

# NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET  
ALFREDO GALÁN GALÁN  
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ  
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN  
JOAQUÍN TORNOS MAS  
Universidad de Barcelona

## *Cómo citar/Citation*

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,  
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2025).  
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.  
*Revista de Administración Pública*, 226, 367-386.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.15>

## SUMARIO

---

I. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS. EL ACCESO A LAS MISMAS Y LAS CONDICIONES IMPUESTAS A SU MODO DE PRESTACIÓN. EL CASO DEL SERVICIO DE AUTOBUSES *HOP –ON HOP– OFF*. II. NULIDAD DE REGLAMENTO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO. EL ACCESO A LAS PROFESIONES DE LA ABOGACÍA Y DE LA PROCURA. III. LA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL ROL DE LA AUTORIDAD DE CONTROL EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR SU VULNERACIÓN: 1. Introducción y antecedentes. 2. La peculiaridad del caso. 3. La postura deferente de la Audiencia Nacional con relación a la resolución de la AEPD. 4. La matización del Tribunal Supremo en cuanto a la naturaleza sancionadora de la resolución. 5. Consideraciones finales hacia el futuro. IV. ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS PLANES DE GESTIÓN DEL RIESGO DE INUNDACIÓN

---

## I. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS. EL ACCESO A LAS MISMAS Y LAS CONDICIONES IMPUESTAS A SU MODO DE PRESTACIÓN. EL CASO DEL SERVICIO DE AUTOBUSES HOP —ON HOP— OFF

La regulación de las actividades económicas plantea el problema de la determinación del alcance de las potestades administrativas que limitan el acceso a la actividad o el ejercicio de estas actividades. Los fines de interés general, que pueden justificar la regulación de la actividad, se enfrentan con el principio de libertad de empresa y con la normativa comunitaria, principio y normativa favorecedores del libre acceso y libre ejercicio de estas actividades.

En términos generales puede formularse una teoría de la escala de la intervención. La intervención menos intensa sería la que se limita a regular el ejercicio de la actividad. Mayor intensidad tiene la normativa que, junto a regular el ejercicio, condiciona el acceso a la actividad, pudiendo a su vez diferenciarse dentro de este nivel de intervención, de menor a mayor intensidad, la exigencia de comunicación previa o declaración responsable, la exigencia de una previa autorización no contingentada o la exigencia de una autorización contingentada. La mayor intensidad se produce cuando la actividad se califica de servicio público y el acceso a esta actividad, por parte del sector privado, se condiciona a la obtención de una concesión o a la participación en una sociedad de economía mixta. La actividad calificada de servicio público puede no haberse excluido totalmente del mercado y, por tanto, puede prestarse en concurrencia con el sector privado (sanidad, educación). En este caso la actividad privada que se ejerce en concurrencia con la actividad en régimen de concesión pasa a los niveles inferiores de regulación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2024, recurso de casación 4568/2021, se ocupa de hecho de esta cuestión cuando debe resolver si la negativa a conceder una autorización para prestar el servicio de transporte turístico, dicho de forma técnicamente más precisa, el servicio «hop-on hop-off», al existir una concesión de servicio a favor de otra empresa, es no conforme a derecho.

El recurso de casación tenía como objeto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, confirmando una sentencia del Juzgado contencioso-administrativo núm. 33 de Madrid, había validado la legalidad de una Resolución del director general del Espacio Público, Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid por la que acordó denegar las autorizaciones de transporte con finalidad turística que se habían solicitado por una entidad mercantil.

El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación, anula la resolución denegatoria, y declara el derecho del reclamante a que el Ayuntamiento de Madrid examine y resuelva las solicitudes de autorización con arreglo a los criterios establecidos en la propia sentencia, esto es, ponderado de forma proporcionada el interés de la empresa a ejercer la actividad económica de transporte

*hop-on hop-off*, con las potestades públicas de regular el uso de la vía pública y la ordenación del tráfico.

Para llegar a esta resolución final el Tribunal Supremo debe precisar el contenido de la sentencia recurrida en casación y los hechos que están en la base del conflicto jurídico.

Por lo que se refiere a la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo destaca que la misma centró su argumento para desestimar el recurso frente a la denegación de la autorización en el hecho de existir una concesión previa, acto municipal firme y no recurrido, que había atribuido la prestación del servicio a otra empresa en régimen de exclusividad, al existir otro acuerdo municipal previo que había calificado este servicio como servicio público municipal. Centrado de este modo el objeto del debate, la sentencia recurrida dejó sin examinar si la actividad de transporte urbano con fines turísticos participa o no de la naturaleza de servicio público a efectos de definir los límites de la intervención municipal en su regulación. Por ello, en el fundamento jurídico núm. 2, el Tribunal Supremo precisa cuál es el ámbito y el alcance del debate planteado en los términos siguientes:

La sentencia que resolvió el recurso de apelación no aborda en realidad la cuestión de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transporte turísticos urbanos a fin de dilucidar si dicha actividad constituye un servicio público o una actividad económica incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Como hemos visto en el antecedente primero, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —ahora recurrida en casación— elude expresamente esa cuestión de si el servicio de autobuses «hop on-hop off» es, o no, un servicio público, para centrarse exclusivamente la sentencia de apelación, como había hecho la sentencia del Juzgado, en determinar si las autorizaciones que pretendía la recurrente eran compatibles con la previa existencia de actos municipales firmes en los que se había adjudicado a la UTE Madrid City Tour, en régimen de concesión (operador exclusivo), un servicio de transporte turístico coincidente con el solicitado.

Por tanto, la cuestión de interés casacional a resolver debió tener muy presente el contenido de la sentencia recurrida, que no se pronunció sobre la naturaleza del servicio hop-on hop-off, y si esta actividad era o no un servicio público. La sentencia recurrida centró su análisis en la existencia de un contrato concesional previo que el Ayuntamiento no podía desconocer cuando se solicitó una autorización por una empresa competidora para llevar a cabo la misma actividad.

