciones u omisiones intencionales como involuntarias, atribuibles no solo a la negligencia intencional, sino también a la culpa de la persona implicada (artículo 192 del Decreto Legislativo n.º 152/2006).

Podría dar otros ejemplos de aplicación concreta de cómo se utilizan instrumentos económicos para prevenir la contaminación o para mitigar sus efectos. Sin embargo, eso me llevaría a incurrir en el descriptivismo. Más bien, lo que considero útil señalar es que, el uso de dinámicas y motivaciones de tipo económico –tanto el principio «quien contamina paga» como el de responsabilidad en la atribución al productor de la contaminación de los costos necesarios para la rehabilitación de los sitios contaminados– se revela una excelente herramienta para la conformación de la normativa ambiental y para la orientación de las políticas relacionadas.

8. LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN LA PRODUCCIÓN DE RESIDUOS

El principio de prevención, se encuentra recogido en varias disposiciones del Código del Medio Ambiente. En el ámbito de la producción de residuos, dicho princi-

pio se desarrolla en el artículo 180 del Código, que establece medidas específicas para su aplicación en este sector.

El art. 180, apartado 1, del Decreto Legislativo n. 152/2005 establece que, con el fin de promover prioritariamente la prevención de la producción de residuos, el Ministerio de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Mar, en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Económico, el Ministerio de Políticas Agrarias, Alimentarias y Forestales, adopta el *Programa Nacional de Prevención de Residuos*. Este programa constituye el tercer acto de planificación, complementando al *Plan Nacional de Comunicación y Conocimiento Ambiental* y al *Programa Nacional de Gestión de Residuos*. En realidad, el *Programa de Prevención* se ha integrado en el *Programa de Gestión*.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 180 del Código, el Programa de Prevención tiene la tarea de establecer indicadores y objetivos cualitativos y cuantitativos apropiados para evaluar la implementación de las medidas de prevención de residuos. En este sentido, el Programa fomenta la implementación de modelos de producción y consumo sostenibles, promueve el desarrollo de modelos de recolección eficientes y adecuados para garantizar la reutilización de productos contaminantes y, en general, busca reducir la cantidad de residuos. En suma, el principio de *prevención* se fusiona con el de *planificación*, orientando hacia soluciones que aseguren la optimización de las técnicas de producción, recolección y disposición final.

9. REFLEXIONES FINALES

Al concluir el discurso aquí expuesto, se puede afirmar que la integración de los principios europeos en la normativa italiana ha conducido a una gestión de residuos más estructurada y orientada a la sostenibilidad. La implementación del principio de prevención, la responsabilidad del productor y el uso de palancas económicas se han convertido en elementos clave para guiar las políticas ambientales.

Aunque Italia ha dado pasos significativos en la planificación y ejecución de estas medidas, sigue siendo fundamental un refuerzo adicional de los instrumentos de monitoreo y la colaboración entre las instituciones, con el fin de hacer que la gestión de residuos sea aún más eficaz y esté alineada con los objetivos de sostenibilidad a nivel europeo.

ASPECTOS SOBRE LOS OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN LA LEY 7/2022, DE 8 DE ABRIL, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR

Josep Lluís SERRA FRONTERA

Abogado. Responsable de la Asesoría Jurídica
de la Agència de Residus de Catalunya (1988-2003).

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.— 2. OBJETIVOS DE LA LEY 7/2022, DE 8 DE ABRIL, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR: 2.1. La Exposición de Motivos; 2.2. Los aspectos programáticos o guía de los objetivos de la Ley 7/2022 (LRSCEC).— 3. OBJETIVOS DE PREVENCIÓN DE RESIDUOS.— 4. OBJETIVOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS.— 5. LA RECOGIDA SEPARADA DE BOTELLAS DE PLÁSTICO EN LA LRSCEC.— 6. OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN OTRAS NORMATIVAS O FLUJOS DE RESIDUOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS: 6.1. Objetivos específicos del Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil; 6.2. Objetivos específicos del Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil; 6.3. Objetivos específicos del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases.— 7. CONCLUSIÓN.

1. ANTECEDENTES¹

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular (LRSCEC) es la cuarta norma general con rango de Ley en materia de residuos² desde que aprobó la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, si no se incluye la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, actualmente derogada.

¹ Vamos a centrarnos en el presente artículo en la normativa estatal en materia de residuos, sin perjuicio de desconocer importantes aportaciones de diversas leyes autonómicas.

² No incluyo entre dichas normas la Ley de Envases y Residuos de Envases

La Ley 42/1975 fue consecuencia de lo establecido en la disposición adicional única de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas³, tal como empieza reconociendo en su exposición de motivos:

«La Ley de Minas de veintiuno de julio de mil novecientos setenta y tres estableció en su disposición adicional única que el Gobierno, en el plazo, de un remitiría a las Cortes un Proyecto de Ley por el que se regule el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos para, entre otros objetivos, obtener la adecuada recuperación de los recursos minerales y proteger otros recursos geológicos».

Llama la atención que el objeto esencial de la Ley fuese el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos, apuntando a la necesidad de «aprovechar» los recursos contenidos en los residuos y la recuperación de los «recursos» minerales, así como también apuntando a finalidades de protección medioambiental: «proteger otros recursos geológicos».

Es decir, ya se advertía y se era consciente de la necesidad de que los residuos no eran el punto final de los materiales o los productos puestos en el mercado y de la necesidad de una correcta gestión de los residuos / recursos.

Así se pronuncia el artículo 1 de la Ley cuando se refiere al fomento del aprovechamiento de los residuos mediante la adecuada recuperación de los recursos contenidos en ellos y a la protección debida del medio ambiente y el subsuelo y entendiendo como aprovechamiento «*todo proceso industrial cuyo objeto sea la recuperación o transformación de los recursos contenidos en los residuos*».

La Ley 42/1975 también establece que la gestión de los residuos no sólo se centra o ha de centrarse en la gestión y el aprovechamiento de los residuos, sino que la intención y la necesidad observada fue ir más allá:

«... desde el comienzo de los trabajos preparatorios, se advirtió la necesidad de ampliar el contenido de aquella, con el fin de contemplar y dar solución jurídica a los problemas que plantean en nuestro país las actividades que se desarrollan en las distintas fases integradas en el ciclo completo de los residuos sólidos urbanos, desde su producción hasta su aprovechamiento o eliminación final».

La gestión de los residuos o de los productos y los materiales usados son objeto de un conjunto de fases integradas y, en consecuencia, es necesario contemplarlas todas ellas en las soluciones jurídicas y de todo orden (técnicas, económicas, de gestión, ...) y, para ello ha de incluirse en el «*ciclo completo*» la fase de la producción. Es decir, en el momento del diseño del producto y la utilización de los materiales que van a ser puestos en el mercado.

Tampoco podemos olvidar que la Ley 42/75 fue una parte de un engranaje o una parte integrante de la normativa que afectaba, de una u otra manera, a la gestión de los residuos. A título de ejemplo, la normativa sobre régimen o el Decreto 2414/1961, de 20 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

³ Publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 1973, cuya disposición adicional establecía que «*En el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley por el que se regule el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos para entre otros objetivos, obtener la adecuada recuperación de los recursos minerales y proteger otros recursos geológicos*».

No es intención analizar dicha norma, ni otras posteriores, sino dejar constancia de un origen que no desconocía la necesidad de lo que ahora llamamos economía circular, aunque fuese de forma mucho menos desarrollada y concreta y sin establecer objetivos específicos para muchos residuos o productos al final de su vida útil. Cuestión diferente fue su ejecución real y los objetivos que se cumplieron y que están todavía en la actualidad por cumplir.

Con posterioridad a la Ley 42/1975, las leyes reguladoras de los residuos han ido desarrollando la necesidad de potenciar la gestión de los residuos⁴⁵, reforzando especialmente las medidas de prevención y la aplicación del principio de jerarquía en la gestión de los residuos con un conjunto de medidas legislativas y tributarias que van desde el diseño —incluidos los materiales— y producción de los productos hasta la gestión específica de los diferentes tipos o flujos de residuos, atendida su naturaleza y el sector de producción.

Así, a título de ejemplo, a la vista de la LRSCEC y con la finalidad de cumplir los objetivos establecidos por la UE:

— Impidiendo su gestión vía vertedero o depósito controlado de residuos mediante la jerarquía de residuos a que se refiere el artículo 8 de la LRSCEC o en función de la naturaleza o propiedades de los residuos, de forma que teniendo en cuenta el objetivo de conseguir el mejor resultado medioambiental global se establece un orden de prioridad en la gestión de los residuos: prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización, incluida la valorización energética y, por último la eliminación⁶.

⁴ Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (*BOE* núm. 96, de 22 de abril de 1998), Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (*BOE* núm. 181, de 29 de julio de 2011) y Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (*BOE* núm. 85, de 9 de abril de 2022).

⁵ La necesidad de desarrollar los objetivos de la LRCSEC y adaptarse a la normativa y objetivos de la UE ha ido generando nuevas normativas. Así, recientemente, la Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, que modifica los artículos 4 y 6 de la LRSCEC (*BOE* núm. 85, de 9 de abril de 2015) o, por referirnos a los años 2024 y 2025:

a) Real Decreto 840/2024, de 27 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2022, de 27 de diciembre, por el que se establecen normas para la nutrición sostenible de suelos agrarios (*BOE* núm. 208, de 28 de agosto de 2024).

b) Real Decreto 1093/2024, de 22 de octubre, por el que se regula la gestión de los residuos de los productos del tabaco con filtros y de los filtros comercializados para utilizarse con productos del tabaco que contengan plástico y que sean de un sólo uso (*BOE* núm. 256, de 23 de octubre de 2024).

c) Real Decreto 70/2025, de 4 de febrero, por el que se modifican el Real decreto 1528/2012, de 8 de noviembre, por el que se establecen normas aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano, y el Real decreto 476/2014, de 13 de junio, por el que se regula el registro nacional de movimientos de subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano (*BOE* núm. 43, de 19 de febrero de 2025).

d) Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil (*BOE* núm. 206, de 27 de agosto de 2025).

⁶ El Decreto 152/2017, de 17 de octubre, sobre la clasificación, la codificación y las vías de gestión de los residuos en Cataluña, establece las vías de gestión de los residuos en Cataluña (sustituye Decreto 34/1996, de 9 de enero) y se ha ido actualizando en función de normas específicas posteriores como

— Estableciendo «*medidas fiscales para incentivar la economía circular*» que permitan tener en cuenta todos los costes que la eliminación o determinadas vías de valorización comportan como el impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos, regulado en los artículos 84 y siguientes de la LRSCEC o el complejo Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables, a que hacen referencia los artículos 67 y siguientes de la misma Ley.

— Estableciendo la necesidad, de acuerdo con el artículo 16 LRSCEC, de incluir «*medidas e instrumentos económicos*»:

«1. Las autoridades competentes deberán establecer medidas económicas, financieras y fiscales para fomentar la prevención de la generación de residuos, la reutilización y reparación, implantar la recogida separada, mejorar la gestión de los residuos, impulsar y fortalecer los mercados de productos procedentes de la preparación para la reutilización y el reciclado, así como para que el sector de los residuos contribuya a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Con estas finalidades se establece un impuesto aplicable al depósito de residuos en vertedero, la incineración y la co-incineración de residuos en el Título VII de esta ley»

— La obligación de los entes locales de establecer:

«una tasa o, en su caso, una prestación patrimonial de carácter público no tributaria, específica, diferenciada y no deficitaria que permita implantar sistemas de pago por generación y que refleje el coste real, directo o indirecto, de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de los residuos, incluidos la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento y comunicación, así como los derivados de la aplicación de la responsabilidad ampliada del productor, de la venta de materiales y de energía», de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.4 LRSCEC.

— Estableciendo «*obligaciones del productor de producto*» con la finalidad de promover la prevención de los residuos mediante el diseño de los productos y sus componentes y mejorar las operaciones prioritarias en la gestión de los residuos: su reutilización, reciclado y valorización. Es lo que se reconoce como la responsabilidad ampliada del productor. Dicha responsabilidad le obliga a aceptar la devolución de productos reutilizables o la recepción de los residuos al final de su vida útil, debiendo asumir su gestión y la responsabilidad de financiar dichas operaciones, en todo o en parte, ya que también los distribuidores pueden estar obligados a asumir dichas responsabilidades. Dicha responsabilidad incluye ya sea voluntariamente o, en su caso, de forma obligatoria el establecimiento de sistemas de depósito, devolución y retorno de los productos al final de su vida útil ya sea a los efectos de su posible reutilización o su tratamiento.

— Estableciendo la obligación de utilizar materiales en la fabricación de productos. Un ejemplo de ello se establece en el Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil y por el que se modifica el Reglamento Ge-

la LRSCEC en los anexos III y IV que describen las operaciones de valorización y de eliminación o las reguladoras de determinados residuos (RAEE, VFVU o pilas y acumuladores). Ha de tenerse en cuenta lo establecido en las autorizaciones o licencias ambientales o en el régimen de comunicación de las instalaciones productoras o gestoras de residuos, y la jerarquía de gestión. La gestión de forma diferente a la establecida requiere de un procedimiento en el que se justifique la mejora ambiental del cambio de codificación, clasificación y/o vía de gestión propuestos.

neral de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre⁷ o el reciente Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil⁸.

En concreto, el artículo 4 del Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil, entre las «*Obligaciones relativas a la prevención de residuos y a la puesta en el mercado de vehículos*», establece entre otras limitaciones en el uso de determinadas sustancias o el diseño de los vehículos y sus elementos de forma que facilite el cumplimiento de la jerarquía de residuos, favoreciendo la integración en los nuevos modelos de materiales y componentes reciclados:

«1. Los productores de automóviles, en relación con la prevención de residuos y la puesta en el mercado de los automóviles, están obligados a:

a) Diseñar, en colaboración con los fabricantes de materiales y equipamientos, los distintos elementos de los automóviles de forma que en su fabricación se limite el uso de sustancias peligrosas. A tal efecto, queda prohibida la utilización de plomo, mercurio, cadmio y cromo hexavalente en los materiales y componentes de los automóviles, con las exenciones, condiciones y fechas que figuran en el anexo I.

b) Diseñar y fabricar los automóviles y los elementos que los integran de forma que se facilite la reutilización, el desmontaje, la descontaminación, la preparación para la reutilización y la valorización de los automóviles al final de su vida útil, y se favorezca la integración en los nuevos modelos de materiales y componentes reciclados».

También se establecen objetivos y criterios de gestión en el Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil con la finalidad de que se cumpla con el principio de jerarquía de gestión de los residuos. El artículo 9 establece la obligación del productor de neumáticos de promover la prevención y de mejorar la preparación para la reutilización, el reciclado y la valorización de los neumáticos al final de su vida útil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la LRSCEC. Así entre otras obligaciones se hace referencia a la obligación de «financiar y organizar, en todo el territorio nacional, la recogida y la valorización de todos los neumáticos al final de su vida útil ...», «alcanzar como mínimo los objetivos de preparación para la reutilización, reciclaje y valorización energética que se establecen en el artículo 5». Por su parte, el artículo 20 del Real Decreto establece, de acuerdo con el principio de jerarquía y la economía circular, que «los neumáticos al final de su vida útil susceptibles de ser preparados para reutilización o reciclado no podrán destinarse a incineración, con o sin valorización energética», así como que «se prohíbe el depósito en vertedero de neumáticos al final de su vida útil, con excepción de los neumáticos utilizados como elementos de protección e ingeniería en los propios vertederos».

— Estableciendo la obligación de recepcionar y gestionar los productos puestos en el mercado mediante el sistema individual o colectivo de responsabilidad ampliada del productor. Son diversos los supuestos que regulan esta materia, si bien la

⁷ BOE núm. 89, de 14 de abril de 2021, y, en concreto, el anexo VII relativo a los objetivos de preparación para la reutilización, reciclado y valorización.

⁸ BOE núm. 206, de 27 de agosto de 2025 y, en concreto, el artículo 5, relativo a los objetivos de gestión

normativa de envases y residuos de envases ya estableció esta obligación mediante la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases⁹, desarrollada por diferentes disposiciones como el Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases¹⁰, que tiene la finalidad de adaptarse a la normativa e responsabilidad ampliada del productor de la UE, no obstante, la UE ha publicado el Reglamento (UE) 2025/40 del Parlamento Europeo y del consejo, de 19 de diciembre de 2024, sobre los envases y residuos de envases, por el que se modifican el Reglamento (UE) 2019/1020 y la directiva (UE) 2019/904 y se deroga la Directiva 94/62/CE¹¹, por el que se armonizan las diversas normativas nacionales y se alinea el principio de jerarquía de residuos.

— Estableciendo medidas específicas de recogida separada de determinados residuos, de forma que esta se convierte en una pieza o engranaje fundamental para conseguir los objetivos de prevención, preparación para la reutilización, reciclado y otras formas de valorización, promoviendo e impulsando la economía circular. La LRSCEC hace referencia a sistemas que pueden facilitar y potenciar la recogida selectiva de los residuos domésticos y comerciales como la recogida Puerta a Puerta o el uso de contenedores cerrados o inteligentes.

Como se ha ido viendo, en los últimos años se ha producido un importante desarrollo normativo tanto a nivel de la Unión Europea como de España, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales y no sólo por ya «antigua» la entrada de España en la Unión Europea en 1986, sino especialmente, a mi entender, desde la aprobación de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas¹², conocida como Directiva Marco de Residuos (DMR) y el conjunto de disposiciones y documentos sobre Economía Circular.

Entre estas últimas, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europea y al Comité de las Regiones de 2 de julio de 2014 «Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa»¹³ o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de diciembre de 2015 «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular» el Plan de Acción para una economía circular en Europa de 2015¹⁴.

Por su parte, España ha desarrollado la «Estrategia Española de Economía Circular, España Circular España 2030»¹⁵, el cual ha de concretarse mediante planes de acción trienales y el «Plan de acción de Economía circular, I PAEC 2021 – 2023»¹⁶.

