



# Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

21 QDL

Octubre de 2009



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local



# Cuadernos de Derecho Local

## 21

Octubre de 2009

**d**  Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local





### **Consejo científico**

Manuel Aragón Reyes  
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat  
Javier Barnés Vázquez  
Miguel Beltrán de Felipe  
Eduardo Calvo Rojas  
Teresa Carballeira Rivera  
José Luis Carro-Fernández Valmayor  
Carmen Chinchilla Marín  
Diego Córdoba Castroverde  
Javier Delgado Barrio  
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor  
Rafael Fernández Montalvo  
Tomàs Font Llovet  
Eduardo García de Enterría  
Pablo García Manzano  
Rafael Gómez Ferrer  
Jesús Leguina Villa  
Joan Mauri Majós  
Josep Mir Bagó  
María Jesús Montoro Chiner  
Alejandro Nieto García  
Luis Ortega Álvarez  
Luciano Parejo Alfonso  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Francisco Rubio Llorente  
Joaquín Tornos Mas  
Francisco Velasco Caballero  
Juan Antonio Xiol Ríos

### **Directores**

Manuel Medina Guerrero  
Domènec Sibina Tomàs

### **Coordinadora**

Petra Mahillo García

### **Edición**

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local  
Rambla Catalunya, 126  
08008 Barcelona  
  
General Castaños, 4, 2º dcha.  
28004 Madrid

### **Producción**

Edicions Saldonar

Depósito legal: B-4681-2002  
ISSN: 1696-0955



# QDL21

## sumario

- Domènec Sibina Tomàs  
5 Presentación
- Dimitry Berberoff Ayuda  
7 Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia
- Germán Fernández Farreres  
28 Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas
- Jesús Colás Tenas  
40 La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas
- José Miguel Carbonero Gallardo  
54 Aspectos prácticos de los nuevos procedimientos de adjudicación
- José Vida Fernández  
59 El marco normativo comunitario europeo de la Administración electrónica
- Isaac Martín Delgado  
84 La gestión electrónica del procedimiento administrativo
- Domènec Sibina Tomàs  
102 El registro electrónico
- Eduard Paricio Rallo  
137 Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de servicios
- Esteban Arimany Lamoglia  
156 Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales
- Crónica de jurisprudencia**
- Domènec Sibina Tomàs  
182 A) Jurisdicción constitucional  
195 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
198 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  
200 D) Jurisdicción contencioso-administrativa  
218 E) Jurisdicción civil  
223 F) Jurisdicción penal



# QDL21

## presentación

El primer trabajo que publicamos en este QDL, 21 es "Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", de Dimitry Berberoff Ayuda, letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El autor pone de relieve un hecho que, aunque oculto por los grandes retos que plantean la construcción europea y el Derecho Comunitario, es de un enorme interés: la situación de las corporaciones locales con relación al Derecho Comunitario ha alcanzado, por obra de la jurisprudencia de Luxemburgo, un alto grado de desarrollo, sobre todo en lo que se refiere al papel que juegan para la consecución de sus objetivos. Ello es la lógica consecuencia de que, como administraciones investidas de poder público, su actuación afecta a las grandes libertades fundamentales de circulación de personas, de prestación de servicios y de establecimiento de empresas, y de que sus potestades no pueden resultar indiferentes para el Derecho Comunitario.

Germán Fernández Farreres, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, publica el trabajo "Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas", en el que analiza la incidencia en la autonomía local de la actividad de fomento que desarrollan las comunidades autónomas mediante el otorgamiento de subvenciones, y, a resultas de ello, las garantías que en defensa de las entidades locales deben observarse. La cuestión que late no es otra que la necesidad de que la comunidad autónoma ajuste su actividad subvencional a las competencias propias de las entidades locales, tanto cuando las subvenciona directamente, como cuando subvenciona a privados en el ámbito de materias de competencia local. Ello es clave para garantizar la autonomía de los entes locales desde la perspectiva competencial, especialmente en un momento en el que andan sumidos en nuevos problemas que agravan la patología ya crónica de la insuficiencia de financiación.

Jesús Colás Tenas, oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza, publica "La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas", y José Miguel Carbonero Gallardo, subdirector del CEMCI-Diputación de Granada, el trabajo "Aspectos prácticos de los nuevos procedimientos de adjudicación." Ambos autores constatan que, una vez ha entrado en vigor la LCSP, son diversas las cuestiones que se han revelado conflictivas, en el quehacer diario de las diversas administraciones públicas. El primero, desde la perspectiva local y de la experiencia ya adquirida, analiza aquellas que le parecen más destacables, entre otras, el ámbito subjetivo, la elaboración de pliegos, el cálculo del importe de los contratos menores, la exclusión de los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales del ámbito, o la relación entre contratación y gestión urbanística. El segundo, que resume el contenido esencial de la LCSP como el de una norma sobre procedimientos de contratación pública, presta atención a las cuestiones prácticas que han planteado las novedades introducidas en los procedimientos tradicionales de contratación (abierto, restringido y negociado) y en el contrato menor.

Los tres artículos siguientes versan sobre la Administración electrónica. El primero, "El marco normativo comunitario europeo de la Administración electrónica", que ha sido elaborado por José Vida Fernández, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, profundiza en el tratamiento de la Administración electrónica a nivel comunitario europeo. El autor da un repaso panorámico que se proyecta desde los distintos planes de acción europea para la Administración electrónica, hasta el impulso a la Administración electrónica, a través de la realización del mercado interior de servicios (la Directiva de servicios). En el segundo, "La gestión electrónica del procedimiento administrativo", Isaac Martín Delgado, profesor contratado doctor de Derecho Administrativo de



la Universidad de Castilla-La Mancha, aborda uno de los aspectos más importantes del reto jurídico –que va de la mano, en todo caso, del reto tecnológico–, que conlleva el proceso de la implantación de la Administración electrónica. En concreto, la interpretación de las normas legales que deben hacer posible una tramitación electrónica del procedimiento administrativo que respete las garantías que este debe cumplir por definición, y que deben mejorar la eficacia y la eficiencia en las relaciones entre la Administración y el ciudadano, en el marco de la satisfacción del interés general. El tercero lleva por título “El registro electrónico”, y ha sido elaborado por quien suscribe esta presentación.

Eduard Paricio Rallo, magistrado, publica “Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de servicios”, en el que analiza, entre otros aspectos, que la Directiva impone, de manera firme, un retroceso en la intervención de las administraciones públicas respecto al establecimiento de actividades económicas privadas; que utiliza conceptos ambiguos y cláusulas abiertas; que un campo singularmente falto de aclaración es el relativo a la aplicación de los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general, en el ámbito de los servicios públicos y de la actividad prestacional de las administraciones; que la aplicación de la Directiva no debe afectar necesariamente a las licencias y a las restricciones existentes en materia de dominio público, y que la transposición, según como se realice, puede limitar significativamente la autonomía municipal para establecer una regulación alternativa a la actual, dando por sentado que la liberalización ya supone, por sí misma, un retroceso en la capacidad de intervención municipal.

