REVISTA GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ISSN 1696-9650

DIRECTOR
Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

SUBDIRECTOR
Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2015

N.º 62 ENERO 2023

ESTUDIOS

- Algoritmos, inteligencia artificial y policía predictiva del estado vigilante.
  Algorithms, artificial intelligence and predictive policing of the surveillance state (RI §425794)
  Ricardo Rivero Ortega
  Los algoritmos y la inteligencia artificial están transformando la vigilancia preventiva de la policía. Cada vez más instituciones y juristas señalan los riesgos de estas herramientas por sus sesgos, pero lo cierto es que los Estados contemporáneos no pueden prescindir de las nuevas tecnologías para proteger la seguridad. Esta contribución explica las garantías reales que pueden evitar los abusos en su aplicación para el cumplimiento de la Ley.

- Una historia jurídica de la lucha frente a la pandemia de la COVID-19.
  A legal history of the fight against the COVID-19 pandemic (RI §425782)
  Vicente Álvarez García
  La llegada de la pandemia de la Covid-19 ha puesto a prueba el Derecho del que disponemos en España para hacer frente a las crisis extremas de salud pública.

  En este contexto, el autor explica, en primer lugar, los mecanismos que para tal fin existen tanto en el plano de nuestro Derecho constitucional de emergencia como en el ámbito de la legislación sanitaria.

  En segundo lugar, analiza cómo se ha aplicado el estado de alarma y los problemas de constitucionalidad que se han presentado con su utilización.

  En tercer lugar, estudia la manera en la que se ha empleado la mínima legislación de salud pública con la que contamos en nuestro país para hacer frente a epidemias y pandemias, que se reduce, realmente, a una cláusula general que habilita a las autoridades sanitarias para la adopción de las medidas sanitarias que pudieran ser necesarias para hacer frente a las enfermedades de carácter transmisible, para explicar, finalmente, los problemas jurídicos que se han derivado de la aplicación efectiva de dicha cláusula general.

- La cultura del procedimiento administrativo: orígenes y razones de fondo.
  Culture of administrative procedure: origins and underlying grounds (RI §425789)
  Luis Medina Alcoz
  En la Europa del siglo XIX, el proyecto de liquidación de la vieja sociedad corporativa en beneficio de la naciente Administración exigía conservar y desarrollar la caracterización multisecular de lo gubernativo como vía expeditiva de toma de decisiones, como autoridad interior sustraída a las lógicas procesales y a las exigencias formales del juicio contradictorio. No había espacio para un verdadero “procedimiento administrativo”, pues el objetivo era levantar una Administración ágil que pudiese decidir espontáneamente lo que conviene al interés general sin sujeción a la vieja matriz jurisdiccional. Sin embargo, hubo en España un gradual desarrollo jurisprudencial, académico y normativo del procedimiento administrativo, sin igual en Europa: doctrina contencioso-administrativa sobre el derecho al trámite y el vicio formal de orden público, movimiento favorable a la codificación, proposiciones de ley reguladora del procedimiento administrativo, teoría del procedimiento administrativo de Santamaría de Paredes... Frente a aquella concepción general, matizando o desmintiendo la identificación de lo gubernativo con una acción expeditiva exenta de las trabas

propias del juicio, despegó una tendencia formalizadora que culminará con la Ley Azcárate de 19 de octubre de 1889 de bases del procedimiento administrativo (con sus reglamentos de desarrollo). El objetivo del presente estudio es, justamente, ilustrar este fenómeno, en buena medida desconocido, así como esbozar una aproximación general a las razones de que tal cultura germinara precisamente en España a lo largo del siglo XIX.

- Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas: una crítica de la jurisprudencia constitucional.
  The principles of legality and proportionality and the margin of appreciation in order to individualize administrative sanctions: critical remarks on the constitutional jurisprudence (RI §425851)
  Gustavo Manuel Díaz González
  El presente trabajo persigue ofrecer un análisis crítico de las principales resoluciones del Tribunal Constitucional español en relación con los parámetros de validez aplicables a la normativa reguladora de la determinación de las sanciones administrativas. Los criterios de enjuiciamiento perfilados sobre la base, en concreto, del principio de proporcionalidad resultan claramente insuficientes pese al intento del Tribunal de incorporar al mismo contenidos que, en nuestra opinión, hallarían un encaje más adecuado en otros estándares constitucionales -singularmente, en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos-. En este sentido, la reciente Sentencia 74/2022, de 14 de junio, ha venido a confirmar, de una parte, la tradicional comprensión restrictiva del control que compete efectuar al Tribunal al mismo tiempo que, de otra, se aparta de la doctrina constitucional en algún punto clave, sin incorporar una motivación específica al respecto.