⁹ BOE núm 99, de 25 de abril de 1997.

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

¹¹ DOUE, Serie L, de 22 de enero de 2025.

¹² Publicada en el DOUE L312, de 22 de noviembre de 2008

¹³ COM(2014) 398 final/2, 25.9.2014.

¹⁴ COM (2015) 614 final, 2.12.2015.

¹⁵ Aprobada por Acuerdo del consejo de Ministros el 2 de junio de 2020.

¹⁶ Aprobado por el Consejo de ministros el 25 de mayo de 2021.

Estas disposiciones han venido acompañadas de un gran desarrollo reglamentario dirigido a los diversos tipos de residuos generados en concretos sectores productores o gestores de residuos:

- Envases y residuos de envases.
- Neumáticos al final de su vida útil.
- Subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano.
- Residuos de los productos del tabaco con filtros y de los filtros comercializados para utilizarse con productos del tabaco que contengan plástico y que sean de un solo uso.
- Normas para la nutrición sostenible en los suelos agrarios.
- Vehículos al final de su vida útil.
- Pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos.
- Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos.
- Reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores.
- Gestión de los aceites industriales usados.
- Gestión de los residuos de las industrias extractivas y protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.
- Producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.
- Eliminación y gestión de los policlorobifenilos, policloroterfenilos y aparatos que los contengan.
- Envases de productos fitosanitarios.
- Gestión de residuos sanitarios.

2. OBJETIVOS DE LA LEY 7/2022, DE 8 DE ABRIL, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR.

Tanto la LRSCEC como normas específicas de flujos de residuos establecen objetivos generales y específicos, la suma de los cuales, así como las modificaciones normativas constituyen un conjunto de objetivos extenso y complejo.

2.1. La exposición de Motivos

La exposición de motivos de la LRSCEC, en la parte que ahora interesa, recoge los aspectos que han de guiar, no sólo la gestión de residuos, sino principalmente aquellos que han de prevenir su producción, reforzando su consideración como

recursos que han de ser aprovechados siempre que sea posible, de acuerdo con los principios de la economía circular y la Directiva 2008/98/CE o directiva Marco de Residuos (DMR).

Estos elementos se recogen en el Preámbulo empieza diciendo que:

«El primer objetivo de cualquier política en materia de residuos debe ser reducir al mínimo los efectos negativos de la generación y gestión de los residuos en la salud humana y el medio ambiente. Asimismo y en consonancia con los principios que rigen la economía circular, dicha política debe tener también por objeto hacer un uso eficiente de los recursos, con una apuesta estratégica decidida del conjunto de las administraciones públicas, así como la implicación y compromiso del conjunto de los agentes económicos y sociales».

«La Ley tiene por objeto sentar los principios de la economía circular a través de la legislación básica en materia de residuos, así como contribuir a la lucha contra el cambio climático y proteger el medio marino. Se contribuye así al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluidos en la Agenda 2030 y en particular a los objetivos 12 — producción y consumo sostenibles—, 13 —acción por el clima— y 14 —vida submarina—. Asimismo, en el ámbito de su contribución a la lucha contra el cambio climático, esta ley es coherente con la planificación en materia de energía y clima».

«Con el ánimo de transformar la Unión Europea en una »sociedad del reciclado» y contribuir a la lucha contra el cambio climático, se aprobó en 2008 la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (en adelante, Directiva Marco de residuos). Esta nueva directiva estableció el principio de jerarquía de residuos como instrumento clave que permitía disociar la relación existente entre el crecimiento económico y la producción de residuos. Dicho principio explicita el orden de prioridad en las actuaciones en materia de residuos: prevención de residuos, preparación para la reutilización, reciclado, otros tipos de valorización incluida la energética y por último, la eliminación de los residuos».

La DMR se incorporó mediante la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, la cual incorporó conceptos como los de subproducto, de fin de la condición de los residuos, el principio de jerarquía de residuos que ha de presidir las acciones legislativas y políticas para «avanzar hacia una sociedad de reciclado» y estableció objetivos de prevención y el marco jurídico sobre la responsabilidad ampliada del productor.

La necesidad de armonizar las normativas de los países miembro de la Unión Europea y establecer nuevos objetivos a medio y largo plazo, así como la aprobación en 2015 del Plan de Acción en materia de economía circular con el conjunto de las medidas de dicho Plan comportó la aprobación de la DMR de 2018 y la de la LRSCEC y con ella el reforzamiento del principio de jerarquía con la obligación de establecer instrumentos económicos y la prevención de residuos de acuerdo con los Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS) y una mayor definición y concreción de «*los objetivos de preparación para la reutilización y reciclado de los residuos municipales y se establece la obligatoriedad de nuevas recogidas separadas, entre otros, para los biorresiduos, los residuos textiles y los residuos domésticos peligrosos. (...)*».

Por otra parte, el Plan de Acción de la Unión Europea afrontó como una de las áreas prioritarias los plásticos, con la finalidad de minimizar la llegada al mar de los residuos plásticos. De acuerdo con ello se aprobó la Directiva (UE) 2019/904, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente o Directiva sobre plásticos de un solo uso¹⁷.

2.2. Los aspectos programáticos o guía de los objetivos de la Ley 7/2022 (LRSCEC)

El artículo 1 de la LRSCEC establece los elementos que han de servir para orientar y aplicar los objetivos establecidos por la Unión Europea en materia de prevención y reducción de residuos:

«1. Esta Ley tiene por objeto regular el régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos en relación con el impacto en la gestión de sus residuos, así como el régimen jurídico de la prevención, producción y gestión de residuos, incluyendo el establecimiento de instrumentos económicos aplicables en este ámbito, y el régimen jurídico aplicable a los suelos contaminados».

Aunque pueda ser reiterativo el artículo 1 LRSCEC establece como elemento primordial y necesario poner el acento en la «puesta en el mercado de productos en relación con el impacto en la gestión de sus residuos», con los efectos que ello va a comportar no sólo en la responsabilidad en la financiación y en la gestión de la gestión de los residuos al final de su vida útil mediante los sistemas de colectivos o individuales, sino que parece indicar también con la referencia al impacto en la gestión las medidas de prevención en la fase de diseño de los productos.

De acuerdo con ello, el artículo 11 de la Ley, relativo a los costes de gestión de los residuos establece que

«1. De acuerdo con el principio “quien contamina paga”, los costes relativos a la gestión de los residuos, incluidos los costes correspondientes a la infraestructura necesaria y a su funcionamiento, así como los costes relativos a los impactos medioambientales y en particular los de las emisiones de gases de efecto invernadero, tendrán que ser sufragados por el productor inicial de residuos, por el poseedor actual o por el anterior poseedor de residuos de acuerdo con lo establecido en el artículo 104. El Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico podrá realizar estudios para obtener información sobre los criterios para la contabilización de dichos costes, especialmente los relativos a impactos ambientales y a emisiones de gases de efecto invernadero.
2. Las normas que regulen la responsabilidad ampliada del productor para flujos de residuos determinados, de conformidad con el título IV, establecerán los supuestos en los que los costes relativos a su gestión tendrán que ser sufragados, parcial o totalmente, por el productor del producto del que proceden los residuos y cuándo los distribuidores del producto podrán compartir dichos costes».

De acuerdo con el apartado 2, será la normativa específica de cada flujo de residuos la que determine y concrete las obligaciones económicas y de gestión de los productos al final de su vida útil, así como los objetivos que han de conseguirse.

El apartado segundo establece que:

¹⁷ DOUE núm. 155, de 12 de junio de 2019 (Ref. DOUE-L-2019-81016).

«2. Esta Ley tiene por finalidad la prevención y la reducción de la generación de residuos y de los impactos adversos de su generación y gestión, la reducción del impacto global del uso de los recursos y la mejora de la eficiencia de dicho uso con el objeto de, en última instancia, proteger el medio ambiente y la salud humana y efectuar la transición a una economía circular y baja en carbono con modelos empresariales, productos y materiales innovadores y sostenibles para garantizar el funcionamiento eficiente del mercado interior y la competitividad de España a largo plazo. Asimismo, esta ley tiene por finalidad prevenir y reducir el impacto de determinados productos de plástico en la salud humana y en el medio ambiente, con especial atención al medio acuático».

Si se permite, con las referencias a conceptos como la prevención, la reducción de la generación de residuos y en el uso de los recursos y las finalidades que los presiden (protección del medio ambiente, salud humana, transición a una economía circular y baja en carbono) podríamos entender que nos anuncia el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 8 de la Ley, que es uno de los pilares de la normativa en materia de residuos.

Dicho precepto establece que:

«1. Las autoridades competentes, en el desarrollo de las políticas y de la legislación en materia de prevención y gestión de residuos, aplicarán para conseguir el mejor resultado medioambiental global, la jerarquía de residuos por el siguiente orden de prioridad:

- a) Prevención,
- b) preparación para la reutilización,
- c) reciclado,
- d) otro tipo de valorización, incluida la valorización energética y
- e) eliminación.

No obstante, si para conseguir el mejor resultado medioambiental global en determinados flujos de residuos fuera necesario apartarse de dicha jerarquía, se podrá adoptar un orden distinto de prioridades previa justificación por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos de la generación y gestión de esos residuos, teniendo en cuenta los principios generales de precaución y sostenibilidad en el ámbito de la protección medioambiental, la viabilidad técnica y económica, la protección de los recursos, así como el conjunto de impactos medioambientales sobre la salud humana, económicos y sociales, de acuerdo con los artículos 1 y 7.

2. Para la aplicación de la jerarquía de residuos, las autoridades competentes deberán usar instrumentos económicos y otras medidas incentivadoras, como las que se relacionan en el anexo V».

La flexibilidad que apunta el precepto y que permite adaptar la gestión de los residuos a la finalidad esencial de la Ley —«el mejor resultado medioambiental global»—, lo cierto es que la aplicación de la jerarquía es de obligado cumplimiento y que las adaptaciones requieren que sean justificadas y autorizadas por la Administración competente en la materia.

Finalmente, se ha de tener en cuenta entre los instrumentos de política de gestión de residuos con la finalidad de conseguir los objetivos establecidos en la LRSCEC tanto la planificación y los programas de prevención como las medidas e instrumentos económicos.

Los primeros han de ser elaborados por la Administración General del Estado y por las comunidades autónomas y, potestativamente por las entidades locales, debiéndose incluir programas específicos de prevención de los residuos alimentarios y de reducción del consumo de plásticos de un solo uso.

El Plan de la Administración General del Estado o Plan Estatal marco de gestión de residuos (PEMAR 2024 – 2035)¹⁸ se elabora en cumplimiento de lo establecido en la Directiva 2008/98/CE o DMR. De acuerdo con el mismo:

«se aplica en todo el territorio geográfico nacional e incluye análisis y determinaciones para los siguientes flujos de residuos:

- Residuos municipales.
- Envases y residuos de envases.
- Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.
- Vehículos al final de su vida útil.
- Neumáticos fuera de uso/al final de su vida útil.
- Aceites usados.
- Pilas y acumuladores.
- Residuos de construcción y demolición.
- Lodos de depuración de aguas residuales.
- PCB's y PCT's y aparatos que los contienen.
- Residuos agrarios.
- Residuos de industrias extractivas.
- Residuos industriales (sin legislación específica).
- Buques y embarcaciones al final de su vida útil.
- Residuos sanitarios.
- Plásticos de un solo uso no envases».

Por su parte, resulta también obligatorio «establecer medidas económicas, financieras y fiscales para fomentar la prevención de la generación de residuos, la reutilización y reparación, implantar la recogida separada, mejorar la gestión de los residuos, impulsar y fortalecer los mercados de productos procedentes de la preparación para la reutilización y el reciclado, así como para que el sector de los residuos contribuya a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero». En este sentido el impuesto sobre el depósito de residuos en vertedero, la incineración y la coincineración ya citado.

Entre las medidas económicas se incluyen las que se realicen en el marco de contratación de las compras públicas, con especial referencia a las medidas de formación y sensibilización en los contratos de recogida y tratamiento de residuos, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos.

3. OBJETIVOS DE PREVENCIÓN DE RESIDUOS.

En tanto que primer nivel en la jerarquía de residuos y con la finalidad de «romper el vínculo entre el crecimiento económico y los impactos sobre la salud humana y el medio ambiente asociados a la generación de residuos» se establece el siguiente

¹⁸ Resolución de 14 de enero de 2025, de la Dirección General de Calidad y evaluación ambiental, por la que se formula declaración ambiental estratégica del «Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos 2024-2035». *BOE* núm.19, de 22 de enero de 2025.

objetivo genérico de reducción en peso que afecta a la cadena de operadores desde el productor, el distribuidor, el consumidor y el gestor o recuperador, debiendo establecerse objetivos específicos de prevención y reutilización de determinados productos y, «en particular para los aparatos eléctricos y electrónicos, pilas y acumuladores, textiles y muebles, envases y materiales y productos de construcción»:

«a) En 2025, un 13 por 100 respecto a los generados en 2010.

b) En 2030, un 15 por 100 respecto a los generados en 2010».

4. OBJETIVOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS

El segundo nivel —si se permite esta expresión— en la jerarquía de gestión de residuos y, por tanto, prioritarias son las relativas a las medidas y objetivos a conseguir en cuanto a la preparación de la reutilización, reciclado y otras operaciones de valorización, de acuerdo con este orden de prioridad.

Sin perjuicio de otras medidas de fomento o de la utilización de instrumentos económicos que prioricen la reutilización, se establece la prohibición de destinar los residuos preparados para la reutilización o el reciclaje a la incineración, con o sin valorización energética. Atendiendo a una valoración sobre la mejor alternativa medioambiental global, se podría solicitar y justificar un cambio en el orden de la gestión, siguiendo un procedimiento contradictorio para su autorización.

Con la finalidad de cumplir los objetivos establecidos es esencial que los residuos se recojan de forma separada, evitando, en lo posible, mezclas con otros residuos o materiales. Dicho de otra forma, la recogida separada se convierte en la pieza clave y necesaria para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la normativa de la Unión Europea y de España.

La finalidad de la recogida separada de residuos es su aprovechamiento (preparación para la reutilización y el reciclado) como recursos o de los recursos en ellos contenidos, de forma que se prohíbe su incineración, con o sin valorización energética o su depósito en vertedero.

A estos efectos, el artículo 25.2 LRSCEC establece que

«para facilitar la preparación para la reutilización y el reciclado de alta calidad, de conformidad con los artículos 24.2 y 24.3, las entidades locales establecerán la recogida separada de, al menos, las siguientes fracciones de residuos de competencia local:

- a) El papel, los metales, el plástico y el vidrio,
- b) los biorresiduos de origen doméstico antes del 30 de junio de 2022 para las entidades locales con población de derecho superior a cinco mil habitantes, y antes del 31 de diciembre de 2023 para el resto. Se entenderá también como recogida separada de biorresiduos la separación y reciclado en origen mediante compostaje doméstico o comunitario, (con un porcentaje máximo de materiales impropios del 20 por 100 desde 2022 y del 15 por 100 desde 2027)
- c) los residuos textiles antes del 31 de diciembre de 2024,
- d) los aceites de cocina usados antes del 31 de diciembre de 2024, (cuya alternativa de gestión prioritaria es la regeneración o, otras operaciones de valorización)

e) los residuos domésticos peligrosos antes del 31 de diciembre de 2024, para garantizar que no contaminen otros flujos de residuos de competencia local,

f) los residuos voluminosos (residuos de muebles y enseres) antes del 31 de diciembre de 2024, y

g) otras fracciones de residuos determinadas reglamentariamente.
Entre los modelos de recogida de las fracciones anteriores que establezcan las entidades locales se deberán priorizar los modelos de recogida más eficientes, como el puerta a puerta o el uso de contenedores cerrados o inteligentes que garanticen ratios de recogida similares».

Para los residuos municipales se establece como objetivo la recogida separada del 50 por 100 en peso del total de residuos municipales, para 2035.

La misma obligación de recogida separada en origen y para las mismas fracciones de residuos se establece para los residuos comerciales no gestionados por la entidad local, o los residuos industriales.

No obstante, la Ley prevé que se pueda excepcionar la recogida selectiva en determinados supuestos. En primer lugar, si la recogida conjunta de determinados tipos de residuos no afecta a su aptitud para la reutilización o reciclado u otras operaciones de valorización, si no comporta el mejor resultado medioambiental global, si no es técnicamente viable o comporta unos costes desproporcionados. No obstante, la Ley prevé que puedan recogerse conjuntamente el plástico, el metal y otros residuos que los contengan si se garantiza su separación posterior sin una pérdida de calidad de los materiales o sin incremento de coste.

El artículo 26 de la Ley estableció los objetivos específicos de preparación para la reutilización, reciclado y valorización, de acuerdo con los objetivos de la Ley y contribuir a la economía circular, Para ello es necesario adoptar las medidas que garanticen conseguir los siguientes objetivos:

«a) La cantidad de residuos domésticos y comerciales destinados a la preparación para la reutilización y el reciclado para las fracciones de papel, metales, vidrio, plástico, biorresiduos u otras fracciones reciclables deberá alcanzar, en conjunto, como mínimo el 50 por 100 en peso.

b) La cantidad de residuos no peligrosos de construcción y demolición destinados a la preparación para la reutilización, el reciclado y otra valorización de materiales, incluidas las operaciones de relleno, con exclusión de los materiales en estado natural definidos en la categoría 17 05 04 de la lista de residuos, deberá alcanzar como mínimo el 70 por 100 en peso de los producidos.

c) Para 2025, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 55 por 100 en peso; al menos un 5 por 100 en peso respecto al total corresponderá a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización.

d) Para 2030, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 60 por 100 en peso; al menos un 10 por 100 en peso respecto al total corresponderá a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización.

e) Para 2035, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 por 100 en peso; al menos un 15 por 100 en peso respecto al total corresponderá a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización».