Centrado el tema a analizar por el Tribunal Supremo, el mismo añade una consideración de singular importancia que por razones temporales no había sido tenida en cuenta en las sentencias anteriores:

Queremos destacar que, en este momento, al resolver el recurso de casación, la situación es distinta a la que existía cuando se dictaron las sentencias de primera instancia —21 de marzo de 2019— y de apelación de 15 de abril de 2021-, pues, según los datos que acabamos de reseñar, tomados de resolución administrativa que

denegó las autorizaciones a las que se refiere la presente controversia, la concesión otorgada en su día en favor de la UTE Madrid City Tour habría expirado en julio de 2021.

Delimitado el alcance del recurso de casación y los hechos a tener en cuenta, el Tribunal Supremo relaciona la abundante normativa a considerar para resolver la cuestión planteada (la lectura del fundamento tercero en el que se contiene esta relación normativa permite constatar la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico). En base a la normativa relacionada, el Tribunal fija el criterio de la Sala en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en los términos siguientes:

- El servicio *hop-on hop-off* no forma parte del concepto de transporte turístico de la Ley 16/1987, ley de ordenación de los transportes terrestres, ni es un servicio público de conformidad con el derecho comunitario (con cita de la sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2010, asunto C-388/09), ni puede calificarse de «servicio de interés público» en los términos del art. 95 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible.
- El Tribunal concluye, junto con otras consideraciones que no analizamos en este breve comentario, que «descartado así que nos encontremos ante un servicio público o un servicio de interés público, la prestación del servicio de autobuses “*hop-on hop-off*” constituye una actividad económica que ha de poder desarrollarse en régimen de libre competencia, sin perjuicio de su eventual sujeción a autorización y a las limitaciones o restricciones que puedan resultarle de aplicación; todo ello de conformidad con lo dispuesto, entre otros preceptos, en los arts. 49 TFUE (libertad de establecimiento), 38 de la Constitución (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), 5 de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado (LGUM), 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 4.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público». Por tanto, dentro de la escala de intervención reguladora en las actividades económicas, sitúa esta actividad dentro de los niveles bajos de intervención. El servicio de autobuses *hop-on hop-off* debe prestarse en régimen de libre competencia (no es servicio público), pero ello no excluye que pueda ser sometido a una regulación que condicione el acceso a la prestación de la actividad a un régimen de autorización.
- Este régimen de autorización es el que tiene su marco general en la ley de garantía de la unidad del mercado (LGUM). Las limitaciones y requisitos deberán ser proporcionados y lo menos restrictivos posibles. La justificación de la regulación no se encuentra en razones económicas, sino en el régimen de utilización del dominio público y en la competencia municipal para la ordenación del tráfico, estacionamientos de vehículos y movilidad del transporte colectivo urbano.

Atendiendo a estas consideraciones la conclusión es la siguiente:

- a. La actividad económica debe poder prestarse en concurrencia al no existir un régimen de servicio público que permita reservar el acceso a la obtención de una concesión que otorgue la exclusividad en el ejercicio de la actividad económica.
- b. Si puede condicionarse el acceso al ejercicio de la actividad y la forma de llevar a cabo la misma al existir intereses públicos afectados por esta actividad: uso especial del dominio público, ordenación del tráfico.
- c. Al no existir ya un título concesional en vigor, nada se opone a que las entidades que lo deseen puedan solicitar y obtener una autorización para prestar este servicio en concurrencia con otras entidades (no se analiza si es posible establecer un régimen contingentado de autorizaciones).
- d. La autorización debe, en principio, otorgarse, pero teniendo en cuenta la regulación propia del dominio público y del régimen de ordenación del tráfico. Por ello el Tribunal no reconoce el derecho del reclamante a que le sea concedida la autorización. El recurso se estima en parte. Si se reconoce al reclamante el derecho a que el Ayuntamiento examine y resuelva su solicitud de conformidad con los criterios regulatorios que establece la propia sentencia.

Estamos ante una sentencia importante en la medida en que se pronuncia sobre la escala regulatoria en las actividades económicas. La actividad analizada no es servicio público ni servicio económico de interés general, por lo que no puede negarse el acceso a esta actividad. Pero dado que concurren intereses generales afectados por la actividad a desarrollar, sí puede condicionarse el ejercicio de la misma y el acceso a la actividad mediante la necesidad de obtener una autorización.

La sentencia declara que la actividad económica no es servicio público, y por tanto reconoce el derecho a obtener una autorización para su prestación, pero no anula el acuerdo municipal previo que había calificado este servicio como servicio público municipal (JT).

## II. NULIDAD DE REGLAMENTO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO. EL ACCESO A LAS PROFESIONES DE LA ABOGACÍA Y DE LA PROCURA

La anulación judicial de reglamentos y disposiciones generales por vicios del procedimiento es, desde hace ya unos años, una de las cuestiones más controvertidas en el campo del derecho administrativo. La creciente complejidad y diversificación de los intereses económicos y sociales que pueden resultar afectados por un proyecto normativo, la progresiva sofisticación de los instrumentos de conocimiento y evaluación de su impacto, la mayor extensión e intensidad de la incidencia del derecho europeo, entre otras circunstancias, han conducido a que

la regulación de los procedimientos de elaboración de las distintas clases de disposiciones generales sea hoy extraordinariamente densa y compleja.

Al mismo tiempo, y en consonancia con lo anterior, los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han ido configurando una jurisprudencia sobre los efectos de los vicios del procedimiento que ha sido calificada de exigente y rigurosa por unos, de excesivamente formalista por otros. El caso de los planes territoriales y de urbanismo es uno de los ejemplos más paradigmáticos. También el de las ordenanzas municipales, como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores notas de jurisprudencia. En esta ocasión llamamos la atención sobre una sentencia del Tribunal Supremo relativa a un reglamento aprobado por el Gobierno en ejecución de una ley.