- Nulidad de contratos del sector público e indemnización de lucro cesante.
  Nullity of public sector contracts and compensation for loss of profits (RI §425783)
  Ignacio Calatayud Prats
  El artículo tiene por objeto analizar si es posible, y en que supuestos procede, una indemnización en concepto de lucro cesante cuando se produce la declaración de nulidad de un contrato del sector público, como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato. En el artículo se concluye que en aquellos supuestos en los que la declaración de invalidez se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible, la obligación se transforma en una obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida en la cual se incluye el beneficio industrial que el contratista pretendía percibir, lo que equivale al lucro cesante. Del mismo modo, el artículo concluye que en aquellos supuestos en los que el contratista no ha cumplido con la prestación (el contrato se anula bien cuando la prestación no se ha realizado bien cuando se ha realizado parcialmente por la parte de la prestación no realizada) la indemnización cubrirá el lucro cesante consistente en las ganancias dejadas de obtener en relación a la pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros y, en casos de dolo de la Administración el lucro cesante consistente la pérdida de las ganancias que el actor esperaba obtener del contrato declarado inválido.

- Una revisión de los fundamentos jurídico-públicos para la regulación del envasado de los vinos de calidad a raíz de la polémica surgida con el formato “bag in box” en el marco de Jerez.
  A review of the public legal basics for the regulation of quality wines packaging due controversy of the “bag in box” format in the marco de Jerez” (RI §425852)
  Manuel Ceballos Moreno
  Ante la práctica ausencia en la normativa común del sector vitivinícola de previsiones expresas acerca de la regulación de los tipos y materiales de los envases para la venta de los vinos de calidad, en el presente trabajo se aborda un estudio de los fundamentos legales del orden administrativo que hoy en día pudieran constituir un marco jurídico-público de mínimos para la diversidad de soluciones que a tal efecto contienen los reglamentos específicos de las respectivas denominaciones de origen. En este sentido y a raíz de la polémica surgida en el Marco de Jerez con el tipo de envase conocido como bag in box para la comercialización de los vinos amparados por la Denominación de Origen Protegida “Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda”, nos detendremos particularmente en un análisis de los argumentos a partir de los cuales tanto en los acuerdos adoptados al efecto por su Consejo Regulador como en las posteriores resoluciones judiciales confirmatorias de aquéllos, se ha podido determinar la prohibición del uso de dicho formato de envase alternativo a la tradicional botella de vidrio cuando es la propia norma específica de la institución la que contempla dicha posibilidad. Se trata pues de encuadrar jurídicamente los fundamentos de tal restrictiva medida no sólo en el marco del reglamento particular de la denominación protegida y en las escasas determinaciones contenidas en la legislación vitivinícola comunitaria, sino de confrontarla, de igual modo, con el conjunto de las requisitos básicos establecidos en la normativa general de envasados y, de manera paralela, con los más elementales principios que deben regir hoy en día el buen funcionamiento de los mercados (libertad empresarial, unidad de mercado, sostenibilidad, el principio de proporcionalidad de la intervención administrativa para el desarrollo de una actividad económica, el deber de utilizar la mejor tecnología disponible etc.) y que unas decisiones como las adoptadas podrían, a priori, obstaculizar o condicionar.

- Hacia una renovada protección del paisaje ordinario.

Towards a renewed protection of the ordinary landscape (RI §425784)

Carmen Fernández Rodríguez

En el año 2000 comienza en nuestro país el tiempo de la protección de la percepción del paisaje, más allá de los valores materiales que incorpora, pero la permeabilidad del ordenamiento jurídico sectorial autonómico y local no va de la mano de las primeras leyes autonómicas del paisaje, por lo que el papel de la jurisprudencia en la aclaración de la naturaleza de la protección paisajística está teniendo especial relevancia más allá de los vacíos normativos y de la legislación sectorial que el paisaje atraviesa dado su carácter transversal.