La Ley, además establece determinados residuos específicos como los biorresiduos (artículo 28), aceites usados (artículo 29) y residuos de construcción y demolición, (artículo 30), medicamentos (D. Ad, 16^a).

5. LA RECOGIDA SEPARADA DE BOTELLAS DE PLÁSTICO EN LA LRSCEC¹⁹

Con la finalidad de conseguir los objetivos establecidos por la Unión Europea se estableció la obligación de implantar un sistema de depósito devolución y retorno en el caso de que el sistema colectivo no alcanzase los objetivos establecidos, el artículo 59 LRSCEC, relativo a la recogida separada de botellas de plástico establece lo siguiente:

«1. Se establecen los siguientes objetivos de recogida separada de los productos de plástico mencionados en el apartado E del anexo IV con objeto de destinarlas a su reciclado:

- a) A más tardar en 2023, el 70 por 100 en peso respecto al introducido en el mercado;
- b) A más tardar en 2025, el 77 por 100 en peso respecto al introducido en el mercado;
- c) A más tardar en 2027, el 85 por 100 en peso respecto al introducido en el mercado;
- d) A más tardar en 2029, el 90 por 100 en peso respecto al introducido en el mercado.

La introducción en el mercado de estos productos podrá considerarse equivalente a la cantidad de residuos generados procedentes de los mismos, incluidos los presentes en la basura dispersa, en ese mismo año.

2. En el caso de que no se cumplan los objetivos fijados en 2023 o en 2027, a nivel nacional, se implantará en todo el territorio en el plazo de dos años un sistema de depósito, devolución y retorno para estos envases que garantice el cumplimiento de los objetivos en 2025 y 2029, de conformidad con lo que establezca la normativa reglamentaria en materia de envases y residuos de envases. Para la implantación de estos sistemas, además de las botellas de plástico, se podrán incluir otros envases y residuos de envases, de forma que se garantice la viabilidad técnica, ambiental y económica».

Por otra parte, la Disposición Adicional decimoséptima, apartado tercero, de la LRSCEC establece lo siguiente:

«Con el fin de evaluar el cumplimiento de los objetivos de recogida separada fijados en el artículo 59 de esta ley, para la posible implantación de un sistema de depósito, devolución y retorno de envases, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico deberá evaluar y hacer público el estado del cumplimiento de los objetivos fijados para el 2023 antes del 31 de octubre de 2024. Igualmente, dicho Ministerio deberá evaluar y hacer público el estado del cumplimiento de los objetivos fijados para el 2027 antes del 31 de octubre de 2028»²⁰.

¹⁹ El Ministerio para la Transición Ecológica y el reto Demográfico (Secretaría de Estado de Medio Ambiente – D. G. de Calidad y Evaluación Ambiental – S.D. de Residuos) publicó en noviembre de 2024 un «Informe relativo al cálculo de la recogida separada de botellas de plástico de un solo uso para bebidas en el año 2023» en el que se establece la metodología y el cálculo de las botellas de plástico de un solo uso para bebidas de hasta 3 litros, incluidas las tapas y taponos recogidos separadamente, teniendo en cuenta la establecido en la Decisión de Ejecución (UE) 2021/1752 de la Comisión de 1 de octubre de 2021, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 y lo establecido en el Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases

²⁰ Sobre esta materia la Sra. Ione Belarra Uteaga responde a una pregunta realizada sobre esta materia (184/15848, de 15/10/2024, 44813), en la que se indica que el gobierno está «elaborando la

6. OBJETIVOS ESTABLECIDOS EN OTRAS NORMATIVAS O FLUJOS DE RESIDUOS DE REUTILIZACIÓN, RECICLADO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS

Son diversas las normas que han establecido determinados objetivos específicos de preparación para la reutilización, reciclado y otras formas de valorización. A continuación, destacaremos lo establecido en la normativa sobre vehículos al final de su vida útil, neumáticos al final de su vida útil y envases y residuos de envases. No son los únicos sectores o normativas

6.1. Objetivos específicos del Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil

El objeto del Real decreto, de acuerdo con su artículo 1 es

«establecer medidas destinadas a la prevención de la generación de residuos procedentes de vehículos y a la recogida, a la preparación para la reutilización, al reciclado y otras formas de valorización de los vehículos al final de su vida útil, incluidos sus componentes (y materiales que formen parte del vehículo en el momento de convertirse en residuo), para así reducir la eliminación de residuos y mejorar la eficacia en la protección de la salud humana y del medio ambiente a lo largo del ciclo de vida de los vehículos».

El anexo VII del real decreto establece los objetivos de preparación para la reutilización, reciclado y valorización:

«1. Los agentes económicos cumplirán, en el ámbito de su actividad, los objetivos de preparación para la reutilización, reciclado y valorización siguientes:

- a) el porcentaje total de preparación para la reutilización y valorización será al menos del 95 por 100 del peso medio por automóvil y año, y
- b) el porcentaje total de preparación para la reutilización y reciclado será al menos del 85 por 100 del peso medio por automóvil y año.

2. Los CAT (Centros autorizados para el tratamiento de los vehículos al final de su vida útil), además, cumplirán los siguientes objetivos, sin perjuicio del cumplimiento de los exigidos con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto:

- a) Recuperarán para su preparación para la reutilización, y comercializarán componentes, partes o piezas de los automóviles que supongan, al menos, un 10 por 100 del peso total de los automóviles que traten anualmente.
- b) A partir del 1 de enero de 2026 recuperarán para su preparación para la reutilización, y comercializarán componentes, partes o piezas de los automóviles que supongan, al menos, un 15 por 100 del peso total de los automóviles que traten anualmente».

información para obtener los datos de recogida selectiva de botellas de plástico», indicando también que «Respecto a la implantación de Sistemas de Depósito, Devolución y Retorno (SDDR), hay que señalar que, de conformidad con el artículo 59 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico no tiene la obligación de implantar los SDDR, sino que son los productores de producto afectados en caso de incumplimiento del objetivo fijado para el año 2023, quienes deberán de implantar el SDDR que se realizará de conformidad con el artículo 47 del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envase».

En las autorizaciones administrativas de los CAT se establecerá su obligación de recuperar y comercializar piezas y componentes para su preparación para la reutilización en los porcentajes fijados en este anexo.

Por otra parte, los objetivos anuales han de cumplirse en cada comunidad autónoma en proporción a los vehículos que se han dado de baja definitiva en la Dirección General de Tráfico en ese territorio y en ese año.

6.2. Objetivos específicos del Real Decreto 712/2025, de 26 de agosto, de neumáticos al final de su vida útil

De acuerdo con los principios establecidos en la LRSCEC el Real Decreto tiene como uno de sus objetivos prevenir y reducir el impacto en el medio ambiente de los neumáticos a lo largo de todo su ciclo de vida y establecer y fomentar las medidas de reducción, preparación para la reutilización, reciclado y otras formas de valorización, por este orden y de acuerdo con el principio de jerarquía en la gestión de los residuos y con la finalidad de avanzar hacia una economía circular.

El artículo 5 del Real Decreto establece los objetivos de preparación, reciclaje y valorización energética respecto de los neumáticos al final de su vida útil y respecto de los años 2025, 2030 y 2035:

«a) En el año 2025:

- 1.º Como mínimo, el 15 por 100 en peso de preparación para la reutilización.
- 2.º Como mínimo, el 50 por 100 en peso de reciclado y valorización material del total del conjunto de materiales y el 100 por 100 en peso de reciclado del acero.
- 3.º Como máximo, el 35 por 100 en peso de valorización energética.

b) En 2030:

- 1.º Como mínimo, el 15 por 100 en peso de preparación para la reutilización.
- 2.º Como mínimo, el 59 por 100 del total en peso de reciclado y valorización material del conjunto de materiales y el 100 por 100 en peso de reciclado del acero.
- 3.º Como máximo, el 26 por 100 en peso de valorización energética.

c) En el año 2035:

- 1.º Como mínimo, el 15 por 100 en peso de preparación para la reutilización.
- 2.º Como mínimo, el 65 por 100 del total en peso de reciclado y valorización material del conjunto de materiales y el 100 por 100 en peso de reciclado del acero.
- 3.º Como máximo, el 20 por 100 en peso de valorización energética».

Entre las obligaciones del productor de neumáticos se establece la de alcanzar, como mínimo, los objetivos indicados, ya sea a través de un sistema individual o colectivo de responsabilidad ampliada del productor.

6.3. Objetivos específicos del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases

La normativa sobre envases y residuos de envases tiene su origen, por una parte, en la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciem-

bre y en la Ley 11/1997, de 24 de abril. Ambas, actualmente derogadas, han sido objeto de diversas modificaciones por la importancia de sector, la complejidad de la norma y la necesidad de conseguir los objetivos de su prevención, reducción y preparación para la reutilización, reciclado y valorización.

Sin perjuicio de la reciente modificación normativa de la Unión Europea, publicada en enero de 2025, nos centraremos en lo establecido en el Real Decreto 1055/2022.

Este tiene por objeto «establecer el régimen jurídico aplicable a los envases y residuos de envases con el objetivo de prevenir y reducir su impacto en el medio ambiente a lo largo de todo su ciclo de vida», así como

«medidas destinadas, como primera prioridad, a la prevención de la producción de residuos de envases y, atendiendo a otros principios fundamentales, a la reutilización de envases, al reciclado y otras formas de valorización de residuos de envases y, por tanto, a la reducción de la eliminación final de dichos residuos, incluido la presencia de residuos de envases en la basura dispersa, con el objeto de contribuir a la transición hacia una economía circular».

El Real decreto establece objetivos respecto de la prevención, de la recogida separada, de la reutilización y del reciclado y la valorización:

— Prevención

La reducción del peso de los residuos de envases producidos, respecto de los generados en 2010: Para el año 2025: 13 por 100 y para el año 2030: 15 por 100.

Por otra parte, se establece el objetivo de que en 2030 todos los envases puestos en el mercado sean reciclables y reutilizables, siempre que sea posible. Asimismo, se establece que en 2030 se consiga una reducción del 20 por 100 del número de botellas para bebidas de plástico de un solo uso.

— Recogida separada

Se establecen objetivos en peso de recogida separada global y específica para determinados materiales de los sistemas de responsabilidad ampliada del productor.

En global se establecen los siguientes objetivos respecto de los residuos de envases domésticos: para el año 2025: 65 por 100, para el año 2030: 75 por 100 y para el año 2035: 85 por 100.

Respecto de cada uno de los diferentes materiales se establecen también objetivos mínimos específicos, en peso, de los residuos de envases domésticos para los años 2025, 2030 y 2035. Dichos materiales son el plástico, madera, materiales ferrosos, aluminio, vidrio, cartón para bebidas y alimentos y papel cartón²¹.

²¹ Porcentajes para los años 2025, 2030 y 2035, respectivamente:

- a) Plástico: 55 por 100, 65 por 100 y 75 por 100.
- b) Madera: 30 por 100, 40 por 100 y 60 por 100.
- c) Metales ferrosos: 50 por 100, 60 por 100 y 80 por 100.
- d) Aluminio: 30 por 100, 40 por 100 y 60 por 100.

También se establecen objetivos mínimos de recogida separada en peso para los envases comerciales y los industriales para los periodos de 2027 (75 por 100), 2030 (85 por 100) y 2035 (95 por 100), en ambos casos.

— Reutilización

Se establecen objetivos respecto de las bebidas que se comercializan en el sector de la hotelería y restauración (en hectolitros), en el ámbito doméstico y en el sector comercial e industrial.

En cuanto a las bebidas del sector de la hostelería y restauración se diferencia entre aguas envasadas, cerveza, bebidas refrescantes y otras, referida a envases reutilizables puestos en el mercado, estableciéndose objetivos para los años 2025, 2030 y 2035²².

Para las aguas envasadas en el ámbito doméstico: al menos el 10 por 100 en 2030. Y la proporción de envases reutilizables respecto al total de envases en peso: 5 por 100 en 2030 y 10 por 100 en 2035.

Para los envases comerciales e industriales reutilizables, la proporción respecto el total de envases en peso para para las aguas envasadas, cerveza, bebidas refrescantes y otros: 20 por 100 en 2030 y 30 por 100 en 2035.

— Reciclado y valorización

Se establecen objetivos en peso de recogida separada global y específica para determinados materiales.

En global se establecen el objetivo de reciclar en peso: 65 por 100 para el año 2025 y 70 por 100 para el año 2030.

Respecto de cada uno de los diferentes materiales se establecen también objetivos mínimos específicos, en peso, para los años 2025 y 2030. Dichos materiales son el plástico, madera, materiales ferrosos, aluminio, vidrio, y papel cartón²³.

e) Vidrio: 70 por 100, 80 por 100 y 90 por 100.

f) Cartón para bebidas y alimentos: 70 por 100, 80 por 100 y 90 por 100.

g) Papel cartón: 75 por 100, 90 por 100 y 95 por 100.

²² Porcentajes para los años 2025, 2030 y 2035, respectivamente:

a) Aguas envasadas: 30 por 100, 40 por 100 y 50 por 100.

b) Cerveza: 80 por 100, 85 por 100 y 90 por 100.

c) Bebidas refrescantes: 60 por 100, 70 por 100 y 80 por 100.

d) Otras: 20 por 100, 25 por 100 y 30 por 100.

²³ Porcentajes para los años 2025 y 2030, respectivamente:

a) Plástico: 50 por 100 y 55 por 100.

b) Madera: 25 por 100 y 30 por 100.

c) Metales ferrosos: 70 por 100 y 80 por 100.

d) Aluminio: 50 por 100 y 60 por 100.

e) Vidrio: 70 por 100 y 75 por 100.

f) Papel y cartón: 75 por 100 y 85 por 100.

7. CONCLUSIÓN

La consecución de los objetivos establecidos en la LRSCEC y las normas reguladoras de diversos flujos de residuos, con la finalidad de cumplir con las finalidades de la Ley de Residuos y de la normativa de la Unión Europea disponen de diversos medios jurídicos o alternativas para implementar las medidas necesarias que permitan su cumplimiento.

No obstante, la implantación de muchas de estas medidas presenta una alta complejidad no sólo jurídica, sino también técnica, económica y de implantación.

Por otra parte, un aspecto no menos importante es la información, la formación y la sensibilización de todos los agentes u operadores que participan en el ciclo de vida de un producto, empezando por su diseño y los materiales que se utilizan, pasando por su producción, puesta en el mercado, distribución, consumo y gestión posterior al final de la vida útil del producto, sin olvidarnos de la necesidad de disponer de una red suficiente y próxima de instalaciones de tratamiento que permitan llevar a cabo los objetivos establecidos en la normativa, especialmente, de preparación para la reutilización, reciclado y otro tipo de valorización, incluida la valorización energética.

Un claro ejemplo de ello es el reconocimiento por parte del Ministerio de Transición Ecológica y el Reto Demográfico haciendo públicos los resultados del análisis relativo a la recogida separada de las botellas de plástico de un solo uso respecto del año 2023 y llevado a cabo de acuerdo la Decisión de Ejecución (UE) 2021/1752, que indica que el porcentaje conseguido de recogida separada es del 41,3 por 100, realmente muy lejos del 70 por 100 establecido en la LRSCEC y que puede comportar la constitución de un sistema de depósito devolución y retorno, sin perjuicio de analizar otras alternativas más eficaces de recogida selectiva apuntadas por la LRSCEC como la recogida puerta a puerta o la implantación de contenedores cerrados o inteligentes, entre otras medidas.

En un breve artículo publicado en el Blog de la revista RETEMA por Victor Moralo (ECIJA) el 10 de mayo de 2023, titulado «*La Ley 7/2022 de residuos y suelos contaminados: una visión crítica tras un año de vigencia*», después de dejar constancia del incumplimiento de los objetivos de la Ley en materia de recogida separada, indica que su consecución requiere que se asuma la necesidad de esfuerzo extraordinarios para «alcanzar los objetivos de preparación para la reutilización y reciclado previstos por la normativa europea y nacional».

Me permito hacer un extracto del artículo publicado que suscribo íntegramente:

«Con estos datos, solo podemos deducir que los esfuerzos que debemos asumir como sociedad española en su conjunto son extraordinarios si queremos alcanzar los objetivos de preparación para la reutilización y reciclado previstos por la normativa europea y nacional para los años 2025, 2030 y 2035. Objetivos que la ley fija como necesarios si de verdad aspiramos a contribuir hacia una economía circular europea con un alto nivel de eficiencia de los recursos. Las autoridades deberán adoptar las medidas necesarias, a través de los planes y programas de gestión de residuos, para garantizar que se logran estos objetivos. Para que en el 2025 se aumente la preparación para

la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 55 por 100 en peso, y que al menos un 5 por 100 en peso respecto al total corresponda a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización. Para que en el año 2030 se aumente la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 60 por 100 en peso, y al menos un 10 por 100 en peso respecto al total corresponda a la preparación para la reutilización. Para que en el año 2035 se aumente la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 por 100 en peso, y al menos un 15 por 100 en peso respecto al total corresponderá a la preparación para la reutilización».

LOS RETOS REGULATORIOS DEL SECTOR DE LOS RESIDUOS

Aleix CANALS COMPAN
Abogado

RESUMEN: El presente artículo pretende sintetizar y aportar ideas para el debate en relación a la regulación del sector de residuos, tomando como base algunas reflexiones del Profesor Conde Antequera. Estos comentarios fueron objeto de una jornada que tuvo lugar el pasado 4 de febrero de 2025 en la Universidad de Barcelona, organizada por la Cátedra CARSEPP. El autor analiza algunas cuestiones problemáticas de la regulación actual, que considera que podrían mejorarse a través de pequeños ajustes. Las propuestas tienen como objetivo mejorar la orientación de la normativa en materia de residuos, con el fin de coadyubar al mejor desarrollo de la economía de la circularidad de los materiales, en el territorio de la Unión Europea. A través de estas reflexiones, se cuestionan las definiciones normativas actuales de «residuos», «subproductos» y del «fin de condición de residuo». Finalmente, el autor reflexiona sobre la regulación de los sistemas de responsabilidad ampliada del productor, con el fin de aportar algunas ideas para la mejora regulatoria, también en relación con estos sistemas.