Se trata de la Sentencia 1975/2024, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6114), que estima el recurso interpuesto por el Consejo General de Procuradores de España contra el Real Decreto 64/2023, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura. Es conocida la controversia sobre la exclusividad profesional de la procura en determinadas actuaciones procesales, lo que había motivado incluso un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea. La Ley 15/2021, de 23 de octubre, modificó la anterior Ley 34/2006 sobre acceso a las profesiones de la abogacía y la procura para adaptarla a las exigencias europeas, equiparando en lo sustancial los requisitos para el ejercicio de ambas profesiones y suprimiendo las reservas respectivas. Asimismo se establecía un régimen transitorio para que los procuradores ya ejercientes licenciados o graduados en derecho pudieran acceder a la profesión de abogado mediante la superación de un curso de capacitación y la correspondiente prueba de evaluación. En desarrollo y ejecución de esta ley el Gobierno dictó el Real Decreto 64/2023 ahora anulado, cuya disposición transitoria primera contenía la concreción de los términos del curso de capacitación y la correspondiente prueba de evaluación.

En su recurso el Consejo General de Procuradores adujo diversos motivos de impugnación relacionados con omisiones o insuficiencias en la elaboración del reglamento, así como la contravención del derecho europeo por la disposición transitoria primera citada. No obstante, la sentencia tiene suficiente con apreciar la existencia de algunas de las infracciones de procedimiento invocadas para declarar la nulidad del reglamento impugnado. En concreto se trata de la omisión del informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, de la inexistencia de estudio de impacto sobre la competencia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) y de consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y la omisión del preceptivo test de proporcionalidad.

Para analizar estos motivos de impugnación, el tribunal empieza por recordar cuál es su jurisprudencia relativa a la omisión de trámites de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales, recogida, entre otras, en la STS nº 524/2019, de 12 de abril de 2019:

[...] que establece que para que proceda la nulidad prevista en el art. 62.1.e) de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental ocasionada debe ser no solo manifiesta, es decir, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental.

Por ello, solo cuando la omisión de trámites del procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales o su defectuoso cumplimiento se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, conllevará la nulidad de la disposición que se dicte. Y el nivel de exigencia y rigor con el que ha de valorarse el incumplimiento de alguno de sus trámites debe atemperarse a las circunstancias concretas que concurran en cada caso.

Como puede verse, se trata de una posición que cabría calificar de prudente y ponderada. No obstante, cuando llega el momento de aplicarla a los concretos vicios denunciados, parece que lo hace de un modo más estricto. Nos limitamos a dos de ellos.

En primer lugar, la sentencia analiza el estudio de impacto sobre la competencia que forma parte de la memoria de análisis del impacto normativo (MAIN). La memoria afirma expresamente que el impacto de la norma sobre la competencia es positivo. No obstante el Tribunal analiza el contenido de la *Guía* metodológica para la elaboración de la MAIN en lo relativo a los efectos en la competencia en el mercado para llegar a la conclusión que «resulta imprescindible un análisis exhaustivo y detallado» de dicho impacto por cuanto la norma «afecta directamente a los colectivos que ejercen estas profesiones, regulando las condiciones bajo las cuales los abogados y procuradores pueden integrarse en mercados de servicios profesionales mutuos». En este sentido, el Tribunal entiende que «la breve y genérica y prácticamente nula referencia que la MAIN hace al impacto de la norma proyectada sobre la competencia no cumple con los estándares exigidos. Las afirmaciones contenidas en el análisis carecen de fundamento y razonamiento que justifiquen su correspondencia con la realidad y los objetivos de la norma».

El abogado del Estado alega por su parte que la MAIN del anteproyecto de ley en cuya ejecución se dictó el reglamento impugnado ya incluía el estudio de impacto sobre la competencia, y aun el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sin embargo, el tribunal no acepta esta argumentación, que es plausible en determinadas circunstancias, aduciendo que el Abogado del Estado no ha acreditado que la norma impugnada fuera un reglamento ejecutivo de una ley precedente, ni que esta hubiera obtenido el análisis de impacto económico ni que el tiempo transcurrido entre la publicación de la ley y la del reglamento no hubiera significado una variación sustancial de las circunstancias.

En definitiva, concluye la sentencia que «la consecuencia necesaria de la manifiesta insuficiencia del análisis de impacto sobre la competencia, incorpo-

rado a la MAIN del reglamento impugnado debe ser la declaración de la nulidad de pleno derecho de éste».

En el conjunto del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la relevancia el estudio de impacto sobre la competencia destaca el hecho de que se trate precisamente de regular la posición en el mercado de dos profesiones jurídicas. Dice así: «Es importante subrayar que estas profesiones desempeñan un papel esencial en la Administración de Justicia en España, al prestar servicios ante los tribunales y colaborar en su funcionamiento. Por ello, cualquier impacto del nuevo régimen de acceso sobre la competencia debe ser cuidadosamente evaluado para evitar perjuicios al desempeño de la Justicia».

Tal vez sea por la sensibilidad hacia el papel de estas profesiones que el Tribunal se ha mantenido en una exigencia rigurosa del contenido sustancial de la memoria de análisis del impacto normativo.

La segunda omisión procedimental que analiza la sentencia comentada es la del informe del Consejo General del Poder Judicial. A este respecto el recurrente alega que el art. 561 apdo. 1.6ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige el informe preceptivo del Consejo en los anteproyectos de disposiciones generales que versen sobre «normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales».

El tribunal acepta esta fundamentación del recurso, que en cambio yo entiendo discutible. Para calificar el decreto como «norma procesal», la sentencia asume el argumento del recurrente de que el propio real decreto declara que se dicta en virtud de la competencia que le corresponde al Estado en materia de legislación procesal (art. 149. 1.6 CE). En mi opinión resulta muy forzada esta posición, que hace supuesto de la cuestión. De hecho el abogado del Estado invoca el dato de que ninguno de los reglamentos anteriores reguladores de la misma materia había sido nunca objeto de informe por el Consejo General del Poder Judicial y también alega que el Consejo de Estado nunca objetó en sus dictámenes la ausencia del informe del CGPJ. El Tribunal hace caso omiso de estas alegaciones.

Entiendo que la norma afectada regula el *acceso* a la profesión de abogado y de procurador, no el *ejercicio* de dichas profesiones ante los tribunales, que es lo que sí pudiera tener conexión con la materia procesal. Creo que el tribunal es consciente de la debilidad de su argumentación, basada en la invocación del título competencial citado del art. 149.1. 6 CE (legislación procesal). Por cierto, el RD también aduce los títulos de los arts. 149.1.1 (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales) y 149.1.30 CE (regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales), por lo que la referencia al título competencial de la legislación procesal resultaba superflua e innecesaria.