El último estudio que publicamos, “Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales”, ha sido elaborado por Esteban Arimany Lamoglia, abogado y profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. El autor analiza la confluencia de la iniciativa pública y privada, no lucrativa y lucrativa, en la prestación de servicios sociales en la ley catalana, pero sus reflexiones se proyectan con carácter general respecto del sector de los servicios sociales, en el que se aprecia, como sucede en tantos otros campos de la realidad económica y social, la presencia e interrelación de elementos pertenecientes al ámbito de lo público (entes del sector público, disposiciones generales, planes, autorizaciones, contratos públicos, etc.) y de elementos propios del ámbito privado (fundaciones o sociedades del sector privado, prestaciones de servicios privados, entre otros).

**Domènec Sibina Tomàs**

*Co-director del QDL y director de publicaciones  
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*



# Las entidades locales ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Dimitry Berberoff Ayuda

*Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

*Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Las entidades locales como sujetos del Derecho comunitario**
  2. **La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior**
  3. **Las entidades locales ante la libre competencia**
  4. **Subvenciones y ayudas de Estado**
  5. **Libre circulación de mercancías**
  6. **Libre circulación de personas y libre establecimiento**
  7. **Medio ambiente**
    - 7.1. El fraccionamiento de proyectos
    - 7.2. El elemento teleológico de la tutela medioambiental
  8. **La contratación pública**
    - 8.1. La fijación *ex ante* de los criterios de adjudicación
      - 8.1.1. La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2008
    - 8.2. La colaboración público-privada
    - 8.3. Reflexión final
- Anexo 1. Otros procesos comunitarios de interés en materia de medio ambiente**
- Anexo 2. Otros procesos comunitarios de interés en materia de contratación pública**

## 1. Las entidades locales como sujetos del Derecho comunitario

Pese a que el Tratado de Roma solo menciona a las corporaciones locales en su artículo 263, a propósito del Comité de las Regiones<sup>1</sup> –lo que ya implica su reconocimiento institucional a nivel de Derecho primario–, su situación con relación al Derecho comunitario ha alcanzado, por obra de la jurisprudencia de Luxemburgo, un alto grado de desarrollo, sobre todo en lo que se refiere al papel que juegan para la consecución de sus designios.

Este reconocimiento ha discurrido esencialmente a través del Comité de las Regiones, aunque también

por vías alternativas, como por ejemplo, atribuyendo a los ciudadanos comunitarios, con independencia de su nacionalidad, un derecho de voto (sufragio activo y pasivo) en las elecciones locales de los municipios en los que residen, considerándolas como unas entidades administrativas de base gobernadas por el principio democrático de la libre elección.

Además, como administraciones investidas de poder público, al ser capaces de afectar a las grandes libertades fundamentales, de circulación de personas, de prestación de servicios y de establecimiento de empresas, sus potestades no resultan indiferentes para el Derecho comunitario, el cual, además, puede mostrarse especialmente sensible cuando la armonización de

1. "Se crea un comité de carácter consultivo, denominado en lo sucesivo 'Comité de las Regiones', compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral de un ente regional o local, o que ostenten responsabilidad política ante una asamblea elegida" (artículo 263 CE, apartado primero).

ciertas políticas que interesen específicamente ámbitos locales las desvele como responsables de su cumplimiento, al no estar mediatizadas por la legislación estatal o autonómica.

En cualquier caso, aunque resulte difícil de imaginar tal situación, dado que la implementación del Derecho europeo depende, en su mayor parte, de las leyes y/o reglamentos del Estado y de las comunidades autónomas, su primacía, la eficacia directa de sus disposiciones y la elemental aplicación del principio de cooperación leal (ex artículo 10 CE) las involucran con intensidad en esa labor, tanto positiva como negativamente.

Positivamente, porque el respeto del Derecho comunitario las constriñe a “tomar todas las medidas de ejecución necesarias”, incluida, por extraño que parezca, la transposición de las directivas a través de actos locales que posean carácter obligatorio, tal y como resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1982.<sup>2</sup>

Negativamente, puesto que no cabe adoptar actos que resulten contrarios al Derecho comunitario, deber general de abstención que impide también que se escuden en la falta de transposición adecuada por la legislación nacional o de las comunidades autónomas, dado que no habrán de desarrollar la norma nacional o autonómica que contradiga ese derecho, como se colige de la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de febrero de 1999.<sup>3</sup>

En efecto, las autoridades locales no pueden poner como pretexto la presunta responsabilidad de las autoridades nacionales, por ejemplo en una inadecuada transposición de una Directiva, o, directamente, en la ausencia de la misma, para adoptar decisiones incompatibles con la Directiva, situación francamente delicada ante la tesitura de, o bien respetar el Derecho nacional, o bien respetar el Derecho comunitario, dilema que se resuelve en favor de este último por la aplicación del principio de primacía.

Por otra parte, las entidades locales ostentan con relación a las directivas una posición de ambivalencia porque, por un lado, los particulares pueden invocarlas frente a las corporaciones locales asimilándose estas

al Estado (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo),<sup>4</sup> pero, por otra parte, las entidades locales también están legitimadas para invocarlas frente al Estado, como si fueran particulares (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Ufficio Distrettuale).<sup>5</sup>

Finalmente, el incumplimiento del Derecho comunitario puede provenir, desde un punto de vista material, de cualquiera de los poderes u órganos que actúan en su seno: el poder ejecutivo, legislativo o judicial, bien se trate de autoridades centrales o federales o de entidades subestatales en los estados con estructura territorial compleja, por lo que, en consecuencia, se declarará la responsabilidad de un Estado miembro cuando la vulneración del Derecho comunitario se haya suscitado a causa del acto de una autoridad local.<sup>6</sup>

## 2. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior

El Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 27 de diciembre de 2006<sup>7</sup> publica la comúnmente conocida como Directiva de servicios, norma transversal llamada a promover cambios normativos de enorme calado en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, para la “indispensable realización de un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010.”

Lo primero que llama la atención es que, de acuerdo con el artículo 44 de la Directiva, las distintas administraciones públicas deberán adaptar su normativa antes del 28 de diciembre de 2009, lo que significa que, para esa fecha, los cambios normativos deben estar ya en vigor.

El plazo vence este año, mas no podemos olvidar, como aviso a navegantes, que durante tres años la Directiva ha estado publicada pendiendo como una auténtica espada de Damocles sobre los responsables nacionales de su adaptación.