PALABRAS CLAVE: Derecho regulatorio, Derecho ambiental, residuo, subproducto, fin de condición de residuo, gestión de residuos, sistema de responsabilidad ampliada del productor, mejora regulatoria, sectores regulados.

ABSTRACT: This article aims to synthesize and contribute ideas for debate regarding the regulation of the waste sector, drawing on some reflections by Professor Conde Antequera. These comments were the subject of a seminar held on February 4, 2025, at the University of Barcelona, organized by the CARSEPP Chair. The author analyzes certain problematic aspects of the current regulation, which he believes could be improved through small adjustments. The proposals are intended to enhance the orientation of waste-related legislation, with the aim of contributing to the better development of the circular materials economy within the European Union. Through these reflections, current regulatory definitions of «waste,» «by-products,» and «end-of-waste status» are called into question. Finally, the author considers the regulation of extended producer responsibility systems, offering some ideas for regulatory improvement in relation to these systems as well.

KEYWORDS: Regulatory Law, Environmental Law, waste, by-product, end-of-waste status, waste management, extended producer responsibility system, regulatory improvement, regulated sectors.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE *RESIDUO*. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA DEFINICIÓN?.— 2. LA DEFINICIÓN DE «SUBPRODUCTO» Y «FIN DE CONDICIÓN DE RESIDUO». ALGUNAS IDEAS EN FAVOR DEL DESARROLLO DE LA CIRCULARIDAD DE LOS MATERIALES.— 3. LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR. ¿UN ALIADO EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS?.— 4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE *RESIDUO*. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA DEFINICIÓN?

Recientemente se ha publicado un libro por parte del Profesor Jesús Conde Antequera¹, fue objeto de una jornada en la Universidad de Barcelona, en el marco de la Cátedra CARSEP, que tuvo lugar el pasado 4 de febrero de 2025, en la que tuve el gusto de participar. En su obra, el Profesor Conde propone algunas ideas que creo que pueden ser útiles para reenfocar los retos y las perspectivas de futuro en la regulación del sector, según expondré a continuación.

En primer lugar, el profesor Antequera propone cambiar la perspectiva de la definición del concepto de *residuo*, así como de las circunstancias necesarias para declarar el fin de la condición de residuo.

Actualmente, la Ley 7/2022 define el concepto de «Residuo», en los mismos términos que la Directiva 2008/98/CE de 19 de noviembre², con una definición que contiene un componente altamente subjetivo. En concreto, actualmente el concepto de «Residuo» se define como:

«“residuo”: cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse”

Así pues, el uso del término «desprenderse» implica una voluntad del poseedor del residuo de desechar la «sustancia u objeto» que constituye el residuo, lo cual presupone que esta «sustancia u objeto», carece de cualquier valor (en otro caso, ¿por qué razón su poseedor querría desprenderse de ello?).

Esta concepción, se ha visto reforzada por distintos pronunciamientos de los Tribunales, que refuerzan la idea de que el «residuo» es aquella sustancia de la que su poseedor quiere desprenderse. En este sentido, resulta pionera la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-114/01, de 11 de septiembre de 2003 (caso *AvestaPolarit*), cuando argumenta que una misma sustancia o producto, puede tener o no la condición de residuo en función de la certeza de su reutilización o valor económico para el poseedor. En el referido caso, el TJUE apreció que no resultaba incompatible con la definición de Residuo de la —entonces vigente— Directiva

¹ *La gestión de los residuos. Del servicio público a la nueva regulación*. Ed. Marcial Pons, 2024

² Esta Directiva, establece la regulación básica en materia de residuos en el ámbito comunitario, y es conocida como «Directiva Marco de Residuos»

75/442/CEE, de Residuos³, el hecho de que las autoridades de un Estado miembro no considerasen como residuo un subproducto en una mina, si existía la total certidumbre de que tales materiales iban a ser reaprovechados en la misma mina.

Sin embargo, esta definición tradicional del concepto de *residuo*, encaja mal con la iniciativa pública por parte de las instituciones comunitarias, que se viene desplegando para poner en marcha una estrategia alrededor de la búsqueda y garantía de las materias primas críticas, con el fin de reducir de la dependencia del exterior en relación con estas materias primas.

Esta estrategia, pasar por dotar un papel clave a la industria del reciclaje, y ha sido ya implementada por parte de la Unión Europea, a través de algunas normas de reciente aparición como por ejemplo, el Reglamento (UE) 2024/1252 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco para garantizar un suministro seguro y sostenible de materias primas fundamentales y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 y (UE) 2019/1020.

Es evidente que en el futuro la regulación comunitaria seguirá esta senda —y con toda probabilidad, con una mayor intensidad— ya que se trata de una de las estrategias clave para incrementar la competitividad de la Unión Europea. En efecto, así se expone en el Informe Draghi⁴, cuando concluye, en el apartado relativo a la reducción de vulnerabilidades externas, que tal estrategia es clave para el futuro de la Unión:

La UE podría satisfacer entre la mitad y las tres cuartas partes de sus necesidades de metales para tecnologías limpias en 2050 mediante el reciclaje local. Por lo tanto, se recomienda establecer un verdadero mercado único para los residuos y la circularidad. Para alcanzar este objetivo será necesario reforzar el mercado secundario de residuos de materias primas críticas, hacer cumplir eficazmente la legislación vigente sobre recogida y traslado de residuos para permitir la acumulación de escala, y coordinar los controles de exportación de residuos de la UE.

Estas nuevas ideas, incardinarían la noción de «residuo» como aquellos materiales o sustancias que, previo un proceso de recuperación o valorización material, podrían contener materias primas fundamentales.

Sorprendentemente, junto con esta nueva concepción todavía permanece de forma profunda en la administración (y, en parte, también en la regulación), una perspectiva más «tradicional» del concepto de residuo, fundamentada en una visión de tales materiales como sustancias que deben desecharse, sin ningún tipo de valor o

³ Actualmente sustituida por la Directiva 2008/98/CE de 19 de noviembre, Directiva «Marco» de residuos, a la cual nos hemos referido, que contiene la misma definición.

⁴ Mario Draghi, expresidente del Banco Central Europeo, recibió el encargo de la Comisión Europea de preparar un informe sobre su visión personal sobre el futuro de la competitividad europea. En el informe, que se hizo público en septiembre de 2024, Draghi examina los retos a los que se enfrentan la industria y las empresas en el mercado único, y propone diferentes estrategias y directrices para la mejora de la competitividad del territorio de la Unión.

capacidad de aprovechamiento poniendo el acento en la protección del medio ambiente, para evitar que los «residuos», queden dispersos en él.

2. LA DEFINICIÓN DE «SUBPRODUCTO» Y «FIN DE CONDICIÓN DE RESIDUO». ALGUNAS IDEAS EN FAVOR DEL DESARROLLO DE LA CIRCULARIDAD DE LOS MATERIALES

En algún momento, el regulador deberá afrontar esta paradoja y actualizar los conceptos, de manera que o bien se amplíe la definición y el concepto mismo de *residuo*, para permitir incardinar bajo tal concepto otro más moderno, que incorpore esta visión, e incorporando dentro del concepto las sustancias y materias que aún habiendo agotado su función primaria, están integradas con materiales y sustancias susceptibles de un nuevo aprovechamiento, en forma de materia prima recuperada. O bien, como propone el Profesor Antequera, deberá desgajarse el concepto «residuo» en dos términos: uno, que incorpore esta definición tradicional de residuo, y otra para la materia prima susceptible de recuperarse.

En este sentido, el Profesor Antequera, propone distinguir entre «*materiales recuperables o valorizables*» que requieren de un proceso de valorización o preparación para la reutilización para volver al mercado (en cuya categoría se integrarían los subproductos, las materias primas secundarias, y los residuos valorizables), y los meros «*deshechos*», que solamente tendrían como destino su depósito o incineración (que deberían ser lo que tradicionalmente hemos denominado como *residuos*, con una nueva definición).

Sea como fuere, debería actualizarse la definición de *residuo* por otra que incorpore esta vocación de su circularidad (y consecuente valor económico de los materiales que lo integran). En definitiva, se impone una revisión de dicho concepto.

Al mismo tiempo una nueva definición del concepto de residuo podría simplificar la declaración del fin de tal condición de residuo, dando lugar a un auténtico mercado de materias primas recuperadas que fluyan en territorio comunitario de un modo auténticamente circular, facilitando, por tanto, el desarrollo de la economía circular.

En esta línea, también deben resolverse otras dificultades que se plantean de esta diferente concepción del residuo, con el fin de facilitar y posibilitar el desarrollo de los mercados de residuos, facilitando su comercio y especialmente, su transporte, en el interior del territorio comunitario.

Por ejemplo, el transporte de residuos en el interior del territorio de la Unión está regulado a través de la propia Ley 7/2022, en sus artículos 31 y 32, y a través del Reglamento UE 2024/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a los traslados de residuos, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1257/2013 y (UE) 2020/1056, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1013/2006. En materia de traslados de residuos (en relación con el procedimiento

de autorización y formalidades), son igualmente de aplicación las disposiciones del Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, entre otras. Las disposiciones mencionadas, prevén un régimen de traslados de residuos que dificulta (y, en ocasiones, impide), el movimiento de residuos, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo por el regulador, para limitar los supuestos en los que pueden denegarse. Así, por ejemplo, sigue siendo posible denegar los traslados de residuos cuando dichos traslados puedan ser contradictorios con las previsiones que consten en los Planes de Residuos aplicables al territorio de destino del residuo.

Pero ocurre que, al mismo tiempo, los Planes de Residuos son documentos de carácter eminentemente programático, cuyo grado de cumplimiento no se supervisa de manera estricta, y que en ocasiones están descoordinados (los Planes autonómicos a veces establecen objetivos diferenciados de los previstos en el instrumento de planificación estatal). A pesar de que el Tribunal Supremo dictaminó en diferentes sentencias que tales Planes de Residuos autonómicos debían supeditarse a la planificación estatal (en sus Sentencias números 2647/2020, de 27 de julio y 1871/2021, de 5 de mayo), la heterogeneidad de instrumentos en la planificación autonómica resulta evidente, lo que introduce un cierto grado de discrecionalidad en la autorización de tales traslados. Entre países de la Unión Europea, sucede algo parecido, *mutatis mutandi*.

Por ello, a pesar de que las previsiones del regulador son lógicas desde el punto de vista teórico (pues tiene sentido que una Comunidad Autónoma o un Estado Miembro, puedan oponerse a la entrada de residuos en su territorio, si provienen de otro territorio), en la práctica estas dificultades suponen un freno al desarrollo de los mercados de residuos (y, por tanto, de materias primas recuperadas).

Un problema parecido se observa en relación con los traslados de residuos, cuando su finalidad es desarrollar nuevas técnicas de recuperación. Aunque es cierto que las previsiones actuales del Reglamento (CE) 2024/1157, establecen una exención a la solicitud de autorización para los materiales con destino a laboratorios de ensayo para la práctica de tratamientos experimentales, en la práctica las importantes limitaciones en cuanto al volumen de residuos que pueden ser objeto de estos transportes, impiden un desarrollo eficiente de la industria de recuperación del residuo.

En la práctica estas dificultades que estamos señalando impiden el normal desarrollo de los mercados de residuos en términos equivalentes al mercado de materias primas, lo cual dificulta la aparición de agentes que contribuyan a una mayor recuperación residuos en los que se contienen los materiales que, a pesar de que puedan considerarse residuos, deberíamos considerar como materias primas (algunas de ellas, materias primas críticas), que pueden recuperarse.

Además de estas dificultades que hemos señalado, existen otras vinculadas a las nociones conexas al concepto de «residuo», como lo que se consideran «subproductos» y «materias primas secundarias». La excesiva —y en algunos casos, mal enfocada— regulación de estas sub-tipologías de residuos, podrían impedir un mayor desarrollo tecnológico para la mejora de procesos y podrían suponer un freno a las inversiones tecnológicas que son necesarias para que se produzca su evolución.

Actualmente, la Directiva Marco de residuos define como «subproductos» en los términos que pasamos a reproducir: «sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto».

Este concepto, se supedita además al cumplimiento de determinadas condiciones, contenidas en las letras a) a d) del artículo 5,1 de la Directiva. Para entender mejor el concepto, pensemos en un ejemplo de subproductos, como lo constituyen los restos de madera generados en un aserradero, que se utilizan para la fabricación de tableros de madera prensada y otros productos que se producen con la viruta de la madera como materia prima.

Los subproductos, son una fórmula «mágica» para la generación de materiales vinculados a la economía circular ya que permiten que una sustancia o material que constituye un deshecho en el marco de un proceso de transformación primario (en nuestro ejemplo: el residuo no aprovechado del corte de la madera y la fabricación de diferentes elementos a partir de madera «virgen»), constituye una *nueva* materia prima para otro proceso industrial.

En consecuencia, es incuestionable que a la luz de las ideas que ya hemos expuesto, debería fomentarse y facilitarse el reaprovechamiento y comercio de tales materiales, facilitando su aparición, comercio y traslado. Sin embargo, debe partirse de la base que los subproductos son habitualmente desechados y que por tanto, caso de presentar un valor económico, este puede ser muy reducido.

La Directiva impone distintos condicionantes para que un material tenga la consideración de subproducto, a saber: (i) la seguridad de que la sustancia u objeto vaya a ser utilizado ulteriormente; (ii) el hecho de que la sustancia u objeto pueda utilizarse directamente, sin tener que someterse a una transformación ulterior; (iii) que la sustancia u objeto se produzca como parte integrante de un proceso de producción; y (iv) que su uso ulterior sea legal, es decir la sustancia u objeto cumpla todos los requisitos pertinentes para la aplicación específica relativos a los productos y a la protección del medio ambiente y de la salud, y que al mismo tiempo se garantice que no producirá impactos generales adversos para el medio ambiente o la salud humana.

Por lo tanto la Directiva no impone la necesidad de la existencia de un proceso de homologación específico en relación con los subproductos, si bien el hecho que se requiera que se garantice que su utilización es segura (en términos de la salud de las personas y del medio ambiente), implica que, cuando exista un proceso industrial homologado, quedará garantizada tal seguridad en su utilización.

A nivel estatal, la Ley 7/2022 supuso un paso adelante en este apartado (respecto de la regulación contenida en la legislación anterior), introduciendo un proceso de evaluación previa que puede ser convalidado indistintamente por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y del Reto Demográfico, o por la autoridad de la Comunidad Autónoma, competente en materia de Medio Ambiente.

Actualmente la Ley prevé la posibilidad de completar sus previsiones a través del correspondiente desarrollo reglamentario, aunque en el momento de redactar este artículo el Ministerio no ha colmado esta habilitación, con lo que no se han hecho

públicos los criterios, documentación y procedimiento a seguir, para evaluar favorablemente la utilización de determinadas sustancias como subproductos. O, dicho de otro modo, el Ministerio no ha publicado la documentación y los criterios que se han utilizado para autorizar los subproductos que, hasta la fecha, han recibido su evaluación positiva⁵.

Es cierto que la regulación actual prevé una suerte de «silencio positivo» para el supuesto que la autoridad competente (que, tal y como hemos establecido, puede ser estatal o autonómica), no emita una resolución denegatoria en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud o desde el inicio del procedimiento (que puede iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada).

No obstante, la falta de desarrollo reglamentario dificulta en gran medida este tipo de iniciativas, que, de nuevo, deberían facilitarse, promocionarse e incentivarse, con el fin de transitar hacia una nueva economía circular, que reaproveche al máximo los materiales que se encuentran disponibles, reduciendo dependencias del exterior.

Así, a pesar de las nuevas facilidades introducidas en la nueva regulación surgida de la Ley 7/2022 (que permite esta declaración a las autoridades autonómicas y prevé el plazo de un mes de silencio positivo, que ya hemos comentado), el escaso resultado práctico de la evaluación favorable de los subproductos debería llevar a un replanteamiento o a una mejora regulatoria en este punto.

Finalmente, nos referiremos al fin de condición de residuo, es decir, a las condiciones establecidas para que determinadas sustancias y materiales, sean declarados como «no residuos», lo que permite tratarlos como productos, y no como residuos.

Sobre este punto, la Directiva marco establece que determinados residuos específicos, dejarán de tener tal condición cuando hayan sido sometidos a un proceso de valorización y cumplan con determinados criterios específicamente establecidos al efecto, con el fin de garantizar: (i) que la sustancia u objeto se usa normalmente para finalidades específicas; (ii) que existe un mercado o una demanda para dicha sustancia; (iii) que dicha sustancia u objeto cumple con los requisitos técnicos específicamente establecidos; y (iv) que el uso de la sustancia u objeto, no generará efectos adversos.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley 7/2022 establece una regulación equivalente a la de la Directiva, añadiendo que a través de norma reglamentaria aprobada por parte del Ministerio, se podrán establecer los criterios específicos sobre la aplicación de tal fin de condición de residuo, a determinadas sustancias⁶.

Es deseable una mayor intensidad en esta línea de trabajo, con el fin de posibilitar la incorporación al mercado como productos, de determinadas sustancias que toda-

⁵ Puede consultarse un listado de tales subproductos en este link: <https://www.miteco.gob.es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/comision-coordinacion/procedimiento-evaluacion-subproducto.html>

⁶ Hasta la fecha, se han aprobado 6 órdenes Ministeriales con el fin de establecer las condiciones para declarar el fin de la condición de residuo de los aceites usados, los fueles recuperados (procedentes de residuos MARPOL), el papel y el cartón, y los residuos termoplásticos.

vía hoy siguen tratándose como residuos, con todas las dificultades, costes y frenos a su libre circulación, que todo ello conlleva.