Como digo, la sentencia no acaba de ser convincente en este punto. Su argumento es: «[...]en la medida en que el real decreto impugnado *reconoce* que se dicta al amparo de la atribución competencial del art. 149.1.6ª CE al Estado en materia de legislación procesal, *por razones de estricta coherencia*, debe reconocerse que en este caso resulta preceptivo el informe del Consejo General de Poder Judicial». Pudiera parecer que las «razones de estricta coherencia» se las estaría exigiendo al Gobierno, que «reconoce» su culpa. En cambio, yo entendería más coherente que el Tribunal hubiera analizado materialmente el contenido normativo del RD para calificar la naturaleza de la materia regulada, a los estrictos efectos de la preceptividad del Informe, con independencia de la cuestión competencial que no era objeto de controversia.

La acumulación de títulos competenciales, que ha sido criticada ampliamente por la doctrina y por el propio Tribunal Constitucional, resulta en este caso, como he dicho, superflua e innecesaria. Tal vez también haya sido superflua e innecesaria la apreciación del Tribunal Supremo del vicio de omisión del informe del Consejo General del Poder Judicial. La insuficiencia de la MAIN en cuanto al estudio de impacto sobre la competencia ya había matado al Reglamento. No hacía falta rematarlo con un argumento discutible. (TF)

### III. LA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL ROL DE LA AUTORIDAD DE CONTROL EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR SU VULNERACIÓN

#### 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2024, de 15 de julio (rec. 5039/2022, ponente D. Córdoba Castroverde), afronta el tratamiento de un caso que bien se puede considerar representativo del signo de las evoluciones que están experimentando determinados ámbitos, con consecuencias en la intervención de las autoridades de control o reguladoras y en el control judicial de sus decisiones.

Se trata de un caso en el que es objeto de discusión el alcance preciso de la transparencia en el ámbito de la protección de datos de carácter personal. El art. 5.1.a del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD), establece que «los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado», disposición cuya infracción es susceptible de sanción administrativa según dispone el art. 83.5.a del mismo RGPD. En el caso controvertido de la STS 1263/2024, los hechos se refieren a una sanción impuesta a la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) por parte de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), mediante Resolución PS/00326/2018, de 10 de junio de 2019. Se trata de una resolución que, además de ordenar a la

LNFP la adecuación de su actuación conforme al principio de transparencia, impone a la misma una sanción pecuniaria de 250.000 euros por vulneración de dicho principio, en los términos que enseguida veremos.

Esta resolución es objeto de recurso contencioso-administrativo promovido por la LNFP, que da lugar a la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2021 (rec. 1410/2019, ponente Menéndez Rexach). Dicha sentencia desestima el recurso, lo que da lugar al planteamiento del recurso de casación, que resulta admitido por auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2023 (ponente, Bandrés Sánchez-Cruzat), formulando la cuestión de interés casacional en los siguientes términos: «interpretar el art. 5.1 a) del [RGPD], a fin de determinar si cabe considerar suficientemente cumplido y adecuado el principio de transparencia formulado en el artículo referido en la instalación y funcionamiento de la *App de LaLiga*, o si las autoridades de control pueden imponer requisitos adicionales más allá de lo establecido en la propia normativa aplicable». Cuestión que da lugar, pues, a la STS 1263/2024.

Puede anticiparse, con la mera transcripción de dicha formulación, cómo la problemática se plantea en torno a la cuestión de la fijación concreta de las implicaciones del principio de transparencia en el tratamiento de datos personales en relación con las características concretas de una aplicación informática para dispositivos móviles, en este caso de la LNFP.

## 2. LA PECULIARIDAD DEL CASO

Existe en este caso una peculiaridad relativa al funcionamiento y a la finalidad de la «app» implicada que provoca una serie de relevantes consecuencias jurídicas. Y es que dicha aplicación, de gran repercusión por la dimensión que presenta el fenómeno de las competiciones deportivas a las que se refiere, además de proporcionar una serie de informaciones referidas a tales competiciones, hace posible, mediante la activación de las funciones del micrófono y de la geolocalización del dispositivo móvil, la lucha contra el fraude producido por la emisión de partidos de fútbol por establecimientos que no disponen de los preceptivos permisos. De este modo, las personas usuarias de esta aplicación resultan ser colaboradoras de esta lucha contra el fraude promovida por la LNFP. Y ello da pie a la peculiaridad jurídica del caso, ya que, temporalmente, se distingue claramente entre dos momentos: el momento en que el usuario descarga e instala la aplicación, y en el que es informado del tratamiento de sus datos y da su consentimiento, y en segundo lugar, el momento, que puede distar considerablemente del primero —ya que se produce con ocasión de la retransmisión de las competiciones— en que se puede activar la función del micrófono (como veremos, esta es la vertiente a la que queda limitada la controversia, ya que finalmente sí que se considera que se cumplió con el principio de transparencia en cuanto a la función de geolocalización), recogiendo así los sonidos que permiten detectar la fuente

del fraude. La distinción de ambos momentos es muy relevante, ya que lo que se pone en tela de juicio es que la LNFP no advierte en el segundo momento de esa posible activación de la aplicación, de modo que la información llevada a cabo en el primer momento podría ser poco satisfactoria, dada la separación temporal mencionada. Lo que entiende la AEPD es que en un caso así es preceptivo un refuerzo del principio de transparencia, haciéndose necesaria una información complementaria (leyenda informativa, icono u otra señal indicativa) que es directa consecuencia del deber de extremar la transparencia en casos como este, a la vista del carácter fundamental de dicho principio y de las características peculiares de esta aplicación informática.