2. Comisión/Países Bajos (96/81 y 97/81, Rec. p. 1791).

3. Asunto Asociación de pacientes, Rec. p. 29.

4. Asunto 103/88, Rec. p. 1839.

5. Asunto 231/87 y 129/88, Rec. p. 3233.

6. Según la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1974, el respeto al Reglamento comunitario concierne a todas las autoridades del Estado miembro, sin distinción entre poder central, Estado federado o entidad territorial. Asunto Casagrande (9/74, Rec. p. 773).

7. DO L 376 de 27/12/2006 p. 0036.

La Directiva, según su artículo primero, trata de establecer las disposiciones generales necesarias para el ejercicio de las libertades de establecimiento de los prestadores de servicios y de la libre circulación de los servicios, evidenciándose un objetivo claro: la eliminación de los obstáculos que resulten innecesarios y desproporcionados para dicha prestación.

Se precisa, pues, un importante cambio que puede llegar a ser difícil, al afectar a la mentalidad de toda una cultura jurídica, como acontece en países en los que, como en España, la autorización, acto típico de policía administrativa, se ha erigido en elemento fundamental de la vida administrativa, particularmente municipal.

Se generalizan postulados, más propios de entornos anglosajones o incluso escandinavos, tales como los de la mera comunicación o el régimen de notificación, en cuyo seno no hay un acto expreso por parte de la Administración destinado a refrendar la legitimidad de una determinada actividad, pues la respuesta de la Administración únicamente se explica en caso de que la actividad o el proyecto notificado adolezcan de cualquier patología.

En lo que concierne a la responsabilidad de los entes locales, resulta muy ilustrativo que la *Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada por la Directiva 2006/123/CE*, publicada en febrero de 2009 por el Ministerio de Administraciones Públicas, recuerde ya de entrada que la Ley de bases del régimen local, al atribuir en su artículo 4, apartado 1, letra a) el ejercicio de la potestad reglamentaria a las entidades locales, "las convierte en los sujetos obligados a modificar sus propias normas para adaptarlas al Derecho comunitario."

Sin duda, mucho ha de cambiar la actual situación para dar cobijo y plena satisfacción a una Directiva que establece, como el primero de sus postulados, el principio del libre acceso y el ejercicio de las actividades de servicios, sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica.

En una escala ascendente, admite gradualmente ciertas restricciones:

–Primero, el cumplimiento de ciertos requisitos que no precisan de notificación (por ejemplo un seguro).

–Segundo, el régimen de notificación o la declaración responsable, cuando la actividad requiera un mayor nivel de control.

–Tercero, la autorización previa, cuando se precise una comprobación por la Administración,<sup>8</sup> que sea necesaria, proporcionada a los fines que la justifiquen y, por supuesto, no discriminatoria. Así se deriva del artículo 9, apartado primero, de la Directiva de servicios:

"Los estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

"a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata;

"b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;

"c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz."

No está de más recordar que, si finalmente la autorización se mantiene, tendrá que aplicarse un régimen de silencio administrativo positivo, tal y como se infiere del apartado cuarto del artículo 13 de la Directiva de servicios:

"A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general."

De esta manera, se evidencia que los *casus belli* de la Directiva de servicios versarán sobre la definición y la determinación de lo que es una razón imperiosa de interés general, tanto para supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización, como para transformar en negativo el silencio.

La respuesta, la proporciona el artículo 4, apartado 8), pues entiende por "razón imperiosa de interés general" la reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público,<sup>9</sup> la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de

8. El artículo 4, apartado sexto, de la Directiva define el régimen de autorización como cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

9. De acuerdo con el considerando 41 de la Directiva, el concepto de "orden público", según lo interpreta el Tribunal de Justicia, abarca la protección ante una amenaza auténtica y suficientemente importante que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad, y podrá incluir, en particular, temas relacionados con la dignidad humana, la protección de los menores y adultos vulnerables y el bienestar animal. De igual manera, el concepto de seguridad pública incluye temas de protección civil.

seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.<sup>10</sup>

En consecuencia, podría apuntarse como un criterio de seguridad jurídica que las mismas razones de interés general que justifican el régimen de la autorización puedan operar también como criterios para declinar el carácter negativo del silencio.

En lo tocante a los condicionamientos para la prestación de servicios, los restringe el artículo 16, apartado primero, a las razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente.

En cualquier caso, el artículo 14 de la Directiva detalla unos requisitos prohibidos que habrán de eliminarse de la legislación y prácticas administrativas actuales:

“1) requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad o, en lo que se refiere a las sociedades, el domicilio social, y, especialmente:

“a) requisito de nacionalidad para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión;

“b) requisito de residir en el territorio nacional para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión;

“2) prohibición de estar establecido en varios estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios estados miembros;

“3) limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario

y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial;

“4) condiciones de reciprocidad con el Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía;

“5) aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general;

“6) intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general;

“7) obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. Ello no afectará a la posibilidad de los estados miembros de exigir garantías de un seguro o financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales;

10. Por su parte, según el considerando 40 de la Directiva, el concepto de “razones imperiosas de interés general”, al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva, ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado, y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena Administración de Justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.

“8) obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.”

### 3. Las entidades locales ante la libre competencia

Cuando un ayuntamiento se comporte en el mercado como una auténtica empresa, ejerciendo una actividad económica consistente en ofrecer bienes y servicios, la jurisprudencia de Luxemburgo no ha dudado en someterla a las diferentes reglas de la competencia, prohibiendo el abuso de su posición dominante.

En efecto, según jurisprudencia reiterada, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.<sup>11</sup>

En general, para las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991,<sup>12</sup> de 13 de diciembre de 1991<sup>13</sup> y de 19 de mayo de 1993,<sup>14</sup> basta con que una empresa disfrute de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común para otorgarle una posición dominante a efectos del artículo 86 CE.

En esta línea, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia<sup>15</sup> no se le escapó que “[...] el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado. Con objeto de poder efectuar una distinción semejante, es necesario pues, en cada caso, examinar las actividades ejercidas por el Estado [...] Procede señalar que a tal objeto no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante [...] o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del

Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante [...]”

La sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1991, Höfner,<sup>16</sup> planteó un asunto peculiar, en el que el órgano jurisdiccional remitente se interesó sobre si el monopolio de la colocación de ejecutivos y directivos, reservado a una oficina pública de empleo, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 CE.

Según la sentencia, la circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. En suma, las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos.

El Tribunal de Justicia resolvió:

“Una oficina pública de empleo, que ejerce actividades de colocación, está sometida a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica a ella confiada. El Estado miembro que le ha atribuido el derecho exclusivo de colocación infringe el apartado 1 del artículo 90 del Tratado cuando crea una situación en la que la oficina pública de empleo se ve obligada necesariamente a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede, en particular, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

“–El monopolio se extiende a actividades de colocación de ejecutivos y directivos de empresas.