- La “irresponsabilidad” civil de Jueces y Magistrados.
  The civil "irresponsibility" of Judges and Magistrates (RI §425785)

  Ana I. Fortes González

  La modificación de la Ley Orgánica del Poder judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, supuso un cambio sustancial en la regulación de la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados de dudosa constitucionalidad. La nueva regulación eliminó la responsabilidad civil directa que los particulares podían exigir a los Jueces y Magistrados, reconduciendo dicha responsabilidad a la genérica fórmula de la responsabilidad del Estado por error judicial o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo que ya sólo “pueden responder”, en vía de regreso. Precisamente la configuración legal de dicha vía de regreso, que exige un reconocimiento previo del dolo o culpa grave en una sentencia o en una resolución del Consejo General del Poder Judicial, es todo un despropósito sobre cuya interpretación ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. En este trabajo se pone de manifiesto cómo dicha vía de regreso es prácticamente inviable lo que lleva a plantear la posible inconstitucionalidad del sistema ya que ya que, por mandato del art. 117.1 de la Constitución, los Jueces y Magistrados deben responder personalmente.

- Subvenciones a la cooperación internacional como técnica de fomento y desarrollo.
  Subsidies to international cooperation as a development technique (RI §425786)

  Julián Garrán Díaz

  Este texto pretende sintetizar y conceptualizar la actividad subvencional dirigiéndola hacia la cooperación al desarrollo, principal instrumento de la cooperación internacional. Con este ejercicio conceptual se presta un análisis a los elementos que componen a las subvenciones en el ámbito de la cooperación ofreciendo una perspectiva sobre parcelas de mejora tanto al desarrollo como a sus procesos de elaboración.

  En nuestro país gran parte de la estructura económica financiera del denominado tercer sector, asociaciones, fundaciones y ONG se constituyen y fundamentan su actividad gracias a la financiación pública. Esto supone todo un abanico de luces y sombras en los que confluyen, planes estratégicos, legislación, voluntades políticas y proyectos de cooperación internacional que siguen sus propias dinámicas metodológicas erigiéndose casi como un acervo.

  Es por por esta razón que las actuaciones y actividades desarrolladas y que emergen de esta actividad subvencional merecen un análisis integral y sucinto que ayude a comprender el marco general de estas dinámicas y sus posibles mejoras.

- Responsabilidad en el ámbito farmacológico y sanitario. Alcance de la cláusula de progreso en etapa COVID.
  Liability in the pharmacological and sanitary field. Scope of the progress clause in the COVID stage (RI §425787)

  Yolanda Hernández Villalón

  La relevancia de la cláusula de exención de responsabilidad patrimonial cuando se utilicen productos famacológicos, especiales efectos en la pandemia derivada del SARS-Covid19.

- Potestad sancionadora en materia de turismo y exoneración de la responsabilidad de las plataformas de alojamiento colaborativo.
  Punishment authority in tourism and execution from liability of collaborative accommodation platforms (RI §425788)

  Antonio Marti del Moral

  El carácter disruptivo de las plataformas de alojamiento colaborativo se manifiesta en la economía y en el derecho en numerosos casos y, en concreto, en el ejercicio de la potestad sancionadora de las comunidades autónomas en materia de turismo frente a las plataformas digitales. Así abordamos una materia que ha dado lugar a un debate jurisprudencial con resoluciones contradictorias y que ha finalizado con la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo que supera las fronteras entre el derecho privado y el derecho público, aplicando de forma conjunta la normativa de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la normativa sectorial del turismo las comunidades autónomas, competentes según la legislación de turismo, han sancionado con frecuencia a las plataformas de alojamiento colaborativo (Airbnb, homeaway) con multas económicas y

órdenes de bloqueo de su actividad por la infracción de difundir en la web anuncios de las viviendas con fines turísticos sin publicar el número de inscripción en el registro autonómico. Los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Baleares han confirmado las sanciones alegando motivos basados exclusivamente en la legislación autonómica de turismo. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2019 ha determinado de forma innovadora que las actividades de airbnb constituyen un servicio de la sociedad de la información, un prestador de servicios intermediarios de alojamiento de datos, y no un agente inmobiliario, según la directiva 31/2000 de 8 de junio del comercio electrónico. Esta sentencia ha sido clave para cambiar la doctrina jurisprudencial anterior. La sentencias del Tribunal Supremo 1818/2020 de 30 de diciembre y la sentencia del Tribunal Supremo 2/2022 de 7 de enero han declarado que los prestadores de servicios intermediarios no están sujetos de forma directa a la normativa sectorial en materia de responsabilidad sino a la propia de estos servicios. Por ello han anulado las sanciones administrativas mencionadas impuestas a las plataformas, por ser contrarias al régimen de exoneración de la responsabilidad previsto en la directiva de comercio y en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. La jurisprudencia del tjue y del TS ha sido clave para garantizar el principio de seguridad jurídica en la configuración jurídica de las actividades que realizan las plataformas en el sector de las viviendas de uso turístico.