A medida que avancen las técnicas de separación y valorización de los materiales (en las cuales es previsible un nuevo impulso, como consecuencia de la introducción de sistemas de inteligencia artificial), las dificultades que hemos señalado se acentuarán, con lo que es deseable que estos ajustes normativos tengan lugar cuanto antes, mejor.

Lejos de ser menor, el impacto de esta cuestión puede ser determinante para el sector de los residuos pues debería suponer una redefinición del alcance de las actividades de gestión de residuos. Así, si bien es cierto que las operaciones de valorización y preparación para la reutilización seguirían —seguirán— siendo intrínsecamente actividades reservadas a los gestores de residuos, posiblemente el almacenamiento, la recogida, el transporte y los traslados de tales materiales, de los que no puede —no podría— predicarse la condición de residuo, no requerirían de tratamientos y autorizaciones específicas, por lo que estarían sometidos a controles administrativos de menor calado, al no estar justificado tal control, por no tener una potencial afectación al medio ambiente.

3. LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR. ¿UN ALIADO EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS?

Además de estas cuestiones, que tienen un alcance general y una conexión muy íntima con los objetivos estratégicos que se propone la Unión Europea, existe otra cuestión relevante, poco tratada hasta la fecha y que la obra también apunta: la revisión en la regulación de los sistemas de responsabilidad ampliada del productor (SRAP).

Inicialmente denominados como Sistemas Integrados de Gestión (SIG), los Sistemas de Responsabilidad Ampliada del Productos, constituyen una traslación a la regulación del principio de «quien contamina, paga». En síntesis, constituyen personas jurídicas sin ánimo de lucro a los cuales los fabricantes de determinados productos (que generan una tipología o *flujo* de residuos determinada) deben adherirse. Los Sistemas de Responsabilidad Ampliada del Productor tienen la misión de gestionar estos residuos, de forma exclusiva y repercutiendo el coste de esta gestión a los productores.

Estos sistemas pueden configurarse también de modo individual por parte de los productores, y en tal caso —como es lógico— desaparece la obligación de adherirse a un sistema colectivo de responsabilidad ampliada del productor. Habitualmente, estos sistemas se denominan con su acrónimo SCRAP (Sistema Colectivo de Responsabilidad Ampliada del Productor), que coincide con el término que en inglés significa «chatarra» (es decir, residuo de metal).

Actualmente, la gestión de determinados flujos se ha regulado de tal manera que sea obligatoria la gestión de tales residuos a través de SCRAPs (sistemas colectivos,

conformados de diferentes productores) o SIRAPS (sistemas individuales, conformados por un solo productor). Tal es el caso con los productos fitosanitarios, los envases (domésticos, industriales y agrícolas), los envases de vidrio, las pilas y acumuladores, los neumáticos fuera de uso, los aceites industriales usados, y los aparatos eléctricos y electrónicos.

La esencia del SCRAP es que sirven para distribuir el coste de la gestión del residuo entre los productores de los productos que generan los residuos del flujo, lo que se articula a través de cuotas financieras de contribución, en función de su peso en el mercado. Por tanto, no es difícil imaginar que estos sistemas, gestionan un volumen nada desdeñable de recursos económicos, y que tienen como su principal interés la gestión más económicamente eficiente del flujo de residuo que, en cada caso, corresponde. De nuevo, esta es una opción del regulador, pues en otros estados miembros, los SCRAP's son empresas públicas y los productores se limitan a abonar los costes que se les repercuten.

En mi opinión, es obvio que tal reserva de actividad a favor de estos sistemas (ya sean individuales o colectivos), solamente puede sustentarse en una situación en la que el residuo mantenga una valorización o aprovechamiento negativo. Es decir, que los SCRAP y SIRAP, solamente deberían poder ocuparse de la organización y gestión de la recogida de aquellos *residuos* que no tengan aprovechamiento económico positivo, sean de un flujo concreto o no.

Así, cuando las técnicas de valorización o recuperación de materiales avancen lo suficiente, y cuando el *ecodiseño* de los productos se implemente de verdad (de tal manera que la recuperación de los materiales de los que está compuesto el producto sea fácil y eficiente y por tanto económicamente rentable), no quedaría justificado que tales flujos deban gestionarse en exclusiva a través de estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor, puesto que la contribución económica de los productores a la recuperación de tales materiales, no sería necesaria.

En estos casos —es decir, cuando el aprovechamiento del residuo resulta positivo—, se produce una doble paradoja: por un lado, el productor del residuo no tiene ningún interés en disminuir su volumen (en contra de la jerarquía de residuos⁷), ya que compensa los beneficios de este residuo con los costes de otros residuos (dentro del mismo flujo), y por otro lado, se produce un monopolio natural en una actividad económicamente rentable y viable que, podría llevarse a cabo por parte de otros operadores (y que tradicionalmente han llevado a cabo los gestores de residuos).

Me parece evidente que en este escenario, los sistemas de responsabilidad ampliada del productor deberían desaparecer, al quedar completamente desnaturalizada su función.

Además de estos que estamos señalando, existen otros problemas conexos a estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor, cuyo funcionamiento interno

⁷ Recuérdese que la jerarquía de residuos impone un orden de preferencias para la gestión de los mismos, de modo que es preferente la reducción al resto, posteriormente, la reutilización, posteriormente el reciclaje, y en último término la eliminación.

no tiene todas las garantías de transparencia y publicidad que, a mi modo de ver, sería deseable que presentaran. Así, a pesar de que su existencia y la contribución a los mismos es obligatoria por parte de los productores, estos en la práctica tienen una capacidad de incidir en su gobierno muy reducida.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, estos son algunos de los retos regulatorios que presenta el sector de los residuos. Considero que deberíamos ser optimistas de cara al futuro, aunque evidentemente todo ello dependerá de la evolución de la técnica y de cómo se vayan sucediendo e implementando estos cambios, a nivel regulatorio.

**ESTUDIOS II:
SOSTENIBILIDAD Y TAXONOMÍA
COMO NUEVOS PARDIGMAS REGULATORIOS
DE LA UE. SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD
DE LAS EMPRESAS**

LOS DESAFÍOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD Y LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE LA CADENA DE SUMINISTRO

Martin Burgi

Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho
de la Ludwig-Maximilians-Universität. Múnich.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA DIRECTIVA 2024/1760 (CS3D).— 3. LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTROS (*LIEFERKETTENSORGFALSPFLICHTEN GESETZ* (LkSG) DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO: 3.1. Los costes de aplicación de la Ley; 3.2. Las determinaciones clave de la Ley (LkSG); 3.3. En especial, las obligaciones de diligencia debida; 3.4. Supervisión y sanciones a las empresas sujetas a obligaciones de diligencia debida.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el impacto que la reciente Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio 2024, (CS3D) sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad ha tenido en Alemania. En particular, transposición realizada en la Ley alemana sobre diligencia debida de las empresas en la cadena de suministro (*Lieferkettensorgfaltpflichtengesets* – LkSG) que se aplica desde el 1 de enero de 2024 y que tiene como objeto mantener una serie de estándares ambientales en las actividades productivas de las empresas y fortalecer el respeto de los derechos humanos, prohibición de trabajo infantil y trabajos forzados.

Tanto la Directiva como la Ley alemana confrontan la economía con nuevos tipos de preocupaciones y cargas que se derivan de ellas. La aportación que aquí ofrezco se plantea la posición y función del Estado como autoridad, como prestador y como empresario, sobre todo en conexión con la difusa categoría conceptual, hoy tan en boga, de «public enforcement». En el núcleo de todo ello afloran las cuestiones relativas a los nuevos cometidos de supervisión y sanción que se atribuyen a la Administración y las correspondientes fórmulas de garantía de la legalidad y de los derechos que son ejercitables en este ámbito.

2. LA DIRECTIVA 2024/1760 (CS3D)

Tras un largo y tortuoso proceso de elaboración, que comportó diversos recortes y restricciones al proyecto originalmente presentado por la Comisión, la Directiva (UE) 2024/1760 entró en vigor el 25 de julio de 2024. Esta Directiva prevé un proceso de implementación de tres años, aplicándose sus prescripciones de manera escalonada en función del volumen de negocio y número de trabajadores de las empresas.

Un concepto clave en la Directiva es el de la cadena de suministro en una empresa, que según el art. 3 de la propia Directiva, alcanza a los siguientes sujetos y actividades:

- Las operaciones propias de las empresas y de sus filiales.
- Los socios comerciales directos e indirectos de la empresa que se encargan de la producción de bienes o la prestación de servicios en la cadena ascendente o productiva, como son el diseño y concepción del producto, la extracción de recursos y materias primas, la fabricación.
- Las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores o descendentes de la cadena: la distribución, el transporte y el almacenamiento de productos.

3. LA EXPERIENCIA DE LA LEY ALEMANA DE OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN LA CADENA DE SUMINISTROS (*LIEFERKETTENSORGFALSPFLICHTEN GESETZ (LKSG)*) DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO

3.1. Los costes de aplicación de la Ley

Esta ley alemana (LkSG) es anterior a la Directiva por lo que resulta de interés pues nos permite conocer una experiencia más dilatada en lo que a su aplicación se refiere. Se trata de una ley que entró en vigor el 1 de enero de 2024 y que por el momento se aplica a las grandes empresas, considerando la ley como tales a las que cuentan con más de 1000 trabajadores.

Sobre la experiencia obtenida durante este primer año de aplicación de la ley (LkSG) se han realizado estudios sobre los costes económicos que la ley comporta para las empresas. Simplificando aquí, las conclusiones de esos estudios fueron las siguientes: un tercio de las empresas a las que resulta de aplicación la ley requieren de una persona, dedicada a tiempo completo, para su implementación; otro tercio de las empresas necesita entre uno y tres empleados, también a tiempo completo; un 17 por 100 de las empresas obligadas requiere de seis empleos para la implementación de la LkSG y un 10 por 100 de las empresas han necesitado para ello más de seis empleados. Proyectando estos cálculos sobre las empresas a las que todavía no se aplica la ley

resultaría que comportaría para ellas unos costes completamente desproporcionados. El coste medio para las grandes empresas a las que ahora se aplica la Ley (LkSG) se sitúa entre el 0,01 por 100 y el 0,14 por 100 de las ventas anuales de la empresa.

3.2. Las determinaciones clave de la Ley (LKSG)

Entre las aportaciones y determinaciones clave y fundamentales de la Ley pueden destacarse las siguientes:

El ámbito objetivo sobre el que se proyecta la Ley son los riesgos para los derechos humanos y los riesgos para el medio ambiente que pueden generarse tomando fundamentalmente en consideración, como criterio de admisibilidad o rechazo de los riesgos, los convenios y tratados internacionales.

La Ley impone a las empresas obligaciones de diligencia debida en materia de organización y procedimientos de producción y actividad en fases diversas.

Sin embargo, esta no incorpora un régimen singular de responsabilidad civil, ni introduce modificaciones en el régimen general de responsabilidad. Lo novedoso es el establecimiento de un régimen sancionador para los supuestos en que se produzcan incumplimientos de las obligaciones que instaura (*public enforcement*).

3.3. En especial, las obligaciones de diligencia debida

Las obligaciones de diligencia debida no están precisadas en la Ley de un modo taxativo, teniendo las empresas un amplio margen de interpretación y cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida.

La Ley habilita a la autoridad de control de la economía, *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle* (BAFA), para dictar directrices que concreten las obligaciones de diligencia debida. Estas directrices no tienen la naturaleza normativa propia de los reglamentos y por tanto no son vinculantes para las empresas, que pueden interpretar como se concretan para ellas las obligaciones de diligencia debida. Las directrices de la autoridad supervisora, la BAFA, no son vinculantes para las empresas, no está prevista sanción alguna si no las siguen. Pero la adecuación de su actuación a esas directivas por parte de las empresas las cubre ante cualquier reclamación de responsabilidad.

Por su parte, en el plano europeo, la Comisión dispone también de la facultad de dictar directrices que le atribuye la propia Directiva en su artículo 19. Estas directrices están concebidas como instrumentos para la reducción de la discrecionalidad y en ese aspecto resultan vinculantes para los Estados y los tribunales.

Un margen de discrecionalidad que se considera especialmente es el que dispone la autoridad alemana de supervisión, la BAFA, para intervenir en caso de incumplimientos por las empresas. Se plantea en un primer nivel la discrecionalidad de

la BAFA para intervenir o no en estos casos. Si la respuesta es afirmativa, la discrecionalidad se abre entonces en torno a la medida e intensidad de intervención. La Directiva, como en tantos otros casos, fía la solución de estas cuestiones al principio de proporcionalidad.

3.4. Supervisión y sanciones a las empresas sujetas a obligaciones de diligencia debida.

La BAFA como autoridad nacional de control dispone de la facultad de dictar actos administrativos. También dispone de potestades para exigir a las empresas que proporcionen información y potestades inspección, incluida la inspección de locales comerciales.

El control y la supervisión se basan en el riesgo, valorando el alcance de las actividades comerciales de las empresas, su capacidad de influencia, la gravedad y probabilidad de las infracciones y su posible contribución a la infracción.

Las sanciones pueden ser sanciones pecuniarias y también se contempla la exclusión de la empresa para participar en procedimientos de contratación.

EL IMPACTO DE LA TAXONOMÍA Y SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS

Suzana Tavares da Silva

Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra
y Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo Português

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL REGLAMENTO EUROPEO DE LA TAXONOMÍA.— 3. LA RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.— 4. EL DISEÑO ECOLÓGICO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS: LA SECTORIALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA OBLIGATORIA.— 5. DIFICULTADES Y RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.— 6. LA EXPERIENCIA PORTUGUESA Y LAS IMPLICACIONES PARA LA COMPETITIVIDAD DE LA UE.— 7. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS.

1. INTRODUCCIÓN

La estrategia de la UE para la transición ecológica se basa también en el Reglamento (UE) 2020/852 sobre taxonomía, que define las inversiones sostenibles desde el punto de vista medioambiental a través de seis objetivos medioambientales. Dichos objetivos se acogen también en la normativa de la contratación pública que se denomina sostenible como criterio de compra, requisito de ejecución de los contratos y criterio de adjudicación, pero su aplicación práctica plantea muchas dudas y las autoridades acaban recurriendo casi siempre al tradicional criterio de la eficiencia (el precio más bajo). Actualmente, existe una tendencia a hacer que la contratación pública sostenible sea obligatoria en sectores específicos, mediante normas impositivas distintas del régimen general de la contratación pública. La contratación sostenible plantea retos relacionados con la tecnicidad, la capacidad y el riesgo de «lavado verde». Se considera que un enfoque sectorial es más eficaz y, en este sentido, la taxonomía puede ser muy útil al ajustarse con más precisión y neutralizar espacios de discrecionalidad técnica que son un reto y espacio de mucha incertidumbre, tanto para la administración como para el judicial. La UE, como directora de orquesta, deberá armonizar todos estos regímenes jurídicos para que la transición hacia una economía más verde sea un éxito.

2. EL REGLAMENTO EUROPEO DE LA TAXONOMÍA

El Reglamento (UE) 2020/852, conocido como Reglamento de Taxonomía de la UE, es una pieza central de la estrategia de la Unión Europea para la transición ecológica. Su origen se remonta al Plan de Acción: Financiar el Desarrollo Sostenible (2018) y forma parte integrante del ambicioso Pacto Ecológico Europeo (2019). El objetivo principal de este reglamento es armonizar las normas entre los Estados miembros de la UE en lo que respecta a las inversiones en proyectos de sostenibilidad¹, con el fin de reducir la discrecionalidad técnica y crear un concepto común de *inversiones ambientalmente sostenibles*². Este esfuerzo de armonización se aplica tanto a la financiación en los mercados financieros como a los fondos europeos, con la intención de orientar las inversiones privadas mediante un «empujón».

La Taxonomía de la UE define seis objetivos medioambientales para determinar si una actividad económica es sostenible desde el punto de vista medioambiental, son ellos (1) la mitigación del cambio climático, (2) la adaptación al cambio climático, (3) el uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos, (4) la transición hacia una economía circular, (5) la prevención y control de la contaminación y (6) la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas.

El Grupo de Expertos Técnicos en finanzas sostenibles, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, se encargó, entre otras tareas, de desarrollar una Norma Europea para Bonos Verdes. El informe del Grupo de Expertos Técnicos propone que la Norma Europea para Bonos Verdes³ se base en la taxonomía de la UE para las actividades económicas, que se aplicará progresivamente a lo largo del tiempo⁴.

Para que un proyecto se considere «verde» en el marco de la Norma Europea para Bonos Verdes, debe estar en consonancia con la taxonomía de la UE y cumplir cuatro requisitos esenciales: (1) contribución sustancial a uno o varios objetivos medioambientales de la taxonomía, (2) no causar daños significativos (*do-no-significant-harm*) a ningún otro objetivo medioambiental, (3) cumplir con las salvaguardias sociales mínimas, y (4) cumplir con los criterios de selección técnica. Estos principios fundamentales de la Taxonomía de la UE son cruciales para la credibilidad y la integridad de las inversiones sostenibles.

El informe destaca que la interpretación de la Taxonomía y de sus criterios de selección técnica exigirá un cierto grado de flexibilidad por parte de los participantes

¹ L. MELON, *Sustainability in Public Procurement, Corporate Law and Higher Education*, Taylor & Francis, 2023, p. 165.

² European Parliament (Stefano Spinaci), *Sustainable finance – EU taxonomy. A framework to facilitate sustainable investment* julio 2020 (recurso on-line).

³ EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, *Report on EU Green Bond Standard*, June 2019 (on-line).

⁴ A. HURK y I. LOOSTER, «The European Commission's Sustainable Finance Action Plan and Other International Initiatives» in *Sustainable Finance in Europe*, Springer, 2024, pp. 17ss.

en el mercado, especialmente ante proyectos de carácter innovador, muy complejos o cuya ubicación convoque la necesidad de armonización de criterios o principios.