“–La oficina pública de empleo no está manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades.

“–El ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas asesoras en materia de selección de personal se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los correspondientes contratos. Las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros estados miembros.”

11. Véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, Rec. p. I-10893, apartado 38.

12. *Merci convenzionali porto di Genova SpA* (C-179/90, Rec. p. I-5889).

13. *RTT* (C-18/88, Rec. p. I-5941).

14. *Corbeau* (C-320/91, Rec. p. I-2533).

15. 118/85, Rec. p. I-2599.

16. *Asunto 41/90*, Rec. I-979.

Otro caso interesante lo proporciona la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1988, Bodson,<sup>17</sup> derivado de varias cuestiones prejudiciales, planteadas por la *Cour de cassation* francesa sobre la interpretación de los artículos 37, 85, 86 y 90 del Tratado, con objeto de determinar la compatibilidad con dichas disposiciones con una regulación nacional de concesión exclusiva de monopolios municipales en materia de determinados servicios de pompas fúnebres.<sup>18</sup>

De esta importante sentencia se deduce que:

–No puede excluirse la eventualidad de que un monopolio de prestación de servicios pueda tener una influencia indirecta sobre los intercambios de mercancías entre los estados miembros, en particular cuando el monopolio de prestación de ciertos servicios constituido por una empresa o por un conjunto de empresas conduzca a una discriminación de los productos importados en relación con los productos de origen nacional.

–A este respecto, hay que observar que se engloban las situaciones en las que el monopolio que se discute es practicado por una empresa o grupo de empresas o por entidades territoriales del Estado, como son los municipios.

–Sin embargo, la legislación nacional atribuía los servicios exteriores de pompas fúnebres a los municipios, los cuales pueden optar entre atribuir mediante concesión la gestión de dichos servicios a una empresa privada, gestionarlos directamente o dejarlos en régimen de completa libertad. La circunstancia de que los concesionarios de cierto número de municipios, que abarcan una parte importante del territorio nacional, pertenezcan a un mismo grupo de empresas y puedan influir así en las corrientes de intercambios, no resultaba del comportamiento de las autoridades

nacionales o municipales, sino del de las empresas de que se trata.

–Por tanto, se puso de relieve que la situación a que se refiere el órgano jurisdiccional nacional debe enjuiciarse a la luz más bien de las disposiciones del Tratado aplicables a las empresas, principalmente los artículos 85, 86 y 90, que de las normas del artículo 37, relativas a los monopolios nacionales.

–El artículo 85 del Tratado se aplica, según sus propios términos, a los acuerdos “entre empresas”; dicha disposición no se refiere a los contratos de concesión celebrados entre los municipios, cuando actúan en calidad de administraciones públicas, y las empresas encargadas de la gestión de un servicio público.

–Ahora bien, el grupo de empresas cuya sociedad matriz era Pompes funèbres générales era concesionaria exclusiva en menos del 10% de los municipios franceses; no obstante, la población de estos municipios ascendía a más del tercio de la población francesa. El Tribunal puso el acento “en la importancia de la población, y no el número de municipios en los que el grupo de que se trate sea concesionario exclusivo, lo que determina el número de entierros y lo que, por consiguiente, será preciso tener en cuenta para apreciar la existencia de una posición dominante.”

–Finalmente, consideró que “si los municipios hubiesen impuesto a sus concesionarios un determinado nivel de precios, absteniéndose de adjudicar la concesión de la gestión de los servicios exteriores a las empresas contratistas si estas no aceptaban practicar precios particularmente elevados, dichos municipios se encontrarían en la situación a la que se refiere el párrafo 1 del artículo 90. En efecto, esta disposición regula las obligaciones que tienen los estados miembros (concepto que incluye, en este contexto, a las entidades públicas territoriales de

17. Asunto 30/87, Rec. p. I-2479.

18. Una ley francesa de 1904, atribuyó a los municipios los servicios exteriores de pompas fúnebres. Los servicios exteriores comprenden exclusivamente el traslado de los cadáveres después de su colocación en el féretro, la facilitación de coches fúnebres, ataúdes, adornos externos de las cámaras mortuorias, y vehículos para el cortejo fúnebre, así como los artículos y el personal necesarios para las inhumaciones, exhumaciones y cremaciones; en particular, no incluyen ni los servicios interiores, que corresponden a las prestaciones del culto, ni los servicios libres, que comprenden las prestaciones que no son indispensables para la organización de las exequias, como el suministro de flores y la marmolería. 5.000 municipios franceses, sobre un total de cerca de 36.000 (que agrupan a 25 millones de personas, lo que supone aproximadamente el 45% de la población francesa), habían adjudicado la concesión de los servicios exteriores a una empresa privada. La sociedad Pompes funèbres générales y sus filiales eran concesionarios en 2.800 municipios; llevan a cabo un elevado porcentaje de los entierros que se realizan en Francia. Según los datos facilitados por la Comisión, la sociedad matriz, Pompes funèbres générales, era, a su vez, filial de una empresa que forma parte del grupo Lyonnaise des Eaux. La Sra. Bodson explotaba una de las empresas de pompas fúnebres con franquicia del Sr. Michel Leclerc, quien había constituido en Francia una red de tales empresas, que prestaba sus servicios a precios netamente inferiores a los practicados habitualmente en el referido sector, principalmente por la sociedad Pompes funèbres générales y sus filiales. Cuando la Sra. Bodson llevó a cabo entierros en el término municipal de la ciudad de Charleville-Mézières, el concesionario exclusivo presentó contra ella una demanda de medidas provisionales.

ámbito regional, provincial o municipal) en relación con las empresas 'a las que conceden derechos especiales o exclusivos.' La concesión exclusiva de los servicios exteriores de pompas fúnebres se incluye precisamente en esta situación. De la anterior conclusión se desprende que las entidades públicas, en una situación como la del caso de autos, no pueden adoptar ni mantener 'medidas' contrarias a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 85 y 86. Por consiguiente, está prohibido que ayuden a las empresas concesionarias a practicar precios no equitativos, imponiendo tales precios como cláusula de un contrato de concesión."

Sirva este asunto como catalizador de una breve reflexión en torno al actual grado de liberalización de los servicios funerarios en España.

Según las conclusiones del Informe de fiscalización de los servicios funerarios y de los cementerios en las corporaciones locales del Pleno del Tribunal de Cuentas de 20 de julio de 2006, el servicio de cementerios es un servicio público cuyo principal objetivo es satisfacer los intereses generales, manteniendo un equilibrio financiero; por tanto, la exigencia de un canon, especialmente cuando este es elevado o variable sobre la cifra de negocio, incide especialmente en el incremento de los precios a los ciudadanos. En este sentido, resulta contradictorio que los pliegos de condiciones de muchas concesiones establezcan como uno de los criterios importantes para seleccionar al adjudicatario el incremento del canon propuesto por el licitador, especialmente cuando el ayuntamiento no dispone de estudios de costes fiables ni conoce si las tarifas vigentes son o no suficientes para mantener el equilibrio financiero exigible.