- La relocalización alimentaria: vector en la transición ecológica del derecho agroalimentario.
  Food relocalisation: vector in the ecological transition of agri-food law (RI §425790)
  Marta J. Muñoz Gómez
  Los sistemas alimentarios locales han sido impulsados por la sociedad civil como alternativa ecológica al sistema alimentario dominante. La crisis ambiental, así como el reconocimiento institucional de dichas alternativas alimentarias, han empujado al legislador francés a positivizar la relocalización alimentaria en el artículo 111-2-2 del Code Rural bajo el nombre de projet alimentaire territorial. Con ánimo de contribuir a la transición ecológica del derecho agroalimentario, el presente trabajo realiza un análisis jurídico de los projets alimentaires territoriaux como instrumento que ambiciona abarcar la protección ambiental en todas las fases de la cadena alimentaria. El objetivo fundamental es dar a conocer este novedoso instrumento jurídico de relocalización alimentaria, así como su profundo vínculo con la legislación francesa contra el cambio climático.

- Fusión obligatoria de municipios en España: una asignatura pendiente en la gobernanza local.
  Mandatory merger of municipalities in Spain: a pending subject in local governance (RI §425791)
  David Ortega Gutiérrez
  Se analizan las causas y consecuencias del inmovilismo en el fragmentado mapa municipal español en contraste con la mayor parte de los países de nuestro entorno europeo. Se estudia, después de casi una década de funcionamiento, el resultado de la Ley 27/2013 que buscaba la racionalización y sostenibilidad de la Administración local y los escasos supuestos de fusión voluntaria que se han dado. Por último, se valora la opción de la fusión obligatoria de municipios como el camino más razonable para racionalizar y dotar de alguna eficacia el funcionamiento de nuestra administración local.

- Interoperabilidad e intercambio de datos entre administraciones públicas.
  Interoperability and data exchange between public administrations (RI §425792)
  Juanita Pedraza Córdoba
  La interoperabilidad es un principio basal de la administración electrónica y, por ende, del mercado único digital. En este trabajo se analiza el alcance del principio y los presupuestos jurídicos sobre los que está cimentada su efectividad, en el marco de una acción concreta de tratamiento de datos (personales o no personales): el intercambio de información entre administraciones públicas.

- La hiperconectividad telemática de los profesionales jurídicos y colaboradores en la gestión pública y su derecho a la desconexión digital y la conciliación laboral y familiar. La permanente posibilidad de remisión y recepción de información 24/7, ¿derecho u obligación?.
  The telematic hyperconnectivity of legal professionals and collaborators in public management and their right to digital disconnection and reconciliation of work and family life. The permanent possibility of sending and receiving information 24/7, a right or an obligation? (RI §425795)
  Alicia Rodríguez Hitos y Masao Javier López Sako
  La permanente y continua conexión telemática en el trabajo supone un riesgo para la salud y así está contemplado en la normativa vigente sobre riesgos laborales. Tras la plasmación legal del derecho a la desconexión digital y su relación con el derecho a la conciliación familiar y laboral en el ámbito de las relaciones laborales, el trabajador por cuenta ajena ha visto garantizados estos derechos. Sin embargo el legislador ha “olvidado” que hay otras personas para las que esta conexión durante todas las horas del día, todos los días de la semana, 24/7, supone igualmente un riesgo para su integridad física, vulnerándose su dignidad como seres humanos y su derecho a la intimidad, derechos fundamentales que todos los ciudadanos poseen sin que quepa posibilidad alguna de discriminación.

- Las indemnizaciones por traslado de residencia en el servicio exterior del estado.
  Compensations for service relocations at the spanish foreign service (RI §425793)
  Gabriel Soto Balirac
  A través de este estudio se ha querido analizar la normativa sobre indemnizaciones por razón de servicio derivada de los traslados de residencia en el extranjero. En primer lugar, apoyada en las disposiciones que regulaban las carreras diplomáticas y consular de la época, se presenta la primera norma que unifica criterios, de 1924. En segundo lugar, se expone pormenorizadamente cada una de las indemnizaciones por traslado de residencia vigentes en la actualidad, con especial atención a su evolución a lo largo del último siglo. En tercer lugar, se analiza sucintamente la aplicación de estas indemnizaciones a los familiares de empleados públicos del servicio exterior. Finalmente se concluye con los principales desafíos de la normativa actual.