3. LA RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La taxonomía de la UE y las políticas de sostenibilidad influyen en la contratación pública sostenible. Pero hoy se debaten dos vías distintas para alcanzar ese objetivo: de una parte los que defienden que esa influencia debe de tener rango legal, es decir, que se puede adoptar expresamente la taxonomía creada para el sistema financiero de inversiones como regulación horizontal y estándar de la contratación pública⁵; de otra, los que acreditan que el camino más correcto es el de una integración sectorial de esta forma de regulación (imposición de criterios medioambientales) como ya existe en áreas como los vehículos energéticamente más eficientes. Como veremos, la segunda tesis nos parece más ajustada a sistemas donde hoy existen una Administración Pública técnicamente menos calificada, como es el caso portugués.

Recordamos que los criterios ambientales están previstos en el régimen normativo de la contratación pública para aplicarse en diferentes fases del proceso de contratación⁶.

En primer lugar, como criterio de compra de productos o servicios más sostenibles desde el punto de vista medioambiental. En efecto, una de las aplicaciones es la promoción de la compra de productos o servicios más sostenibles desde el punto de vista medioambiental mediante etiquetas ecológicas de la UE (*EU Ecolabel*), que establecen criterios y requisitos voluntarios. El Grupo de Expertos Técnicos, en su informe, recomienda que los requisitos de la Norma Europea para Bonos Verdes se utilicen como criterios técnicos para la futura *EU Ecolabel* para productos financieros, subrayando la sinergia entre los diferentes instrumentos de financiación sostenible. La coherencia entre la Norma Europea para Bonos Verdes y la *EU Ecolabel* es un objetivo permanente.

En segundo lugar, como requisitos de ejecución de los contratos públicos. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública permite que los requisitos de sostenibilidad se integren en la fase de ejecución del contrato. El artículo 18.2 de esta Directiva exige que los Estados miembros garanticen que los operadores económicos, en la ejecución de los contratos públicos, cumplan, entre otras, las obligaciones medioambientales derivadas del Derecho de la UE. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reforzado la importancia de este principio.

⁵ En sentido próximo S. ARROWSMITH, «A taxonomy of horizontal policies in public procurement» in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, pp. 108-146.

⁶ Sobre el tema en Portugal y España R. GÁLÁN VIOQUE y I. OLMO (ed.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2023.

En el proceso C-395/18, de 30.10.2020, el TJUE declaró que la obligación de los operadores económicos de cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia de derecho medioambiental, social y/o laboral constituye un valor fundamental en el esquema general de la Directiva 2014/24/UE, que los Estados miembros deben respetar.

En tercer lugar, como criterio de adjudicación de un contrato público. La adjudicación de contratos públicos debe basarse en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. El artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE estipula que esta oferta debe identificarse sobre la base del precio o del coste, utilizando un enfoque de rentabilidad, como el cálculo del coste del ciclo de vida (previsto en el artículo 68), y puede incluir la mejor relación calidad-precio, evaluada mediante criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato. Ejemplos de tales criterios son el valor técnico, las características funcionales y estéticas, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, así como las características sociales e innovadoras.

La jurisprudencia del TJUE ha sido fundamental en la interpretación de la inclusión de criterios no económicos en la contratación pública. El caso *Beentjes* (proc. C-31/87) abrió la puerta a la inclusión de objetivos no económicos, también conocidos como «horizontales», en el proceso de contratación pública. El TJUE afirmó que la directiva pertinente (Directiva 71/305) no establecía un conjunto de normas uniformes y exhaustivas, permitiendo la elección de criterios de adjudicación, siempre que no tuvieran un efecto discriminatorio. Más tarde, en el caso *Nord-Pas-de-Calais* (proc. T-267/08), el TJUE aclaró que el Derecho de la UE en materia de contratación pública no impide a los poderes adjudicadores utilizar criterios no económicos (en este caso, relacionados con el empleo) para la adjudicación, siempre que sean compatibles con los principios fundamentales del Derecho de la UE, en particular el principio de no discriminación. Seguidamente, en el caso *Concordia Bus Finland* (proc. C-513/99), el TJUE fue innovador al permitir la inclusión de elementos medioambientales en los criterios de adjudicación. Ahí ha establecido que los criterios medioambientales pueden tenerse en cuenta siempre que: *i*) estén relacionados con el objeto del contrato, *ii*) no confieran libertad de elección ilimitada a la autoridad, *iii*) se mencionen expresamente en los documentos del contrato o en el anuncio de licitación, y *iv*) cumplan todos los principios fundamentales del Derecho de la UE, en particular el de no discriminación. Por último, en el caso *Max Havelaar* (proc. C-368/10), el TJUE permitió el uso de criterios medioambientales, incluidas las etiquetas ecológicas, como criterios de adjudicación. Sin embargo, aclaró que las etiquetas ecológicas no podían utilizarse como especificaciones técnicas si su naturaleza se refería a las condiciones de ejecución del contrato y no a las características del producto en sí.

Y lo más relevante es que no hay decisiones más recientes sobre este tema, lo que, a nuestro juicio, es demostrativo de la dificultad que existe en aplicar estos criterios.

4. EL DISEÑO ECOLÓGICO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS: LA SECTORIALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA OBLIGATORIA

Existe hoy una tendencia a hacer obligatoria la contratación pública sostenible en sectores específicos, lo que refleja un enfoque más estratégico y orientado a los resultados en lo que respecta a «qué comprar» (*what to buy*), en contraste con «cómo comprar» (*how to buy*), que define los procedimientos. Este cambio tiene por objeto armonizar las decisiones de adquisición con objetivos políticos más amplios de sostenibilidad.

Entre las iniciativas legislativas que ilustran esta tendencia podemos destacar la Directiva (UE) 2019/1161 relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (*Clean Vehicles Directive*, CVD). Esta directiva fomenta las políticas medioambientales mediante la adquisición de vehículos de emisiones nulas y ultrabajas por parte de las autoridades. La CVD establece objetivos mínimos obligatorios de contratación pública ecológica, aunque deja a los Estados miembros la decisión sobre cómo alcanzar dichos objetivos.

Igualmente, el Reglamento (UE) 2023/1542, Reglamento sobre baterías y residuos de baterías (*Batteries and Waste Batteries Regulation*, BWBR) impone a las autoridades y entidades adjudicadoras la obligación de tener en cuenta los impactos ambientales de las baterías a lo largo de su ciclo de vida, con el fin de minimizarlos. El régimen jurídico es más prescriptivo que el de los vehículos energéticamente más eficientes, ya que exige la inclusión de especificaciones técnicas y criterios de adjudicación basados, por ejemplo, en la huella de carbono, el contenido reciclado y los requisitos de rendimiento y durabilidad de las baterías. Puede aplicar tanto la armonización máxima como la mínima.

En la misma línea está el Reglamento (UE) 2024/1781, Reglamento sobre diseño ecológico para productos sostenibles (*Ecodesign Regulation for Sustainable Products*) en el que se habilita a la Comisión para adoptar actos delegados que establezcan requisitos de diseño ecológico, que pueden adoptar la forma de especificaciones técnicas obligatorias, criterios de selección, criterios de adjudicación, cláusulas de ejecución de contratos u objetivos en la contratación pública.

Así como el Reglamento (UE) 2025/40, Reglamento sobre envases y residuos de envases (*Packaging and Packaging Waste*), que incluye también criterios mínimos obligatorios de contratación pública sostenible que deberá desarrollar la Comisión mediante actos delegados.

El informe «El futuro de la competitividad europea» corrobora este enfoque sectorial, con capítulos dedicados a ámbitos como la energía, las materias primas críticas, la digitalización, las industrias de uso intensivo de energía, las tecnologías limpias, la automoción, la defensa, el espacio, la industria farmacéutica y los transportes. En estos sectores, las propuestas suelen incluir la promoción de la demanda de productos

ecológicos y la introducción de criterios normalizados para la contratación pública. Por ejemplo, en el ámbito de las tecnologías limpias, se propone la introducción de una cuota mínima para los productos y componentes innovadores y sostenibles producidos localmente en los contratos públicos, así como la aplicación de criterios no económicos obligatorios relacionados con la sostenibilidad medioambiental, las consideraciones sociales y de empleo, la ciberseguridad y la resiliencia.

5. DIFICULTADES Y RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

A pesar del impulso político y jurídico, la aplicación de la contratación pública sostenible se enfrenta a retos importantes. Un estudio reciente en la República Checa sobre los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos y la contratación pública ecológica⁷ concluyó que el estímulo de la cofinanciación de estos fondos estructurales en la contratación pública ecológica es real, pero limitado, dada su enorme tecnicidad. El estudio reveló que la cofinanciación de los fondos estructurales aumentó la adopción de la contratación pública sostenible en solo 2,7 puntos porcentuales, una cifra considerada pequeña en proporción a los recursos invertidos. El efecto se debe principalmente a la disponibilidad de cofinanciación, y no a un cambio en las políticas de los fondos europeos hacia un enfoque «más verde» en materia de sostenibilidad. Existe un efecto de selección, por el que la cofinanciación se asigna a licitaciones que, en principio, ya tendrían más probabilidades de ser verdes. La experiencia previa de las autoridades adjudicadoras con la contratación pública ecológica tuvo un efecto positivo, pero pequeño e insuficiente para impulsar su adopción en ausencia de incentivos institucionales más fuertes. Esto sugiere que la contratación pública ecológica, cuando se fomenta mediante programas específicos, puede crear un efecto de sustitución, reduciendo su prioridad en otras áreas sin incentivos.

La dificultad de conciliar la innovación con la contratación pública ha sido un factor limitante. Un estudio reciente sostiene que hacer obligatoria la contratación pública ecológica de manera horizontal puede no ser sostenible, defendiendo en su lugar un enfoque sectorial⁸.

Los autores identifican, entre las principales dificultades de un enfoque horizontal obligatorio, factores como el *compromiso político y discriminación*. La imposición de criterios obligatorios uniformes puede favorecer involuntariamente a entidades económicas de países con normas medioambientales más estrictas, comprometiendo el principio de no discriminación, fundamental en el derecho de la UE. Dada la

⁷ R. NICOLAS, V. TITL y F. SCHOTANUS, «European funds and green public procurement», *Ecological Economics*, N. 227, 2025 (open-access).

⁸ I. BÖTTGE, H. KUMPAR ŽIDANIČ y A. TZAMALIKOU, «From Green Vision to Legal Obligation: The Case for Making Green Public Procurement Mandatory», in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n.º 19, 2023, pp. 249 ss (open-access).

heterogeneidad en el cumplimiento de las normas medioambientales en la UE, la uniformidad conduce a la discriminación por motivos de nacionalidad.

Otra dificultad señalada en el estudio es la *baja capacidad técnica y financiera*. Existe una falta de capacidad técnica y financiera en las administraciones públicas para aplicar las formas más exigentes de contratación estratégica. La aplicación de la contratación pública ecológica se ve dificultada por la falta de especialización, conocimientos y recursos financieros de los poderes adjudicadores, especialmente en los Estados miembros menos desarrollados económicamente. Un estudio de Lituania y Portugal señala la falta de compromiso político, la escasez de productos ecológicos en el mercado, la falta de información y la falta de experiencia como obstáculos.

Una tercera dificultad señalada en el estudio es el *riesgo de «greenwashing»*. La falta de definiciones comunes de «verde» ha sido una barrera, lo que conlleva un riesgo para la reputación. La taxonomía de la UE pretende mitigar este riesgo proporcionando una referencia común, pero no hay garantías de que lo solucione todo.

Como último factor destacado está la *transparencia y seguimiento*. A pesar de los requisitos de información (como los informes de asignación y de impacto en la Norma Europea para Bonos Verdes), la complejidad del seguimiento y la evaluación del impacto siguen siendo un reto. El informe del Grupo de Expertos Técnicos reconoce la necesidad de incentivos para el crecimiento del mercado de bonos verdes y el seguimiento de la alineación de los flujos financieros con la taxonomía de la UE.

Uno de los debates críticos se refiere a la propuesta de eliminar el «vínculo con el objeto del contrato» de la Directiva 2014/24/UE y sustituirlo por un vínculo con el ciclo de vida de los bienes o servicios. Pero compartimos posición con quienes temen que esta solución pueda hacer muy difícil de garantizar los principios de la contratación pública, incluyendo la competencia. El vínculo con el objeto del contrato establecido en el caso Concordia Bus garantiza que los procedimientos de contratación sean eficientes, ofrezcan una buena relación calidad-precio, eviten gastos innecesarios y eviten que las consideraciones medioambientales se utilicen para discriminar a los operadores económicos o para realizar compras arbitrarias. Además, fomenta la competencia leal, permite la participación de licitadores cualificados y garantiza la transparencia y la seguridad jurídica. Su eliminación podría abrir la puerta a candidatos no cualificados y comprometer la calidad de los productos y servicios, además de generar arbitrariedad en las decisiones.

6. LA EXPERIENCIA PORTUGUESA Y LAS IMPLICACIONES PARA LA COMPETITIVIDAD DE LA UE

La situación portuguesa ilustra varias de las dificultades apuntadas a la implementación de la contratación pública sostenible: *i)* la legislación más exigente se deriva principalmente de la transposición de normas europeas mínimas; *ii)* la producción normativa nacional original se basa en programas y no en normas obligatorias; *iii)* falta de consenso político para la adopción de normas más exigentes; *iv)* inexistencia de

pacidad técnica y financiera en los servicios públicos para aplicar las formas más exigentes de contratación estratégica; *v*) las empresas adoptan instrumentos medioambientales voluntarios solo si les reportan un rendimiento; *vi*) no existe una demanda social de mayor protección medioambiental; y *vii*) las normas anticorrupción y el derecho administrativo de la integridad en la contratación pública, por extraño que parezca, comprometen el camino de la contratación pública estratégica.

Estas observaciones refuerzan la conclusión de que la transición ecológica requiere un cambio de comportamiento, mucha innovación y maduración de la tecnología para que el precio sea competitivo. Es muy difícil conciliar la innovación y la contratación pública, lo que ha llevado al fracaso de la contratación estratégica cuando se impone de forma rígida. Este es un tema en que el «bastón» (normas obligatorias) es una decisión ineficaz desde el punto de vista de la competitividad, mientras que la «zanahoria» (incentivos) es ineficaz para cumplir los objetivos del Pacto Ecológico Europeo.

El informe «La Brújula para la Competitividad»⁹ aborda la necesidad de que la UE refuerce su competitividad en varios sectores estratégicos, lo que indirectamente respalda la idea de un enfoque sectorial para la contratación pública ecológica. Por ejemplo, en la sección sobre industrias con un uso intensivo de la energía, el informe propone «estimular la demanda de productos ecológicos, promoviendo la transparencia e introduciendo criterios estandarizados de bajas emisiones de carbono para la contratación pública». En el ámbito de las tecnologías limpias, sugiere introducir una cuota mínima explícita para los productos y componentes innovadores y sostenibles producidos localmente en los contratos públicos y las subastas de contratos por diferencia, cuando sea necesario para alcanzar los objetivos de fabricación de la UE.

Este informe también destaca la importancia de simplificar las normas y reducir la carga administrativa para las empresas. La Comisión Europea propone, por ejemplo, la creación de un vicepresidente para la simplificación que coordine un «banco de evaluación» que someterá a pruebas de resistencia la legislación existente, y el uso de una metodología única para cuantificar el coste de la nueva legislación. Esto es fundamental para aliviar la «tecnicidad» y la «carga administrativa» a las que se enfrentan las empresas y las autoridades en la aplicación de políticas como la contratación pública ecológica. La proporcionalidad de estos regímenes jurídicos para las PYMES y las empresas de pequeña y mediana capitalización en la legislación de la UE también es motivo de preocupación, dada la elevada carga que supone el cumplimiento de la normativa.

7. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

La «ecologización» de las prácticas de contratación pública representa un cambio significativo en los objetivos del Derecho de la UE en materia de contratación pública. De ser un instrumento destinado a eliminar las prácticas proteccionistas y garantizar un mercado interior sólido, la contratación pública está evolucionando hacia

⁹ COM(2025) 30 final.

una herramienta estratégica para alcanzar objetivos más amplios de sostenibilidad en la UE, incluidos los objetivos medioambientales. Sin embargo, esta transformación no está exenta de contradicciones jurídicas, especialmente porque la lógica económica tradicional, centrada en la relación calidad-precio, no siempre es compatible con las consideraciones medioambientales.

La literatura y los informes más actuales sugieren que, aunque la intención de hacer obligatoria la contratación pública ecológica es noble y necesaria para los objetivos del Pacto Ecológico Europeo, su aplicación mediante un enfoque horizontal y generalizado puede ser ineficaz o incluso contraproducente debido a los retos que plantean la competitividad, la discriminación, la falta de capacidad y la burocracia. Los datos sugieren que un enfoque más sectorial, que tenga en cuenta las especificidades de cada industria y sus retos de transición (como se ha visto en los ejemplos de los vehículos, las baterías, las tecnologías limpias y las industrias intensivas en energía) sea una vía más viable y eficaz para impulsar la contratación pública ecológica y la innovación verde. Además, es fundamental que la UE siga trabajando en la simplificación y armonización de su legislación, reduciendo la carga administrativa y proporcionando las herramientas y el apoyo necesarios para que las autoridades adjudicadoras y las empresas puedan navegar con éxito en la transición ecológica.