Solo en 3 concesiones de las 24 que se analizaron, los pliegos de condiciones exigían del concesionario la presentación de estudios, memorias o liquidaciones que permitan la supervisión por el municipio. Además, los precios consignados en las tarifas de los servicios de cementerios no responden a estudios de costes, y muchas ofrecen precios distintos en función de la ubicación de las unidades de enterramiento, resultando que el precio medio mínimo, en los ayuntamientos que realizaban la prestación del servicio mediante conce-

sión administrativa, era ligeramente más elevado que en los que se realiza en gestión directa, pues, al fin y al cabo, el concesionario asume dos costes que la gestión directa no tiene: el canon a favor del ayuntamiento y el impuesto sobre sociedades.

Se evidencia, pues, que la liberalización del servicio funerario mediante el RDL 7/96, a partir del 1 de enero de 1997, pese a que originó un cambio en la concepción de los servicios mortuorios,<sup>19</sup> no ha alcanzado el objetivo de evitar "las discriminaciones entre prestadores", ni ha permitido "el libre juego de la libre competencia", al no existir suficientes condiciones objetivas que favorezcan la iniciativa privada, debido en parte a la ausencia de normas del Estado y de las comunidades autónomas que fijen los límites de los requisitos que pueden establecerse por los ayuntamientos, favoreciendo un mercado de marcado carácter local, dominado por los operadores previamente instalados en cada municipio.

Siempre a tenor del referido Informe del Tribunal de Cuentas en Cataluña, la promulgación de la Ley 2/1997, de normas reguladoras de los servicios funerarios, en la que obligaba a los ayuntamientos de su ámbito territorial a dotarse de la correspondiente norma reguladora, no ha contribuido a incrementar la concurrencia, ya que existe un alto grado de monopolio o de concentración de operadores en los ayuntamientos de su ámbito territorial (en 11 de los 13 ayuntamientos analizados de Cataluña solo operaba una empresa funeraria, y en los otros dos están autorizados dos operadores).

#### 4. Subvenciones y ayudas de Estado

El artículo 87 CE pretende evitar que determinadas subvenciones y ayudas de Estado afecten a los intercambios intracomunitarios, debiéndose considerar como tales ayudas de Estado las acordadas por una autoridad pública o financiadas por medio de recursos públicos, con independencia de que hayan sido otorgadas tanto por el Estado como por una autoridad

19. Se pueden distinguir las siguientes actividades: a) Actividades funerarias, que incluyen toda clase de servicios desde que se produce el fallecimiento de una persona hasta el momento de su inhumación o cremación; son actividades económicas que pueden ser desempeñadas por los ayuntamientos en régimen de libre concurrencia. b) Servicio de inhumación o cremación. El cementerio es un servicio obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, por sí o asociado, que puede hacerse en concurrencia con la iniciativa privada. El servicio de incineración, como sustitutivo o complementario al de cementerio, es un servicio municipal voluntario que, asimismo, también puede prestarse en concurrencia con la iniciativa privada. Ambos servicios pueden prestarse por los municipios en cualquiera de las formas de gestión previstas en el artículo 85.1 de la LBRL.

local, como se infiere de las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1984, Comisión/Italia, y de 14 de octubre de 1987, Alemania/Comisión.

La pretensión del Tratado es equiparar al sector público y al privado desde los puntos de vista jurídico y económico.

De acuerdo con el artículo 87, apartados primero y segundo,

“1. Los estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive (que están referidos a las normas sobre competencia).

“2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.”

Como apunta Sosa Wagner (*Nuevo horizonte del servicio público*), tales reglas de competencia y mercado no afectan a los servicios públicos llamados de autoridad (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1993, Lagache), de modo que quedan fuera de la aplicación estricta del artículo 86 CE no solo los servicios que implican el ejercicio de prerrogativas públicas, sino también aquellos de carácter económico, en la medida en que desarrollen, asimismo, funciones de autoridad que no puedan separarse de sus actuaciones económicas.

Tampoco se someten a sus dictados los servicios llamados de solidaridad, como se deduce de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993, asunto Poucet:<sup>20</sup>

Dos ciudadanos se opusieron a los requerimientos de pago de las cotizaciones de la Seguridad social formulados por varias empresas gestoras sobre una pretendida libertad de afiliación a cualquier entidad de seguros, negando la obligación de someterse a condiciones fijadas unilateralmente por unos organismos

que gozarían de una posición dominante contraria a las reglas del Tratado.

Según el Tribunal, “los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria, que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes”, por lo que “las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa... dicha actividad no es una actividad económica... las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado”.

Ahora bien, debe insistirse en que únicamente cabe cuestionar estas ayudas cuando afecten a los intercambios comunitarios, por lo que las ayudas locales, teniendo, por regla general, un carácter más limitado que las estatales, difícilmente entrarían en la órbita de la incompatibilidad con el Tratado.

Con ánimo de dispensar criterios de seguridad jurídica, la Comisión ha establecido un determinado umbral, por debajo del cual las ayudas no están sometidas a la necesidad de notificación.

El Reglamento 69/2001, de 12 de enero, estableció el umbral máximo en 100.000 €, que posteriormente fue elevado por el Reglamento 1998/2006, de 15 de diciembre, a 200.000 €, hasta el 31 de diciembre de 2013.

Evidentemente, la picaresca puede dar lugar a malentendidos, como por ejemplo cuando se intente fraccionar las ayudas con relación a un mismo proyecto, para mantenerse por debajo del umbral, lo que, quizás, no case con el escrupuloso respeto a las reglas comunitarias de la competencia.

No obstante, a tenor del artículo 87.3 CE podrán considerarse compatibles con el mercado común:

“a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;

“b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

20. C-159/91 y C-160/91, Rec. p. 637.

“c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

“d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;

“e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo, por decisión tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.”

Distintas son las ayudas acordadas por las autoridades públicas, como compensación a ciertas obligaciones de servicio público impuestas a una empresa, dado que no pueden ser consideradas ayudas de Estado, a tenor, entre otras, de las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, d'Almelo,<sup>21</sup> y 24 de julio de 2003, Altmark Transport.<sup>22</sup>

En el asunto d'Almelo, el debate se produjo entre ese Ayuntamiento y varios distribuidores locales de energía eléctrica y una empresa de distribución regional de electricidad, al exigir esta el pago de un canon que compensara la menor rentabilidad de la distribución en las zonas rurales frente a la mayor rentabilidad de la distribución en las zonas urbanas que corresponde a las pequeñas distribuidoras.

El Tribunal de Justicia recordó que: “es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos, en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida...”