Como destaca la AEPD en el FJ 6.2 de su resolución, «no estamos ante un tratamiento de datos «ordinario» donde, por ejemplo, un usuario de internet se inscribe en un formulario de una web para una determinada finalidad, donde obviamente en ese preciso momento se produce la recogida de sus datos, y como indica LALIGA, no es lógico y resulta excesivo, informar cada vez que se produzca un uso de los datos». La situación de generación de una cierta alarma entre los usuarios (como sucedió en este caso), al percibir que pueden ser objeto de una vigilancia permanente, explica también la necesidad de intensificar la información, de que esta sea a tiempo real. Y el lapso de tiempo que puede transcurrir entre la aceptación de las funcionalidades y el momento en que materialmente se produce el tratamiento conlleva una necesaria adaptación del principio de transparencia en casos así.

Frente a ello, la LNFP entiende que dicho refuerzo o complemento informativo consistente en informar cada vez que se recojan datos es algo que no se deriva de la normativa aplicable, y que resulta de una operación añadida por parte de la autoridad reguladora que no sería compatible con el principio de seguridad jurídica, dadas las consecuencias punitivas presentes en este caso.

### **3. LA POSTURA DEFERENTE DE LA AUDIENCIA NACIONAL CON RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE LA AEPD**

Como hemos adelantado, en su resolución del recurso contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional confirma la decisión de la AEPD y por tanto desestima dicho recurso. Es importante ver por qué. Debemos indicar, no obstante, que las alegaciones del recurso incluían también diversas cuestiones, también desestimadas, relativas a la indefensión o a irregularidades de procedimiento o probatorias, en las que aquí no vamos a entrar, ya que nos centraremos en la cuestión de interés casacional.

La sentencia de la Audiencia Nacional entiende debidamente fundamentada la apreciación de la AEPD, recordando en este sentido que los considerandos 39 y 60 del RGPD explican aspectos relevantes del principio de transparencia, como son, respectivamente, la accesibilidad, claridad y sencillez de

la información, por una parte, y, por otra, que «el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales» (considerando 60)

En este segundo sentido, el principio de transparencia quedaría efectivamente garantizado solamente si, cada vez que se activara la funcionalidad de la aplicación (que, recordemos, puede ocurrir en momentos muy posteriores al consentimiento inicial dado al descargar e instalar la «app») existiera una indicación advirtiendo dicha circunstancia, es decir, que se está dando lugar a la entrada en función del micrófono del dispositivo. Esto es lo que sostiene la AEPD, y que confirma la Audiencia Nacional.

Como hemos adelantado, esto se discutía también inicialmente en relación con la función de geolocalización; pero la propia AEPD acabó descartando la presencia de este elemento, ya que se constata que en el momento de ejecutarse la funcionalidad de la geolocalización del dispositivo que implica acceder a la ubicación, se muestra el correspondiente icono. Ello conduce a la AEPD en este caso a reconocer el error producido en la instrucción del procedimiento y, por tanto, a estimar las alegaciones de la LNFP en este punto, modificándose así la propuesta de resolución del instructor, según se puede apreciar en el FJ 8.2 de la resolución de la AEPD.

De suma importancia es, asimismo, confirmar que está en juego verdaderamente un tratamiento de datos de carácter personal, frente a algunas alegaciones de la LNFP en sentido contrario. En su FJ 5.2.2 la resolución de la AEPD indica que «podemos afirmar sin asomo de duda, que la aplicación recoge al menos, la dirección IP del dispositivo del usuario, el identificador único que se le asigna al dispositivo del usuario por la propia aplicación, la huella acústica y la geolocalización», y añade que, frente a lo alegado por la LNFP, la «singularización» no es más que una modalidad de «identificación» del usuario, de modo que, concluye la AEPD, «nos encontramos ante un tratamiento de datos de carácter personal, que, junto con las características expuestas, es acreedor del complemento informativo en términos de transparencia que se reclama en el presente procedimiento».

Sentadas estas premisas, es importante ver por qué, como decíamos, podemos decir que la Audiencia Nacional se muestra deferente con el criterio de la Agencia. En este sentido, hay dos pasajes de su sentencia, ambos en su FJ 6, que conviene destacar. En el primero, la Audiencia Nacional muestra la dificultad de entender por qué se mantiene por parte de la LNFP un criterio distinto en relación con la funcionalidad de la geolocalización, en que, como hemos indicado, sí que se incorpora esa información que reclama la Agencia también para la funcionalidad del micrófono. En el segundo, tras recordar otro considerando del RGPD, el 74 (que explica que el responsable debe aplicar medidas «oportunas y eficaces», debiendo adoptar medidas que «deben tener en cuenta la naturaleza, el

ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas»), concluye con un sencillo párrafo que podría ser considerado el paradigma de la postura deferente: «Las consideraciones de los Fundamentos de derecho de la resolución proporcionan una explicación razonada y en la que no se aprecia error o arbitrariedad: analizan todas y cada una de las alegaciones de la demandante, similares a las formuladas en este recurso y, con base en las pruebas practicadas en el expediente, concluyen correctamente en la infracción del principio de transparencia en relación con la protección de los datos personales, tipificada y sancionada en el Reglamento General que ahora procede confirmar». Lo mismo cabe predicar en relación con la revisión judicial de la cantidad de la multa impuesta y de la aplicación del principio de proporcionalidad en este caso.

#### 4. LA MATIZACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CUANTO A LA NATURALEZA SANCIONADORA DE LA RESOLUCIÓN

Frente a la resolución de la Audiencia Nacional, es de interés lo resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1263/2024. Y lo es por dos motivos. Primero, porque confirma de modo sustancial el razonamiento general de la AEPD. Segundo, porque introduce un relevante matiz en cuanto al modo de ejercer la potestad sancionadora que tiene legalmente atribuida.

La STS 1263/2024 se hace eco del significado de la transparencia de acuerdo con el mencionado art. 5 RGPD —y de modo concordante con el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales— y, acto seguido, constata la especialidad del caso, en los términos que ya hemos expuesto. En el mismo FJ 2, la sentencia expresa cómo se decanta un concreto significado del principio de transparencia en función de dicha especialidad. Y así, afirma que: «Se trata de una función que, si bien el usuario ha tenido que aceptar expresamente cuando la instaló, al operar después de forma autónoma y sin previo aviso al usuario, tiene un impacto prolongado en su privacidad, recopilando nuevos datos a lo largo del tiempo en que la aplicación está operativa, que pueden exigir medidas adicionales de protección fuera de la información y advertencias iniciales al tiempo de instalarla» y que «La obligación de actuar con transparencia no solo es exigible en el momento inicial de la instalación de una aplicación sino también durante su funcionamiento, especialmente cuando se sigan recopilando datos personales del usuario a lo largo del tiempo». De estas premisas, surgen dos consideraciones clave que se alinearían con un planteamiento favorable a las tesis de la AEPD.