Igualmente, la Unión Europea parece cierta de las ventajas de esta forma de regulación de la economía, porque en 2022 presentó el informe sobre *Taxonomía social*¹⁰, que pretende ser una forma de garantizar que la economía se armoniza con los derechos humanos y fundamentales. En este caso, lo que se pretende es que haya inversión en políticas como habitación social, sanidad para todos y empleo para grupos vulnerables, mediante una política financiera que se denomina inversión social¹¹ y que igualmente está contemplada en las reglas sobre contratación pública. La denominada contratación social o contratación responsable, incluye la contratación no sometida a las reglas de la competencia por razones de inclusión social y que igualmente genera mucha incertidumbre a la hora de llevarla a la práctica.

En resumen, la UE se encuentra en un punto de inflexión, en el que la ambiciosa visión de una economía verde y competitiva exige no solo la definición de objetivos, sino también la adopción de estrategias pragmáticas y adaptadas a la realidad de los diferentes sectores y Estados miembros. Al igual que un director de orquesta, la Comisión Europea no puede obligar a todos los instrumentos a tocar la misma melodía al mismo ritmo desde el principio, sino que debe armonizar las diferentes partes, permitiendo que cada sección se desarrolle a su propio ritmo, al tiempo que garantiza que todos contribuyan a la sinfonía final de una economía europea más verde y competitiva.

¹⁰ Platform on Sustainable Finance, *Final Report on Social Taxonomy*, Febrero 2022 (recurso online).

¹¹ Se trata de garantizar los estándares definidos por los expertos para la sostenibilidad social: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (en inglés, «availability, accessibility, acceptability and quality» - AAAQ approach) – A. SHORT, «Interventions in hospital construction: early action for realization of human rights» in *Sustainable Public Procurement of Infrastructure and Human Rights. Beyond Public Green*, Edward Elgar, 2023, pp. 140ss (144).

REFLEXIONES ACERCA DEL ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO EUROPEO DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD

Dr. José María DE PAZ ARIAS
Abogado. Profesor Asociado Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD; 2.1. El principio de transparencia; 2.2. La diligencia debida.— 3. ACERCA DE LAS CRITICAS AL PROYECTO DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD Y ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE SIMPLIFICACION.— 4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE REFORMA Y EL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el 8 de marzo de 2018 se publica la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible (el «Plan de Finanzas Sostenibles») y el 11 de diciembre de 2019 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Pacto Verde Europeo (el «Pacto Verde»), nada parecía anticipar que apenas cinco años después se pondría en marcha un proceso de simplificación de una parte sustancial de la arquitectura regulatoria mediante la que se comenzaron a desplegar ambas comunicaciones y cuya justificación radicaría en la identificación de la normativa sobre sostenibilidad como uno de los casos más egregios de la sobrerregulación de la que se acusa a la Unión Europea y que, se alega, constituye uno de los obstáculos fundamentales para la recuperación de la competitividad de la economía europea frente a la de China y los Estados Unidos.

Aún a riesgo de caer en el pecado de elaborar juicios retrospectivos, pensamos que existen razones suficientes que justifican una revisión de la normativa de información sobre sostenibilidad (de hecho, es algo que contemplan los propios textos legales), pero siempre siendo conscientes de que una revisión mal orientada puede caer en el

puro revisionismo como herramienta de distorsión del pasado y terminar informando deficientemente el proceso de toma de decisiones por parte de las instituciones comunitarias y nacionales.

Es por ello por lo que nos parece que es útil llevar a cabo un ejercicio de contextualización adecuada del proyecto original de la normativa de información sobre sostenibilidad, de forma que podamos identificar algunos de sus defectos con el objetivo corregirlos y evitemos el riesgo de desechar lo que de valioso contiene desde un principio.

En este sentido, comenzaremos señalando los principios jurídicos fundamentales sobre los que se levantó el proyecto original de normativa de información sobre sostenibilidad, en gran medida todavía vigente, para pasar posteriormente a resumir el proceso de crítica que ha comenzado a desarrollarse con especial intensidad en este año 2025 y terminar exponiendo algunas consideraciones por nuestra parte en relación con la situación en la que nos encontramos y sus posibles consecuencias.

2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD

El Plan de Finanzas Sostenibles recoge en su página 2 lo que constituyen sus tres objetivos:

- (i) Reorientar los flujos de capital hacia inversiones sostenibles a fin de alcanzar un crecimiento sostenible e inclusivo.
- (ii) Gestionar los riesgos financieros derivados del cambio climático, el agotamiento de los recursos, la degradación del medio ambiente y los problemas sociales; y
- (iii) Fomentar la transparencia y el largoplacismo en las actividades financieras y económicas.

Posteriormente describe de forma resumida los pasos que la Comisión Europea ha diseñado para alcanzar dichos objetivos y que se han venido a concretar, en lo referente a la información sobre sostenibilidad, en una serie de instrumentos normativos, de los cuales es preciso resaltar, como los más significativos, los siguientes (referidos en orden cronológico):

- (i) Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (el «Reglamento SFDR»¹)
- (ii) Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (el «Reglamento de Taxonomía») así como sus cuatro reglamentos delegados.

¹ El acrónimo SFDR se refiere a los términos ingleses *Sustainable Finance Disclosure Regulation*. Empleamos este acrónimo por ser el de uso más común con independencia del idioma.

(iii) La Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n° 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (la «Directiva CSRD»²).

(iv) El Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión de 31 de julio de 2023 por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de la información sobre sostenibilidad (las «ESRS» o «NEIS»³).

A pesar de que se suele mencionar de forma conjunta con los anteriores, no pensamos que la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (la «Directiva de Diligencia Debida» o «Directiva CSDDD») deba encuadrarse con las anteriores ya que no se trata de una norma que regule obligaciones de información, sino el establecimiento de procesos corporativos de diligencia debida.

En relación con dichos instrumentos normativos, dos son los principios jurídicos fundamentales que los inspiran y estructuran: el principio de transparencia y el de diligencia debida.

2.1. El principio de transparencia

El rasgo común más definitorio de la normativa de información sobre sostenibilidad y, por ende, del propio concepto de las finanzas sostenibles, reside en el principio de transparencia, un principio que inspira y ordena el diseño normativo de los mercados financieros en general desde la primera mitad del siglo xx y que, por tanto, no podía dejar de estar presente también en este nuevo ámbito de las finanzas sostenibles.

Efectivamente, el Reglamento SFDR, el Reglamento de Taxonomía, la Directiva CSRD y las ESRS tienen como finalidad fundamental (aunque no única) proporcionar a los participantes en los mercados financieros la información que estos precisan para adoptar sus decisiones de inversión, en el bien entendido que esta normativa propone como punto de partida la aceptación de la siguiente asunción: existe un volumen significativo de inversión privada dispuesta a financiar inversiones orientadas a la consecución de objetivos de sostenibilidad, de forma que los reguladores deben

² El acrónimo CSRD se refiere a los términos ingleses *Corporate Sustainability Reporting Directive*. Empleamos este acrónimo por ser el de uso más común con independencia del idioma.

³ ESRS es el acrónimo de los términos ingleses *European Sustainability Reporting Standards*, traducidos al castellano como NEIS, o Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad. Utilizaremos ambos acrónimos indistintamente.

preocuparse únicamente por garantizar que los mercados dispongan de información suficiente y fiable sobre los aspectos relevantes de sostenibilidad de los proyectos económicos que compiten por la captación de dicha inversión.

De esta forma, los cuatro instrumentos normativos mencionados se centran en la ordenación del flujo de información sobre sostenibilidad a lo largo de todo su ciclo de vida: originación, presentación, difusión y actualización.

Si acudimos por un momento a las ESRS, la norma que con mayor detalle refleja la conceptualización y desarrollo del principio fundamental de transparencia en el ámbito de la información sobre sostenibilidad, observaremos cómo, en el apartado dedicado a los requisitos generales que deben exigirse a la información sobre sostenibilidad por parte de las empresas obligadas a elaborar el nuevo informe de sostenibilidad (NEIS 1.19), se establecen una serie de características cualitativas fundamentales y de mejora de la información:

- (i) Características cualitativas fundamentales: pertinencia y representación fiel.
- (ii) Características cualitativas de mejora de la información: comparabilidad, verificabilidad y comprensibilidad.

El Apéndice B de la NEIS 1 establece que una información sobre sostenibilidad es pertinente cuando (Apéndice B. NEIS 1. QC 1) «puede marcar una diferencia en las decisiones de los usuarios de acuerdo con un enfoque de doble importancia relativa» y ello con independencia de que los usuarios decidan aprovecharla o no, o ya se conozca por otras fuentes.

Por otro lado, el apartado Q5 del Apéndice B de la NEIS 1 exige que el informe de sostenibilidad represente fielmente los fenómenos que pretende representar, lo cual exige que la información que contenga sea completa, neutra y exacta.

En cuanto a las características cualitativas de mejora de la información, la comparabilidad es de una importancia fundamental en la medida en que uno de los objetivos del informe de sostenibilidad es erigirse en una herramienta que permita distinguir entre las empresas en las que invertir en función de su posición acerca de las cuestiones de sostenibilidad, ejercicio que resulta imposible de llevar a cabo si la información proporcionada no reúne dicho requisito.

Precisamente la ausencia de este valor de la comparabilidad es una de las razones del fracaso del actual estado de información no financiera y constituye una de las razones que impulsaron a la Comisión Europea a proponer la nueva regulación sobre información de sostenibilidad, tal y como se explicita en el Considerando (13) de la Directiva CSRD⁴.

Tal y como se concibe por las NEIS (NEIS 1. Apéndice B. QC 10), la comparabilidad se refiere tanto a la comparación de la información de la empresa a lo largo de

⁴ “El informe [informe de la Comisión de 21 de abril de 2021 sobre las cláusulas de revisión de las Directivas 2013/34/UE, 2014/95/UE y 2013/50/UE y el correspondiente control de adecuación relativo al marco de la UE sobre publicación de información por parte de las empresas] también señaló como problemas significativos la limitada comparabilidad y fiabilidad de la información sobre sostenibilidad.

los diferentes ejercicios durante los que formule un estado de sostenibilidad (comparabilidad interna) como a la comparación con otras empresas, ya sea con el universo de todas las empresas obligadas con independencia del sector en que operen, como más específicamente en relación con aquellas que desarrollan actividades económicas similares.

En cuanto al elemento de verificabilidad, constituye este sin duda una de las piezas clave del sistema de divulgación de información sobre sostenibilidad diseñado por la Directiva CSRD y por las NEIS.

En sentido, el enfoque de la Directiva CSRD y de las NEIS pretende alcanzar un doble objetivo:

(i) Por un lado, las NEIS imponen a las empresas una obligación (apartado QC 13 del Apéndice B de la NEIS 1) de promover la verificabilidad de la misma, lo cual debe ayudar a los usuarios alcanzar un estado de confianza en que la información es completa, neutra y exacta, es decir, que proporciona la imagen fiel de la empresa sobre las cuestiones de sostenibilidad. Dicha confianza, dice la NEIS 1, sólo se alcanza cuando la información es verificable, es decir, es posible que sea corroborada, ya sea directamente o indirectamente a través de los datos utilizados para obtenerla.

(ii) Por otro lado, la Directiva CSRD, más allá de las NEIS, incorpora un nuevo artículo 26 bis a la Directiva 2006/43/CE de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (la «Directiva de Auditoría de Cuentas»), mediante el que se estipula que los Estados miembros exigirán que los auditores legales y las sociedades de auditoría realicen la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad en los términos de las normas de verificación adoptadas por la Comisión Europea, estando los Estados miembros facultados para aplicar normas, procedimientos o requisitos nacionales de verificación mientras la Comisión no los adopte.

La última de las características cualitativas que se exigen a la información sobre sostenibilidad es el de su comprensibilidad (apartados QC 16 a QC 20 del Apéndice B de la NEIS 1). Se trata sin duda de la característica más aspiracional y de una determinación desde el punto de vista jurídico más compleja, ya que se mandata a las empresas nada más y nada menos a que redacten la información sobre sostenibilidad de forma clara y concisa, entendiéndose que una información es comprensible cuando un usuario razonablemente bien informado puede comprender fácilmente la información comunicada (apartado QC 16).

Pues bien, todas las características anteriores no son sino elementos que se conjugan alrededor del principio de la transparencia, ya que únicamente adquieren su valor y funcionalidad plena en la medida en que recaigan sobre información comunicable al conjunto de los llamados *stakeholders* o grupos de interés, entre los que figuran de forma prominente los participantes en los mercados financieros.

Desde este punto de vista, la transparencia en materias relacionadas con la sostenibilidad se alinea plenamente con el principio de transparencia en los mercados de valores regulado tanto en el Reglamento (UE) N° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado y por el que se derogó la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la propia Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

2.2. La diligencia debida

Una vez situada la transparencia en el centro del sistema de finanzas sostenibles, existe un segundo principio jurídico igualmente fundamental en la arquitectura de las finanzas sostenibles: la diligencia debida.

La diligencia debida juega un doble papel en el ámbito de la información sobre sostenibilidad:

(i) En primer lugar, y de forma más obvia, la normativa sobre sostenibilidad exige a las empresas obligadas a que informen sobre los procesos mediante los cuales, y citamos literalmente la NEIS 1.59, *«determinan, previenen, mitigan y rinden cuentas de cómo abordan las incidencias negativas reales y potenciales sobre el medio ambiente y las personas relacionadas con sus actividades»*, calificando dichos procesos como de diligencia debida.

Este es el uso más frecuente del término diligencia debida en el ámbito de la información sobre sostenibilidad y se configura como un elemento sustantivo del cual debe proporcionarse una descripción, ya que permite al usuario de la información hacerse una idea de los procesos corporativos mediante los cuales la empresa afronta la identificación, evaluación y tratamiento de las cuestiones de sostenibilidad. En este sentido, se trata de un ámbito a describir de la misma forma que se hace con la estructura de gobernanza, el nivel de emisiones de gases de efectos invernadero o el impacto de la actividad de la empresa en la biodiversidad, la calidad del agua, etc.

(ii) En segundo lugar, dado que nos encontramos ante una cuestión novedosa y envuelta en muchas incertidumbres y puesto que las empresas se ven compelidas a proporcionar información que cumpla, como hemos visto, con la característica cualitativa de representación fiel, aunque reconociendo la existencia de dificultades, las propias ESRS contemplan la posibilidad de proporcionar información que, siendo exacta, no sea perfectamente precisa en todos los aspectos (NEIS 1. Apéndice B. QC 9) y, en este sentido, señalan que *«una información exacta implica que la empresa ha realizado procesos y controles internos adecuados para evitar errores o incorrecciones de importancia relativa»*.

Este segundo uso se ajusta también al criterio de la diligencia debida en la medida en que es la propia existencia de un procedimiento apropiado de recogida de información sobre sostenibilidad lo que hace que esta, dentro de ciertos límites, pueda considerarse como exacta.

En última instancia, ambos conceptos y el propio uso del término diligencia debida deben entenderse sobre la base del deber fiduciario de cuidado al que debe ajustar su conducta el administrador de una sociedad de capital tal y como se recoge en el

artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ello sin embargo, es importante mencionar aquí que, en relación con la comunicación de la información sobre sostenibilidad, la existencia de procesos internos adecuados para recoger y comunicar la misma no es suficiente para calificarla como exacta y, por tanto, para cumplir con el criterio cualitativo de representación fiel, ya que la propia NEIS 1.Apéndice B. QC 9 contiene una serie de condiciones para considerar asumible un error en la formulación de tal información, entre las cuales que «la información objetiva no contenga errores de importancia relativa», que «las descripciones sean precisas» (incurriendo las NEIS en este punto en una argumentación circular), que «no se hayan cometido errores de importancia relativa en la selección y aplicación de un proceso adecuado para elaborar una estimación, aproximación o previsión y las aportaciones a dicho procesos sean razonables y fundamentadas» y las afirmaciones «sean razonables y se basen en información de calidad y en cantidad suficiente». No nos detendremos aquí en el análisis de estas condiciones, lo cual ya hemos abordado en otros trabajos⁵.

3. ACERCA DE LAS CRITICAS AL PROYECTO DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD Y ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE SIMPLIFICACION

En septiembre de 2024 un grupo de expertos designados por la Unión Europea y dirigidos por Mario Draghi publicó el documento «*The Future of European Competitiveness*» (el «Informe Draghi») en el que se analizaban las causas de la crisis de productividad en los países de la Unión y se proponían medidas para contrarrestar el declive de Europa en relación con los Estados Unidos y China, fundamentalmente.

De las tres principales áreas de acción que señala el Informe, la segunda es la implementación de un plan conjunto de descarbonización y competitividad.

El Informe Draghi señala que las empresas europeas afrontan unos costes de energía entre 2 y 3 veces superiores a los de las compañías estadounidenses y que la razón fundamental para ello es la falta de recursos naturales y la ausencia de un mercado común de la energía. En este contexto, a medio plazo la descarbonización permitirá generar fuentes de energía limpias y baratas, aunque los combustibles fósiles seguirán jugando durante un tiempo un papel importante en el mix energético.

El Informe Draghi señala literalmente (Part A. A competitiveness strategy for Europe, pág. 37):

«Europe must confront some fundamental choices about how to pursue its decarbonisation path while preserving the competitive position of its industry. Balck—and—White solutions are unlikely to be successful in the European context».

⁵ «Las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad. Un primer análisis de la NEIS 1». *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, no. 11, Mayo 2024, pp. 52 y ss

Y más adelante (Part B. In-Depth analysis and recommendations, pág. 19):

«The decarbonisation of the energy system is an opportunity for the EU in reducing its dependence on fossil fuels to ensure its competitiveness, the affordability and security of supply».

El Informe Draghi, por tanto, no refuta el desarrollo de las energías verdes, política que está en el centro de la Agenda Verde Europea, pero sitúa el énfasis no únicamente en la lucha contra el cambio climático, sino en la necesidad de construir y defender la soberanía energética de la Unión en un escenario de fragmentación de las cadenas mundiales de suministro y en el contexto de la falta de yacimientos de hidrocarburos en el territorio europeo.