Mención especial merece el asunto Altmark Transport.

El litigio en el que se suscitaron las cuestiones prejudiciales enfrentaba a Altmark Trans GmbH y Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, y se refería a la concesión, por el Regierungspräsidium Magdeburg (Gobierno de la región de Magdeburgo), de licencias

de servicios regulares de transporte por autocar en el Landkreis Stendal (Alemania) a Altmark Trans, y de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios.

El órgano jurisdiccional remitente preguntó, por lo que aquí interesa:

“—Las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte de viajeros de ámbito local, ¿están sujetas en cualquier caso a la prohibición de ayudas que figura en el artículo [92], apartado 1, [del Tratado] CE o bien, debido a su alcance regional, ha de considerarse que a priori tales subvenciones no pueden afectar al comercio entre estados miembros?

“La respuesta a esta cuestión, ¿depende eventualmente de la situación concreta y la importancia del ámbito de actividad de los transportes urbanos, de cercanías o regionales de que se trate en cada caso?

“—El artículo [77 del Tratado] CE, ¿otorga al legislador nacional, con carácter general, la facultad de autorizar subvenciones públicas destinadas a compensar los déficits en el ámbito del transporte público urbano, de cercanías o regional, sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (CEE) núm. 1191/69?”

Una vez que el juez nacional comprobó que el pago de subvenciones a Altmark para la explotación de las licencias controvertidas, en régimen de autonomía financiera, no era contrario al Derecho nacional, se planteó la compatibilidad de dichas subvenciones con el Derecho comunitario.

El Reglamento núm. 1191/69 impone un régimen obligatorio que los estados miembros deben necesariamente respetar cuando prevén imponer obligaciones de servicio público en el sector del transporte terrestre, pues uno de los objetivos de la política común de transportes es la eliminación de las desigualdades que se derivan de las obligaciones inherentes a la noción de servicio público, impuestas a las empresas de transporte por parte de los estados miembros y que falsean sustancialmente las condiciones de competencia. A tenor del segundo considerando de dicho Reglamento, es necesario, por tanto, suprimir las obligaciones de servicio público definidas en él, si bien su mantenimiento

21. C-393/92, Rec. p. I-1477.

22. Derivada de la cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE) y 77 del Tratado CE (actualmente artículo 73 CE), así como del Reglamento (CEE) núm. 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

puede ser indispensable en ciertos casos para garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte.

Para que se produzca una ayuda de Estado, el artículo 92, apartado 1, del Tratado establece los siguientes requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia.

Según la sentencia *Altmark*, en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional, y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen, pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los estados miembros.

Además, y pese a los umbrales objetivos anteriormente citados, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre estados miembros.<sup>23</sup> En suma, la ayuda para afectar a los intercambios entre los estados miembros no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados, ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.

No obstante, las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional, no están sujetas al artículo 92 CE si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. La aplicación de este criterio requiere que el órgano jurisdiccional remitente compruebe el cumplimiento de los siguientes requisitos:

–en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;

–en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;

–en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir, total o parcialmente, los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;

–en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Esencial, en todo caso, es mantener el principio de contabilidad separada entre las distintas actividades de las empresas.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 febrero de 1961<sup>24</sup> manejó una idea amplia de ayuda, pues, al lado de prestaciones positivas como las subvenciones, contempla otras que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que gravan el presupuesto de una empresa; en esta línea, se prohíben las que, de cualquier manera, favorezcan, directa o indirectamente, a las empresas, o se estimen como una ventaja económica que la empresa beneficiaria no habría percibido en condiciones normales.<sup>25</sup>

La cuestión prejudicial (asunto C-169/08) planteada por el Tribunal Constitucional italiano sobre una ecotasa de la Región de Cerdeña: ¿alberga una ayuda de Estado?

Por el momento únicamente se han presentado las conclusiones de la Abogada General Kokott de 2 de julio de 2009, de las que se infieren ciertas pautas para desbrozar lo que es una ayuda de Estado, así como para determinar en qué medida puede afectar a la libertad de servicios.

El procedimiento principal ante la Corte costituzionale versaba sobre el análisis de la constitucionalidad de un impuesto regional de la Región Autónoma de

23. Sentencias *Tubemeuse*, apartado 43, y *España/Comisión*, apartado 42.

24. *Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad* (30/59, Rec. p. 1).

25. Ver también sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros* (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 60; y de 29 de abril de 1999, *España/Comisión* (C-342/96, Rec. p. I-2459, apartado 41).

Cerdeña que se aplicó de 2006 a 2008 y entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de estos años, sobre determinadas escalas de aeronaves privadas y embarcaciones de recreo. Sin embargo, la obligación impositiva únicamente afectó a personas con domicilio fiscal fuera del territorio de la Región de Cerdeña. Además, no se gravaron las escalas de embarcaciones que tenían su punto de amarre en Cerdeña durante todo el año. La Corte costituzionale italiana alberga dudas sobre la compatibilidad de esta normativa fiscal sarda con el Derecho comunitario, concretamente con la libre prestación de servicios (artículo 49 CE) y la prohibición de las ayudas de Estado (artículo 87 CE).

La Abogada General no encuentra justificación de ese impuesto por razones medioambientales.

La Región Autónoma de Cerdeña alegaba:

–que la norma fiscal controvertida viene motivada por razones de política medioambiental;

–que las numerosas embarcaciones de recreo y aeronaves, que cada año hacen escala con fines turísticos en Cerdeña, conducen a un deterioro considerable del medio ambiente;

–que con el impuesto sobre escalas con fines turísticos de aeronaves privadas y embarcaciones de recreo se persigue la percepción de ingresos que le permitan adoptar más medidas de protección y recuperación de los recursos medioambientales deteriorados por el turismo;

–que se persigue un efecto de encauzamiento: por una parte, se pretende que se produzca un menor uso de las zonas costeras. Por otra, se pretende que los flujos de turistas se distribuyan mejor a lo largo de todo el año, por lo que el impuesto únicamente es aplicable durante la temporada alta, entre el 1 de junio y el 30 de septiembre, y no en aquellas temporadas de menos turismo. De este modo se pretende contribuir al desarrollo sostenible del turismo en la Región.

El problema es el hecho de que se establece una distinción en función del domicilio fiscal, y únicamente grava a los no residentes con el impuesto regional y no a los residentes.

La Región Autónoma de Cerdeña considera que tal norma se corresponde con el principio de que quien contamina paga. De no ser así, los no residentes podrían utilizar los recursos medioambientales de la Región sin contribuir a su conservación y recuperación, y actuar, por lo tanto, como *“free-riders”*.