- Las consecuencias jurídicas de las limitaciones del derecho a la libertad de empresa en tiempos de pandemia. Análisis jurídico de las medidas gubernativas de suspensión, cierre y restricción de actividades mercantiles.
  The legal consequences of limitations on the right to freedom of enterprise in times of pandemics. Legal analysis of governmental measures of suspension, closure and restriction of business activities (RI §425867)
  Jesús Tahirí Moreno

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Responsabilidad patrimonial pública por falta de vacunación de los médicos de la sanidad privada durante la pandemia (propuesta para una determinación objetivada de los daños morales).
  Public liability for lack of vaccination by private health doctors during the pandemic (proposal for an objectified determination of moral damages) (RI §425796)
  Jordi Esteve Girbés
  El objetivo del presente artículo es analizar las repercusiones que la reciente sentencia nº 5/2022 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Alicante, presenta sobre el sistema resarcitorio público, en dos planos distintos. Desde el punto de vista interno, interesa el tratamiento que realiza sobre el concepto de daño indemnizable, la falta de identificación y cuantificación individualizada de los daños reclamados y la función que a la luz de todo ello parece atribuirse a la responsabilidad civil de la Administración. Junto a lo anterior, las recientes condenas a la Administración pública valenciana —en distintos órdenes jurisdiccionales— con motivo de su gestión de la pandemia por coronavirus, invitan a reflexionar sobre la conveniencia de un tratamiento unificado de la responsabilidad patrimonial pública, que evite una excesiva atomización del instituto, así como el otorgamiento de indemnizaciones dispares a víctimas de daños morales sufridos en circunstancias similares. En este sentido, y con tal de conseguir cierta uniformidad en el cálculo de las cuantías indemnizatorias, se propone adoptar, en atención a la habilitación legal del artículo 34.2 de la LRJSP, algunas de las fórmulas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del TRLRCSCVM.

- Los últimos problemas prácticos del contrato menor.
  The latest practical problems of the minor contract (RI §425797)
  José Gavilán López
  Abordar el trabajo ordinario de una administración pública, con un grado mínimo de eficacia y eficiencia, reclama la existencia de un contrato público que permita una solución ágil que dé respuesta a las necesidades habituales de una entidad, que atienda con suficiencia las exigencias del mercado y el servicio público. Lo habitual para estos casos es el uso del contrato menor pero esto choca frontalmente con los principios de igualdad, concurrencia, transparencia y publicidad que deben imperar en el uso del caudal público. En esta dicotomía entre la necesidad y el cumplimiento efectivo de los principios generales de la contratación pública mucho se ha escrito y existen múltiples pronunciamientos de las juntas consultivas. Este trabajo pretende analizar los problemas habituales que plantea el uso del contrato menor, analizando las circunstancias que generan conflicto en su uso, aportando la interpretación de la doctrina y mostrando al lector todas las perspectivas para que pueda sacar sus propias conclusiones.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

- Procedimiento administrativo. (RI §425731)
  Rafael Caballero Sánchez

- Expropiación forzosa. (RI §425798)
  Miguel Ángel Ruiz López

- Transparencia y buen gobierno. (RI §425799)
  Severiano Fernández Ramos y José Mª Pérez Monguió

COMENTARIOS Y NOTAS DE LEGISLACIÓN

- Descifrando la ciberseguridad: las últimas medidas francesas en materia de inteligibilidad social y organización administrativa.
  Deciphering cybersecurity: the latest french measures on its social intelligibility and administrative organisation (RI §425800)
  Alejandra Boto Álvarez
  La ciberseguridad es una preocupación creciente en la sociedad y los poderes públicos. Este trabajo presenta recientes iniciativas francesas en ese campo en diversas dimensiones. Unas aspiran a aumentar la información ofrecida a la ciudadanía para un uso responsable y seguro de plataformas, sistemas de mensajería digital y videoconferencia (Ley 2022-309, de 3 de marzo). Otras (Decreto 2022-513, de 5 de abril e Instrucción General de 26 de octubre) buscan renovar el marco de gobernanza del Estado y sus organismos públicos, teniendo en cuenta que la ciberseguridad tiene también un nivel organizativo que no debe menospreciarse.

BIBLIOGRAFÍA

Recensiones

- TERRÓN SANTOS, D. y DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L.: *I-Administración Pública, Sistemas algorítmicos y protección de datos*. Iustel, 2022, 240 pp. (Recensión a cargo de Pilar Talavera Cordero). (RI §425801)

© **PORTAL**DERECHO 2001-2024