Así, el Informe Draghi no adopta una visión rígida de la lucha contra el cambio climático, sino que asocia la descarbonización con el fomento de la competitividad europea. Pero partiendo de la necesidad de adoptar medidas que fomenten la competitividad de la economía europea, el Informe Draghi critica duramente el impacto negativo del exceso de regulación generado por la Unión Europea.

Su crítica es especialmente aguda en el ámbito de la sostenibilidad, defendiendo la necesidad de simplificar las normas que regulan las finanzas sostenibles en Europa, entre las cuales:

— La Directiva CSRD, la cual establece la obligación de elaborar un informe de sostenibilidad mucho más detallado que el antiguo estado de información no financiera.

— El Reglamento de Taxonomía, desarrollado a través de actos delegados que establecen criterios técnicos de selección muy complejos a la hora de definir qué son actividades económicas medioambientalmente sostenibles.

— El Reglamento SFDR, el cual obliga a los participantes en los mercados financieros a manifestar su posición en cuanto a la integración de criterios de sostenibilidad en sus actividades.

Es preciso señalar que esta posición del Informe Draghi no constituye una absoluta novedad en el ámbito de la Unión, sino que de hecho cataliza críticas expresadas ya por diferentes gobiernos y grupos de interés, los cuales han manifestado que la Agenda Verde Europea plantea problemas relacionados con su falta de flexibilidad en cuanto a los plazos de implementación, su excesivo detalle no exento de obscuridad y dificultades interpretativas y la carga y costes excesivos que impondrían a las empresas europeas, especialmente a las pequeñas y medianas empresas.

La preocupación última de la que el Informe Draghi se erige en portavoz autorizado es la de que la Agenda Verde se ha desplegado con una visión maximalista de sus objetivos, una especie de juego de todo o nada enfocado en el cumplimiento de los objetivos de descarbonización en 2050, sin ser sensible a los efectos perjudiciales que ello puede tener en la capacidad de las empresas europeas para competir con otras compañías cuyos países de origen no aplican requerimientos de sostenibilidad tan estrictos.

Así, el Consejo Europeo de abril de 2024 (anterior al Informe Draghi) ya había expresado su preocupación acerca de los efectos no deseados de la Agenda Verde y, en este sentido:

— Hizo hincapié en la necesidad de garantizar la competitividad, prosperidad y liderazgo de la economía de la UE en el panorama mundial y, en consecuencia, de impulsar una transición competitiva de la UE hacia la neutralidad climática.

— Reconoció la necesidad de establecer un nuevo pacto para la competitividad europea, solicitando a la Comisión Europea que «reduzca considerablemente la carga administrativa y normativa que pesa sobre las empresas y las autoridades nacionales, que no caiga en un exceso de regulación y que garantice el cumplimiento de las normas de la UE», destacando la importancia de una aplicación oportuna y correcta de la legislación de la UE por parte de los Estados miembros que evite la sobrerregulación.

El 8 de noviembre de 2024 y en el marco de una reunión informal del Consejo Europeo se pacta una declaración (la Declaración de Budapest) en la que los líderes europeos reafirman su compromiso con la renovación y descarbonización de la industria de la Unión, pero al mismo tiempo plantean iniciar una revolución de la simplificación, asegurando un marco regulador claro, sencillo e inteligente para las empresas y reduciendo drásticamente las cargas administrativas y reglamentarias y las que conlleva la presentación de información.

En concreto, la Declaración de Budapest requiere a la Comisión Europea para que fije sin demora propuestas concretas sobre la reducción de los requisitos de información en al menos un 25 por 100 en el primer semestre de 2025.

El 17 de diciembre de 2024 los Ministros Federales de Finanzas, Asuntos Económicos y Acción Climática, Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania envían una comunicación a la Comisión en la que apoyan el denominado «*Omnibus Simplification Package*» y proponen a los comisarios una simplificación sustancial del contenido de la Directiva CSRD y del Reglamento de Taxonomía.

El 3 de enero de 2025, el canciller alemán, Olaf Scholz, dirige una carta a Úrsula Von der Leyen apoyando la comunicación de sus ministros y solicitando que se retrase la aplicación del sistema de reporting de información sobre sostenibilidad contenido en la Directiva CSRD.

El 13 de enero de 2025, la Presidencia Polaca publica una nota en la que manifiesta que el marco regulatorio y de reporting de sostenibilidad de la Unión Europea es uno de los mayores impedimentos para el crecimiento de las empresas y está afectando a las perspectivas de inversión en Europa.

El 29 de enero de 2025 se publica la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones sobre un «*Competitiveness Compass for the EU*» (el «*Competitiveness Compass*»). En este documento la Comisión identificaba tres factores relevantes para la dinámica de productividad europea:

(i) El gap de innovación de la Unión Europea frente a los Estados Unidos y China.

(ii) La transición a una economía climáticamente neutral y el impacto de precios de la energía más altos y más volátiles en relación con los competidores internacionales.

(iii) La incertidumbre en relación con un contexto geoeconómico y de seguridad cambiante en que las cadenas de suministro globales son frágiles y en que la excesiva dependencia europea de fuentes de suministro internacionales se convierte en una vulnerabilidad.

En este contexto, el *Competitiveness Compass* abogaba por la simplificación regulatoria (*cutting red tape*) a través del denominado «*Omnibus Simplification Package*» y la adopción de un «*Clean Industry Deal*» en que se alcance el objetivo de descarbonización mediante la aplicación de políticas industriales, de competencia y de comercio internacional adecuadas.

Tal y como se había anunciado en el *Competitiveness Compass*, el 26 de febrero de 2025 la Comisión Europea publicó el primero de los paquetes de propuestas legislativas de simplificación («Ómnibus I»).

Entre otras cosas, este primer paquete incluye propuestas de modificación de varios instrumentos fundamentales en el marco normativo en materia de información sobre sostenibilidad de la Unión Europea: Directiva CSRD y Reglamentos Delegados de Taxonomía.

En la estimación de la Comisión, si este primer paquete Ómnibus se aprobase en su integridad, se generarían un ahorro anual en costes administrativos de alrededor de 6.300.000 millones de Euros y se movilizaría capital adicional público y privado en un importe aproximado de 50.000.000 millones. Asimismo, dejarían de estar obligadas a reportar bajo la CSRD alrededor del 80 por 100 de las sociedades actualmente sujetas.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que el proceso legislativo para simplificar el marco normativo de la Unión Europea en materia de sostenibilidad no se ha cerrado, por lo que habrá que seguir de cerca las negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo con vistas a la elaboración de los textos finales, esperemos que a lo largo de este mismo año 2025 o la primera parte de 2026.

De conformidad con Ómnibus I⁶, sólo estarían obligadas a presentar información sobre sostenibilidad las empresas que cumplan con los siguientes requisitos, de forma cumulativa, durante el ejercicio fiscal previo a la publicación del informe:

- (i) que hayan tenido una media de más de 1.000 empleados; y
- (ii) que cuenten un volumen neto de la cifra de negocios superior a 50 millones de euros o, alternativamente, con un activo total superior a 25 millones de euros.

⁶ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements

Asimismo, Ómnibus I propone que las sociedades obligadas bajo la nueva CSRD no exijan a las empresas de su cadena de valor con menos de 1.000 empleados ninguna información más detallada que la especificada en las Normas Voluntarias. Con ello se pretende evitar el efecto «goteo» (esto es, el fenómeno por el que las grandes empresas imponían a sus socios más pequeños requisitos de información casi idénticos a los que ellas mismas estaban sujetas).

La Propuesta suprime la obligación de la Comisión de adoptar normas sectoriales de presentación de información sobre sostenibilidad antes de junio de 2026 prevista en el texto de la Directiva CSRD.

Muy significativamente, Ómnibus I elimina también la obligación de que la Comisión adopte normas de verificación razonable de la información sobre sostenibilidad para el año 2028. En su lugar, se propone que la Comisión elabore directrices de verificación limitada de la información sobre sostenibilidad durante el año 2026. Estas directrices abordarían cuestiones relativas a la planificación, la evaluación de riesgos y la metodología, sin aumentar los estándares de verificación. Este cambio refleja un esfuerzo por contener los costes derivados del cumplimiento normativo con las directrices de la Directiva CSRD para las empresas, en consonancia con las reiteradas peticiones de las partes interesadas de que elevar los estándares de verificación de la información sobre sostenibilidad a una verificación razonable podría haber creado costes de auditoría desproporcionados.

Asimismo, Ómnibus I contempla posponer la segunda y la tercera «oleadas» de aplicación de la Directiva CSRD (relativa a grandes empresas y PYMEs que deberían elaborar sus informes de sostenibilidad durante los ejercicios 2025 y 2026, respectivamente). De esta forma, se evitaría que dichas empresas incurran en los costes y en la carga administrativa que supone cumplir con las disposiciones de la Directiva CSRD para, posteriormente, y en caso de que se acabe aprobando Ómnibus I, quedar exentas la obligación de elaborar y formular sus informes de sostenibilidad. En este sentido, el 16 de abril de 2025 el Diario Oficial de la Unión Europea publicó la Directiva (UE) 2025/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de abril de 2025 por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresa (la Directiva «Stop-the Clock») que postpone en dos años la aplicación de la Directiva CSRD.

En relación con el Reglamento de Taxonomía, se introduce un régimen de «opt-in» para empresas con más de 1.000 empleados y menos de 450 millones de Euros de facturación y que no consideren que sus actividades estén alineadas con los criterios de sostenibilidad medioambiental de la Taxonomía Europea, de forma que podrán decidir no reportar esta información.

Con el objeto de reducir la carga administrativa, Ómnibus I propone que las empresas obligadas a informar bajo la Taxonomía Europea puedan no evaluar su alineamiento con los objetivos de sostenibilidad medioambiental a aquellas actividades

que no sean materiales, entendiéndose por tales las que generen menos del 10 por 100 de los ingresos o supongan menos del 10 por 100 del CAPEX o el 25 por 100 del OPEX (en este caso en relación con las no-financieras) o el valor acumulado de los activos sea menor al 10 por 100 en el denominador del Ratio de Activos Verdes en el caso de las empresas financieras.

Asimismo, en relación con las empresas financieras, se excluyen del denominador de los KPIs las exposiciones a empresas con un número de trabajadores inferior a 1.000 personas hasta que la Comisión haya revisado el Reglamento Delegado 2021/2178 sobre el contenido de la información a divulgar respecto de las actividades económicas sostenibles desde un punto de vista medioambiental.

En relación con los ESRS, el 27 de marzo de 2025, la Comisaria de Servicios Financieros y de la Unión de Ahorros e Inversiones, María Luís Albuquerque mandató a EFRAG, el grupo de expertos que asesoran a la Comisión Europea, entre otras cuestiones, en materias de información sobre sostenibilidad, para que procediese a la revisión de los ESRS con el objeto de reducir el número de requisitos de información (*data points*) obligatorios mediante un proceso de (i) eliminación de los requisitos considerados menos importantes para el propósito general de la información sobre sostenibilidad; (ii) priorización de los requisitos de información cuantitativos sobre la narración; y (iii) distinción más profunda de requisitos obligatorios y voluntarios. Al mismo tiempo le requirió que clarificase el contenido del clausulado de las ESRS.

En ejecución de este mandato, en julio de 2025 EFRAG ha publicado una propuesta de modificación de las ESRS cuyo proceso de información pública termina en septiembre de este mismo año con el objeto de entregar una propuesta de revisión final a la Comisión Europea en noviembre.

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE REFORMA Y EL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE LA NORMATIVA DE INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD

Ateniendo todo lo dicho hasta ahora y si consideramos la normativa de información sobre sostenibilidad en su conjunto, es razonable sostener que la misma resulta ser bastante ortodoxa desde el punto de vista de su alineamiento con la normativa reguladora de los mercados financieros y ciertamente liberal en el sentido de que únicamente pretende facilitar la toma de decisiones de los inversores a la hora de poder seleccionar aquellos proyectos que se encuentren correctamente alineados con los objetivos políticos de sostenibilidad formulados por la Unión Europea (a estos efectos, véase el artículo 9 del Reglamento de Taxonomía).

La polémica, por tanto, no se plantea en relación con el propósito de alimentar de información relevante sobre sostenibilidad a los participantes en los mercados de forma que estos puedan tomar decisiones pertinentes (se trata de un objetivo valioso *per se*), sino en la forma en la que se ha formalizado esta herramienta de transparencia.

En este sentido, el pecado original de la Comisión Europea fue el de ser demasiado ambiciosa en el ejercicio de transparencia y en pretender conseguir sus objetivos últimos en un plazo extraordinariamente corto: dado que el objetivo es (o quizás ya era) el de conseguir en 2050 una economía europea con emisiones netas cero la Comisión impulsó un proceso desbocado de producción normativa y de implementación acelerada que ciertamente tendió a ignorar la dificultad intrínseca que para los operadores empresariales y jurídicos iba a suponer entender primero y aplicar después todo este nuevo *corpus* de reglas.

Así, se han producido situaciones tan chocantes como que el Reglamento SFDR venga a exigir a los participantes en los mercados de valores que incorporen a sus políticas de inversión y a su relación con clientes información acerca de cómo integran las cuestiones de sostenibilidad en su estrategia, las incidencias adversas en materia de sostenibilidad en relación con los productos financieros y que clasifiquen estos en función de cómo se relaciona con los objetivos de sostenibilidad, todo ello antes de que entrase en vigor el Reglamento de Taxonomía y se haya finalizado la trasposición de la Directiva CSRD, herramientas que precisamente tienen por objeto proporcionar a los mismos participantes en los mercados la información pertinente sobre las cuestiones de sostenibilidad.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta el volumen y densidad ciertamente notables de las reglas contenidas en las versiones actuales de los Reglamentos Delegados del Reglamento de Taxonomía y en las propias ESRS. Nos encontramos ante cientos de páginas que han sido publicados con una escasísima labor pedagógica y explicativa por parte de su promotor principal, la Comisión Europea.

Adicionalmente tampoco debe ignorarse que las personas llamadas a facilitar a las empresas la interpretación y aplicación de la nueva normativa, y con ello me refiero no tanto a los equipos internos como a los asesores externos (abogados, consultores y auditores), no han estado probablemente a la altura de las circunstancias en el sentido de desarrollar el trabajo profundo y sistemático que requiere la interpretación de la nueva normativa de información sobre sostenibilidad, aunque quizás la razón última de esta falta no haya sido tanto imputable a estos profesionales como al diseño deficiente del proceso de despliegue de la regulación y la fijación de objetivos de cumplimiento imposible en los plazos fijados.

Al margen de consideraciones ideológicas, que no son objeto de este artículo pero que sin duda tienen un impacto muy relevante en el actual proceso de revisión de la normativa de información sobre sostenibilidad, soy de la opinión de que las circunstancias señaladas han provocado un notable perjuicio en la percepción sobre la legitimidad de la normativa de información sobre sostenibilidad y han proporcionado argumentos (razonables) a los sostenedores tanto de la necesidad de llevar a cabo una reforma de la normativa (como es mi caso) como de su pura y llana supresión o reducción a un mero e irrelevante formalismo.

El proceso de simplificación contenido en el primer paquete Ómnibus elaborado por la Comisión Europea se ha desencadenado en un momento muy particular,

influido sin duda por las consideraciones vertidas en el Informe Draghi y probablemente acelerado por el resultado de las elecciones presidenciales estadounidenses (o la anticipación del resultado de estas), un momento en que la percepción pública del mensaje (la simplificación) resultaba quizás más relevante que el contenido de la propuesta de reforma.

En relación con dicho contenido, las críticas han sido múltiples y desde muy diferentes puntos de vista, como no podía ser menos. En términos generales, la crítica más común desde el punto de vista de quienes se oponen a la misma desde la defensa de los textos ya aprobados es la de que se trata de una reforma precipitada, poco elaborada, no contrastada con los grupos de interés afectados e, incluso, contraproducente desde el punto de vista de las empresas, especialmente de aquellas que han comprometido recursos sustanciales en la elaboración de la información sobre sostenibilidad conforme a los parámetros vigentes. Desde el punto de vista contrario, la reforma se presenta como insuficiente y se urge a «desregular» con mayor intensidad.

Como se ha dicho al comienzo del artículo, no es la pretensión de este breve trabajo el de llevar a cabo un análisis sistemático de los problemas existentes en la normativa de información sobre sostenibilidad ni de las propuestas de reforma, pero sí creo que es preciso no perder de vista una cuestión fundamental que debería ocuparnos más tiempo y energía, quizás, que el debate acerca de si el impacto de la simplificación es del 25 por 100 de la carga regulatoria existente o no, y que no es otro que el reconocimiento (uno está tentado de llamarlo la evidencia) de que tanto las empresas europeas como los demás participantes en los mercados financieros europeos (muy notablemente las entidades de crédito) necesitan y van a seguir necesitando disponer de datos fiables sobre las cuestiones de sostenibilidad que les afectan, datos que proporcionan información tanto sobre las propias incidencias, riesgos y oportunidades, como sobre la posición de empresas competidoras, preferencias de los mercados, impactos de los efectos negativos del cambio climático (o, si no se comparte este término, de fenómenos climáticos extremos y su previsibilidad), etc., etc.

La normativa europea de información sobre sostenibilidad pretende, en primer lugar, facilitar el proceso de construcción de este flujo de datos, permitiendo su comparabilidad al generar obligaciones de información homogéneas y legibles a partir de la construcción de un consenso sobre el contenido de los términos usados al describir los fenómenos, y, en segundo lugar, garantizar la accesibilidad a los mismos por parte de todos los participantes, de forma que estos datos fiables y comprensibles, puedan ser utilizados de forma universal por aquellos que los necesiten.

Si este flujo de datos no es ordenado a través de un esquema regulatorio viable, se generará y circulará por otros canales en los que no estará garantizado el libre acceso a la información y en los que la garantía de solvencia técnica de la información elaborada será sólo una variable más a la hora de contratar servicios de generación y difusión de los datos sobre sostenibilidad.