La Abogada General Kokott niega virtualidad al argumento:

“– Sin embargo, una norma basada en el principio de que quien contamina paga no puede limitarse a gravar con un impuesto medioambiental a los operadores no residentes de aeronaves privadas y embarcaciones de recreo y no gravar a los residentes. En la medida en que el deterioro medioambiental se deriva de las aeronaves privadas y embarcaciones de recreo que hacen escala en Cerdeña, este se produce independientemente de la procedencia de tales aeronaves y embarcaciones y, en particular, no guarda relación alguna con el domicilio fiscal de sus operadores. Las aeronaves y embarcaciones de los no residentes contribuyen del mismo modo al menoscabo de los recursos medioambientales que las aeronaves y embarcaciones de los residentes” (punto 73).

“– Los barcos que amarran todo el año en las instalaciones portuarias de dicha Región están exentas del pago del impuesto regional, pese a que su cuota en la contaminación invocada será, normalmente, muy superior a la de embarcaciones similares que tienen su punto de amarre fuera de Cerdeña y que únicamente hacen escala en aguas y puertos de esta Región de manera esporádica” (punto 75).

En cuanto a la ayuda de Estado, afirma su existencia en el punto 155 de sus conclusiones: “Una normativa regional, como la de la Región Autónoma de Cerdeña, por la que únicamente se gravan las escalas turísticas de aeronaves y embarcaciones de recreo de empresas con domicilio fiscal fuera de dicha Región, constituye una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, en beneficio de empresas que ejercen la misma actividad y tienen su domicilio fiscal en dicha Región.”

## 5. Libre circulación de mercancías

En el seno de la Unión aduanera no existe ninguna frontera interior, por lo cual, no se permiten los derechos de aduana ni las tasas de efecto equivalente ni las restricciones cuantitativas a la importación.

Por tanto, han de desaparecer todos los obstáculos susceptibles de entorpecer los intercambios, sin que puedan existir fronteras regionales de ningún tipo.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre 2004, Carbonati Apuani, rechaza el argumento del Gobierno italiano y del Ayuntamiento de Carrara, que sostenían que la prohibición de los derechos de aduana y las tasas de efecto equivalente no debía afectar más que a los intercambios entre estados miembros.

En este asunto, una ley había permitido que ese municipio estableciera la percepción de una tasa sobre los mármoles que se extraían en su territorio, pero que eran transportados más allá de la circunscripción municipal.

Interrogado el Tribunal de Justicia por la oportuna cuestión prejudicial, anunció que se trataba de una tasa de efecto equivalente establecida en detrimento de las mercancías cuyo destino final se situaba en el interior del Estado miembro en cuestión, apuntando que el respeto de las reglas de la libre circulación de mercancías obligaba también a las corporaciones locales sobre su territorio.

## 6. Libre circulación de personas y libre establecimiento

La función pública, incluida la local, ha de abrirse a los ciudadanos comunitarios, aunque con la excepción, interpretada estrictamente por la jurisprudencia, de los empleos que supongan el ejercicio de prerrogativas de poder público para la salvaguarda de los intereses generales del Estado, a los cuales deben de asimilarse los intereses propios de las entidades locales (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, Comisión/Bélgica),<sup>26</sup> de lo que se deriva que únicamente ciertos empleos locales pueden estar reservados a los ciudadanos nacionales del Estado miembro en cuestión.

En lo que se refiere al libre establecimiento, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 1985, Steinhauser,<sup>27</sup> apuntó, en el ámbito de un litigio entre un municipio francés y un ciudadano alemán que deseaba ser candidato para que se le adjudicase la ocupación demanial correspondiente para el ejercicio de su actividad de pintor, solicitud rechazada por causa de su nacionalidad, que la gestión del dominio público municipal se sometía también al respeto del principio de libre establecimiento, entendido, además, en un sentido amplio, el cual incluye no solamente el acceso a las actividades y las condiciones de su ejercicio. Por tanto, cualquier ciudadano comunitario puede beneficiarse de un acuerdo relativo a la ocupación privativa del dominio público, con la misma posición e idénticos derechos que los que corresponden a cualquier nacional del Estado miembro de que se trate.

26. 149/79.

27. 197/84, p. 743.

28. Comisión/España (C-227/01, Rec. p. I-8253).

## 7. Medio ambiente

### 7.1. El fraccionamiento de proyectos

No es extraño que los estados esgriman la atomización de las obras sujetas a evaluación para evadir el Derecho comunitario. La picaresca podría determinar que un plan o programa, en principio unitario, se fraccionase mediante la elaboración de diversos planes a los efectos de obtener evaluaciones ambientales menos gravosas.

El rechazo de esta técnica, viene dado por la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 16 de septiembre de 2004,<sup>28</sup> que declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de norma comunitaria relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del "proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma", que forma parte del proyecto denominado "Corredor del Mediterráneo", ya que la norma comunitaria establece que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

Frente a la argumentación de la Comisión, que consideraba que, tanto a tenor de la Directiva 85/337 como de la propia normativa española, debió haberse realizado un procedimiento de evaluación del impacto sobre el medio ambiente, el Gobierno español, admitiendo que el proyecto no fue formalmente sometido a dicha evaluación, minimizó las consecuencias de su ausencia, argumentando sobre la escasa longitud de la obra, además de expresar que la Directiva no resultaba aplicable, puesto que las obras acometidas se habían limitado a mejorar una línea de ferrocarril ya existente mediante el desdoblamiento de la única vía inicial, lo que ni constituye la construcción de una nueva línea ferroviaria ni requiere un nuevo trazado de larga distancia.

Las respuestas de Luxemburgo son contundentes, y, específicamente, frente a la alegación del Gobierno español relativa a que el proyecto de que se trata no afecta al tráfico a gran distancia en el sentido de esta disposición, sino únicamente a un

tramo de 13,2 kilómetros entre localidades vecinas, el Alto Tribunal, después de poner de manifiesto que el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 kilómetros de longitud entre Valencia y Tarragona, advierte que “si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que, tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento, pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva...”

El Abogado General Ruiz-Jarabo, en sus conclusiones de 25 de junio de 2009,<sup>29</sup> analiza la dimensión transfronteriza de ciertos proyectos y niega legitimidad a la posibilidad de fraccionar los mismos, atendiendo a diversos países.

Una sociedad italiana y otra austriaca elaboraron un proyecto conjunto para la construcción y ulterior explotación de una línea aérea de conexión de energía eléctrica. La obra cubriría una longitud total de aproximadamente cuarenta y nueve kilómetros, de los que cuarenta y uno transcurrirían en territorio italiano, y alrededor de siete en Austria.

La italiana Alpe Adria Energia SpA solicitó a las autoridades ambientales austriacas una declaración de conformidad con la Ley austriaca relativa a la evaluación de impacto medioambiental de 2000, denegando la evaluación de impacto ambiental, ya que el proyecto no alcanzaba, en territorio austriaco, el umbral longitudinal de quince kilómetros que exige la Directiva 85/337.