En primer lugar, la transparencia debe adaptarse a las circunstancias de cada caso: «La transparencia como principio inspirador de la actividad de tratamiento de datos personales no puede agotarse en una enumeración genérica y descriptiva de la información que ha de proporcionarse al afectado, sino que,

habrá de modularse en virtud de las circunstancias concretas del tratamiento de que se trate».

En segundo lugar, a la autoridad reguladora corresponde la tarea de realizar dicho ajuste y de establecer medidas adicionales para reforzar la transparencia en casos como el presente.

Hasta aquí, todo parecería conducir a una coincidencia de criterio con la Audiencia Nacional. De hecho, el último párrafo del FJ 2 afirma: «coincidiendo con lo afirmado en la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada, la existencia de un aviso específico en su móvil cada vez que se activaba el micrófono puede considerarse una medida adecuada y proporcionada al fin que se persigue, consistente en que el usuario tenga un control efectivo sobre sus datos personales». El criterio de ajuste como tal, adoptado por la AEPD, se confirma.

Ahora bien, como hemos adelantado, la sentencia del TS añade una dimensión suplementaria que la conducirá a adoptar una decisión distinta a la tomada por la Audiencia Nacional, que aparece en su FJ 3.

El elemento que conduce a la adopción de una decisión divergente es el que consiste en considerar la especificidad que supone la presencia de una concreta potestad administrativa, la sancionadora. «No olvidemos», empieza señalando el TS, «que el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por el principio de previsibilidad, en cuya virtud no es posible sancionar una conducta si previamente no es previsible utilizando una diligencia media». A partir de esta afirmación, y teniendo en cuenta que, ciertamente, esas exigencias adicionales —razonables en opinión también del TS— no aparecen por escrito en los preceptos legales aplicables, el TS llega a un resultado distinto al de la Audiencia Nacional. Y es que, si bien reconoce que no es exigible una certeza absoluta —en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora, que se trae a colación— la sentencia observa que la conducta tipificada en el art. 72.1.a de la Ley («El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el art. 5 del Reglamento (UE) 2016/679») permite una cierta adecuación por parte de la autoridad reguladora, pero sin que sea lícito «crear una infracción» para suplir imprecisiones normativas ni «extender el alcance» de las exigencias legales en términos no previsibles en el momento de realización de las conductas.

La sentencia entiende que, en el momento de desarrollarse y comercializarse la aplicación, no se podía dar por sentado que la LNFP pudiera prever que eran exigibles las informaciones complementarias de las antes hablábamos. No se niega, pues, la capacidad por parte de la Agencia de precisar el alcance del principio de transparencia estableciendo requisitos adicionales de garantía; pero se afirma que no cabe proceder a sancionar directamente, como lo hizo en este caso, debiendo haber dirigido un previo requerimiento al operador para adecuar su conducta a tales requerimientos. De este modo, la sentencia del TS anula la sentencia impugnada y la sanción administrativa impuesta.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES HACIA EL FUTURO

Estamos ante una sentencia que muestra de modo muy visible las implicaciones de los desarrollos tecnológicos en un ámbito de intervención de las autoridades de control o de regulación tan sensible como el de la protección de datos personales, verdadero derecho fundamental. La sentencia permite comprobar cómo el surgimiento de nuevas modalidades de tratamiento de datos obliga a tener en cuenta determinadas pautas a la hora interpretar los textos normativos, aspecto en el que es clave el rol de las autoridades de control y regulación.

Sin embargo, tal y como ha sucedido ya en otros casos, el ejercicio de la potestad sancionadora supone un específico límite que, siguiendo la sentencia, obliga a reforzar los mecanismos de previsibilidad y seguridad de las decisiones de estas autoridades. Resulta muy pertinente la apelación a los instrumentos de requerimiento previo, que resultan, no por casualidad, de importante tradición en ámbitos en los que actúan autoridades independientes de regulación, dada la complejidad y la evolución producida en tales sectores.

Es cierto también, sin embargo, que la resolución de la AEPD contiene diversos pasajes en los que se muestra el conocimiento de causa con que la LNEF adoptó y mantuvo la opción de no aplicar medidas complementarias de transparencia en el caso de la funcionalidad del micrófono —de forma distinta a lo que hizo en el caso de la geolocalización, como recordaba la sentencia de la Audiencia Nacional—. Así, en su FJ 11, dicha resolución afirmó que:

Ahora bien, LALIGA, ya desde el acuerdo de inicio, ha tenido elementos suficientes para conocer el criterio del organismo supervisor y adecuar su actuación al mismo – tal como ha hecho con la geolocalización, sin explicar la diferencia de porque en ese caso sí incluye el icono y en el caso del micrófono no lo hace-. Todo ello sin perjuicio de que, si bien no se ha analizado caso similar en esta Agencia, lo cierto es que los Considerandos del RGPD ofrecen criterios interpretativos desde el año 2016.

Y también que:

[...] puede que al inicio de las actuaciones LALIGA desconociera el criterio del organismo regulador respecto de un tratamiento concreto, pero a estas alturas del procedimiento, no puede situarse en una ignorancia deliberada del criterio de este organismo, pues no tiene elementos para considerar que la Agencia valide su actuación sin la inclusión de la marca o icono, sino todo lo contrario». Todo ello, como se refleja en otros párrafos de la resolución de la AEPD, partiendo del grado de diligencia exigible al sujeto sancionado, dada la actividad que realiza, y dada la persistencia del criterio asumido y mantenido por la misma.

Escapa a las posibilidades de esta nota concluir críticamente acerca del contraste entre esta resolución de la AEPD y la conclusión obtenida por el TS en la Sentencia 1263/2024, en cuanto a la previsibilidad de la conducta

sancionable. Ello obligaría a un detallado análisis del expediente, entre otros, en cuanto al aspecto cronológico, en cuanto al plano de la distinción entre la imposición de la sanción y los elementos de la culpabilidad y la determinación de la cuantía de la sanción, y también, entre otros elementos, en cuanto al rol y alcance preciso de los documentos del «Grupo de Trabajo del art. 29». Pero sí que creemos poder concluir, de cara al futuro, en la importancia de precisar los términos en que cabe examinar por parte de los tribunales la actuación y la fundamentación de las respuestas de la Agencia, en todo aquello que afecte a los términos en que se define la seguridad jurídica y el estándar de diligencia concretamente exigible en cada caso. Todo ello, para hacer compatible ese respeto del especial estándar de garantías exigible en materia sancionadora con la necesaria y reconocida potestad interpretativa y de control de las autoridades reguladoras [FJRP]

#### IV. ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS PLANES DE GESTIÓN DEL RIESGO DE INUNDACIÓN

Son bien conocidas, y muy recientemente sufridas en Valencia, las graves consecuencias producidas por episodios de inundaciones que, según estudios científicos como los del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), se están agravando con el cambio climático. Uno de los instrumentos administrativos más importantes previstos por el derecho de la Unión Europea y el derecho español para hacer frente a estos fenómenos son los planes de gestión del riesgo de inundación. Según el art. 11.4 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación, los planes de gestión del riesgo de inundación abarcan «todos los aspectos de la gestión del riesgo de inundación, centrándose en la prevención, protección y preparación, incluidos la previsión de inundaciones y los sistemas de alerta temprana, y teniendo en cuenta las características de la cuenca o subcuenca hidrográfica considerada».

Sobre los planes de gestión del riesgo de inundación se ha pronunciado el Tribunal Supremo mediante tres sentencias que conocen de tres recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 26/2023, de 17 de enero, por el que se aprueba la revisión y actualización de los planes de gestión del riesgo de inundación de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Segura, Júcar y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana, Ebro, Ceuta y Melilla. Se trata de las Sentencias del Tribunal Supremo 1645/2024, de 16 de octubre (Sección 5ª, ponente Carlos Lesmes Serrano, ECLI: ES:TS:2024:5144), 1802/2024, de 11 de noviembre (Sección 5ª, ponente Fernando Román García, ECLI: ES:TS:2024:5676) y 2018/2024, de 19 de diciembre (Sección 5ª, ponente Fernando Román García, ECLI: ES:TS:2024:6329).

En las dos primeras sentencias los recurrentes son dos empresas mercantiles y en la tercera un ayuntamiento. Ahora bien, nos encontramos con tres sentencias casi idénticas porque los recurrentes se circunscriben a la demarcación hidrográfica del Segura y se aducen las mismas vulneraciones del ordenamiento jurídico. Tan solo el tercer recurso contencioso-administrativo del ayuntamiento añade dos vulneraciones adicionales, como son el incumplimiento de los informes de impacto normativo y la necesidad del previo deslinde para la fijación de zonas de flujo preferente. Cabe decir que estas dos vulneraciones son rechazadas por el Tribunal Supremo al declarar que no son exigibles los informes de impacto normativo previstos en el procedimiento general reglamentario y remitirse a la jurisprudencia (en especial Sentencias 814/2018, de 21 de mayo, y 1366/2019, de 15 de octubre) sobre la innecesariedad del deslinde del dominio público hidráulico para ejercer las potestades administrativas de policía y menos aún para la fijación de la zona de flujo preferente, o sea, para reflejar las zonas con riesgo de inundación en la cartografía.

De ahí que las tres sentencias sean prácticamente iguales, lo que pone de manifiesto una vez más una práctica judicial de no acordar la acumulación, ya sea de oficio o a instancia de parte, de conformidad con el art. 37.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A continuación, comentamos la primera Sentencia del Tribunal Supremo 1645/2024, de 16 de octubre, que es reiterada por las dos siguientes. En este proceso la parte recurrente aduce cuatro motivos principales de impugnación que, como hemos dicho, son reiterados en los otros dos procesos.

Primero, la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 26/2023 por inobservancia del procedimiento legalmente establecido para la elaboración de reglamentos (arts. 129 a 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y 22 a 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), pues se ha seguido únicamente el procedimiento previsto en el art. 13 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. Se parte de la naturaleza jurídica reglamentaria de los planes de gestión de riesgo de inundaciones y se aducen las siguientes vulneraciones procedimentales: a) omisión del trámite preceptivo de consulta pública previa; b) la versión de la memoria de análisis del impacto normativo no es la definitiva y no está firmada; c) el análisis del impacto económico y presupuestario es inadecuado e insuficiente, pues no determina ni permite conocer el auténtico impacto económico de cada uno de los planes de gestión de riesgo de inundaciones ni de los planes de gestión de riesgo de inundaciones del Segura en particular; d) falta de diversos informes (en concreto, Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios proponentes —Transición Ecológica y Reto Demográfico, e Interior—, Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia y el de impacto de género) y del preceptivo dictamen del Consejo de Estado; e) inexistencia de justificación de la adecuación a los principios de buena regula-

ción establecidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Segundo, vulneraciones del procedimiento de elaboración de los planes de gestión de riesgo de inundaciones del Segura establecidos en el art. 13 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, consistentes en: a) falta de la autorización preceptiva del programa de medidas por parte de las Administraciones Competentes para su ejecución (Estado, comunidad autónoma, entidades locales y Confederación Hidrográfica del Segura); y b) omisión de informes preceptivos (Comisión Nacional de Protección Civil, Consejo Asesor de Medio Ambiente y Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios), así como de la elevación del proyecto de planes de gestión de riesgo de inundaciones por el organismo de cuenca.

Tercero, vulneración de la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación y del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, que la transpone. Básicamente, se aduce que el plan de gestión de riesgo de inundaciones se ha aprobado con carácter previo a la elaboración de los mapas de peligrosidad por inundaciones y los mapas de riesgo de inundación, los cuales son su principal fuente de información.

Cuarto, falta de motivación en base a criterios técnicos o científicos que justifiquen la declaración de zona inundable, la cual implica una limitación de usos en los terrenos afectados. En particular, se alega en relación a la delimitación de la zona de flujo preferente (ZFP) que, según el art. 9.2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, «es aquella zona constituida por la unión de la zona o zonas donde se concentra preferentemente el flujo durante las avenidas, o vía de intenso desagüe, y de la zona donde, para la avenida de 100 años de periodo de retorno, se puedan producir graves daños sobre las personas y los bienes, quedando delimitado su límite exterior mediante la envolvente de ambas zonas».

El Tribunal Supremo examina todas estas vulneraciones alegadas desestimándolas, tal como comentamos seguidamente.

En primer lugar, analiza la naturaleza jurídica de los planes de gestión de riesgo de inundaciones a partir de los criterios de generalidad y ordinamental que la jurisprudencia ha seguido para determinar cuándo nos encontramos con reglamentos (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 1153/2022, de 19 de septiembre), pues el abogado del Estado había alegado que se trata de actos administrativos. En cambio, el Tribunal Supremo considera que tienen naturaleza reglamentaria por su alcance de generalidad y por su vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico que innova.

Así lo deduce del contenido, determinaciones y alcance de los planes de gestión de riesgo de inundaciones destacando las limitaciones a los usos del suelo a la zona inundable en sus diferentes escenarios de peligrosidad, los criterios empleados para considerar el territorio como no urbanizable, los criterios constructivos

exigidos a las edificaciones en zona inundable y las medidas para adaptar el planeamiento urbanístico a los criterios planteados en el plan de gestión del riesgo de inundación (incluida la posibilidad de retirar construcciones o instalaciones existentes que supongan un grave riesgo) y todos los restantes aspectos de gestión del riesgo de inundación (por ejemplo, sistemas de alerta temprana). Además, reproduce, de forma literal y extensa, diversos preceptos sobre los planes de gestión de riesgo de inundaciones, en especial, del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio (arts. 11 a 134), que transpone la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre (arts. 7 a 10). También hace alusión a la remisión reglamentaria prevista en el art. 11.3 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas para establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables.

Una vez dejada clara la naturaleza reglamentaria de los planes de gestión de riesgo de inundaciones, considera que, al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, no le es de aplicación el procedimiento general para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino el previsto por la legislación sectorial de aguas (art. 13 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio) al prever que los planes de gestión de riesgo de inundaciones puedan integrarse en los planes hidrológicos de cuenca (art. 9 de la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, y 14.3 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio) y en virtud de la remisión reglamentaria para la aprobación de dichos planes (art. 41.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas). Por tanto, rechaza la nulidad del Real Decreto 26/2023, de 17 de enero que la recurrente había sostenido por no seguir el procedimiento general del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo sostiene que se ha seguido el procedimiento establecido en el art. 13 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, sin producirse defectos procedimentales invalidantes. Sobre la falta de la autorización preceptiva y previa del programa de medidas por parte de las administraciones competentes para su ejecución (Estado, comunidad autónoma, Entidades locales y Confederación Hidrográfica del Segura), el Tribunal Supremo hace una interpretación teleológica de este requisito al destacar que persigue, según el apdo. 2 del art. 13, la finalidad de conseguir «la adecuada coordinación y compatibilidad entre los mismos». Y entiende que dicha finalidad se cumple porque en el anexo constan las medidas previstas por la Administración General del Estado, la Administración autonómica y la local. También rechaza la omisión de informes preceptivos, pues constan los informes favorables de la Comisión Nacional de Protección Civil y del Consejo Asesor de Medio Ambiente, así como la elevación del proyecto de planes de gestión de riesgo de inundaciones por el organismo de cuenca. Finalmente, admite que falta el informe de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, si bien considera que no constituye un vicio de nulidad al no estar previsto en el art. 13 del Real

Decreto 903/2010 y, en su caso, habría sido convalidado por la aprobación posterior del real decreto.

En tercer lugar, rechaza la infracción de la Directiva 2007/60/CE, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, y de las normas internas de transposición por haberse aprobado el plan de gestión de riesgo de inundaciones antes que los mapas de peligrosidad por inundaciones y los mapas de riesgo de inundación, o sea, la cartografía de las zonas inundables. El Tribunal Supremo recuerda que la exigencia de la aprobación previa de estos mapas se introdujo con posterioridad a la aprobación del plan de gestión de riesgo de inundaciones mediante la modificación del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el Real Decreto 665/2023, de 18 de julio (art. 14 *ter*), que entró en vigor el día 20 de septiembre de 2023. Además, manifiesta que dichos mapas estaban elaborados y fueron informados favorablemente por el Comité de Autoridades Competentes de la Demarcación Hidrográfica del Segura en 2020 y, por tanto, como exigía la normativa aplicable entonces, se tuvieron en cuenta como fuente de información de forma previa a la aprobación del plan de gestión de riesgo de inundaciones. Dichos mapas fueron aprobados posteriormente al plan de gestión de riesgo de inundaciones en 2023. En fin, consta la elaboración de estos mapas como fuente de información principal, no siendo exigible en ese momento todavía la resolución formal sobre cartografía de zonas inundables.

Y, en cuarto lugar, el Tribunal Supremo tampoco comparte la alegada falta o insuficiencia de motivación, en particular, en la delimitación de las zonas de flujo preferente por cuanto declara que la Administración ha ejercido correctamente su discrecionalidad técnica en la elaboración de la cartografía de inundabilidad respecto a la probabilidad de repetición de inundaciones. Además, lo considera ajustado a la jurisprudencia del TJUE sobre el control de las decisiones discrecionales ambientales porque se han valorado los informes técnicos más recientes con otros informes durante la tramitación del procedimiento.

En fin, el Tribunal Supremo declara ajustado a derecho el plan de gestión de riesgo de inundaciones de acuerdo con la normativa entonces aplicable. No obstante, cabría preguntarse sobre la aplicación efectiva de lo que disponen estos planes de gestión de riesgo de inundaciones y de la normativa que los regula para comprobar si dan una respuesta adecuada a las finalidades que persiguen. (APC)