La cuestión prejudicial estaba servida: “¿Debe interpretarse la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente [...], en el sentido de que un Estado miembro ha de prever una obligación de evaluación de tipos de proyecto mencionados en el anexo I de la Directiva, en particular en su punto 20 (construcción de líneas aéreas de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV y una longitud

superior a 15 km), en un proyecto de instalación sobre el territorio de dos o más estados miembros, cuando el umbral que da lugar a la obligación de evaluación (en el caso de autos, la longitud de 15 km) no es alcanzado o rebasado por el tramo de la instalación ubicada en su territorio, pero sí añadiendo el tramo de la instalación proyectada en el Estado o estados vecinos?”

Afirma Ruiz -Jarabo en sus conclusiones:

“Las dificultades de los proyectos divididos en distintos tramos temporales se pusieron de relieve en los asuntos Wells,<sup>30</sup> Comisión/Reino Unido<sup>31</sup> y Barker,<sup>32</sup> en los que el Tribunal de Justicia reiteró la necesidad de estudiarlas globalmente. Para evitar que la segmentación de etapas administrativas desnaturalizara el contenido del proyecto, provocando la inaplicación de la Directiva 85/337, la jurisprudencia confirmó que la EIA ‘debe revestir un carácter global, teniendo en cuenta todos los aspectos del proyecto’ aún sin evaluar o pendientes de nueva evaluación” (al punto 74 de las conclusiones).

“Algo semejante ocurre cuando la EIA no se ha practicado porque la obra, en principio ajena a la fiscalización medioambiental, implica una modificación o una ampliación de otra que figura en los anexos de la Directiva 85/337. Esta circunstancia se dio en el asunto Abraham y otros,<sup>33</sup> que oponía a los vecinos de los alrededores del aeropuerto de Lieja-Bierset con las autoridades promotoras de su ampliación, para facilitar su explotación durante las veinticuatro horas del día y los trescientos sesenta y cinco días del año. El punto 7 del anexo I aludía a la obligación de acometer la EIA respecto de la ‘construcción de aeropuertos [...] cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más.’ Sin embargo, nada se preveía sobre la ampliación de un aeropuerto, sobre todo cuando tal extensión no alteraba la dimensión de la pista. En este contexto la obra proyectada modificaba las infraestructuras del aeropuerto, la construcción de una torre de control, nuevos ramales de salida de las pistas y zonas de estacionamiento, así como trabajos de acondicionamiento y de prolongación de las pistas de despegue y de aterrizaje, aunque sin variar su longitud. El Tribunal de Justicia era consciente de que tal iniciativa suponía un gran impacto sobre el medio ambiente

29. Asunto Alpe Adria C-205/08.

30. Sentencia de 7 de enero de 2004 (C-201/02, Rec. p. I-723).

31. Sentencia de 4 de mayo de 2006 (C-508/03, Rec. p. I-3969).

32. Sentencia de 4 de mayo de 2006 (C-290/03, Rec. p. I-3949).

33. Sentencia de 28 de febrero de 2008 (C-2/07, Rec. p. I-1197).

y de que se sortearía la preceptiva EIA bajo el pretexto de que no se cambiaba la extensión de la pista. Con un criterio global de apreciación, la sentencia, velando por el efecto útil de la Directiva 85/337, resolvió que los trabajos de ‘modificación de un aeropuerto, cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más, no consisten únicamente en alargar la pista, sino en todas las obras sobre las edificaciones, las instalaciones y los equipos de dicho aeropuerto siempre que, atendiendo a su naturaleza, a su importancia y a sus características, impliquen una modificación del propio aeropuerto’” (al punto 75 de las conclusiones).

“En el asunto *Ecologistas en Acción-CODA*, recapituló que ‘el objetivo de la Directiva [85/337] no puede eludirse mediante el fraccionamiento de un proyecto y que el hecho de que no se considere el efecto acumulativo de varios proyectos no debe tener como consecuencia práctica que se sustraigan en su totalidad a la obligación de evaluación cuando, considerados conjuntamente, puedan tener efectos significativos en el medio ambiente’”<sup>34</sup> (al punto 76 de las conclusiones).

“Por consiguiente, si un proyecto del anexo I de la Directiva 85/337 se rige por sus dictados cuando se ejecute en varias etapas, cuando la tramitación administrativa comprenda diferentes procedimientos o cuando se modifique, también sucede lo mismo cuando una obra se divide en diversos territorios nacionales. De cualquier manera, antes de terminar resulta oportuno observar la incidencia del factor territorial en la aplicación de la Directiva 85/337” (al punto 78 de las conclusiones).

“Si los individuos, las mercancías, los servicios y los capitales se mueven por el perímetro europeo sin cortapisas, sería paradójico resucitar estos parapetos para un fenómeno que, por su propia naturaleza, no conoce de países ni de continentes: la contaminación. Por tanto, si la política medioambiental comunitaria implica la lucha contra la polución entre diferentes estados, a sabiendas de que esta contienda no se libra desde un único lugar, sería incongruente fraccionar los proyectos sujetos a la EIA en función del territorio por el que discurren” (al punto 80 de las conclusiones).

“Sin embargo, esta actuación conjunta debe emplear parámetros comunes, como un concepto unitario y global de ‘proyecto’, pues, si no fuera así, la coopera-

ción se reduciría a una farsa, eludiendo las obligaciones de la Directiva 85/337 en el proyecto. En este asunto cabe presumir que en Italia se ha practicado la preceptiva EIA, pues allí se superan en extensión los quince kilómetros. Mi preocupación se evidencia al imaginar en un supuesto como el de autos una variante: un proyecto transfronterizo de veintinueve kilómetros en total, discurriendo catorce kilómetros y medio en cada Estado; según el anexo I no procedería la EIA en ninguno de los dos países, corriendo el riesgo de eximir de cualquier supervisión la integridad de la iniciativa, lo que demuestra las consecuencias inquietantes que acarrearía la tesis defendida por *Alpe Adria*” (al punto 82 de las conclusiones).

“Considero, pues, que una frontera nacional no constituye un límite en la definición de los ‘proyectos’ contemplados en la Directiva 85/337. Por tanto, un Estado miembro debe prever una obligación de evaluación de los proyectos mencionados en su anexo I, especialmente en su punto 20, en el caso de una propuesta de instalación sobre el territorio de dos o más estados miembros, cuando el umbral de la obligación de evaluación no se alcanza en el tramo acometido dentro de sus fronteras, pero sí añadiendo el tramo proyectado en el Estado o los estados vecinos” (al punto 83 de las conclusiones).

## 7.2. El elemento teleológico de la tutela medioambiental

Recientemente, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha clarificado la razón de ser de ciertas informaciones en materia medioambiental, en el curioso asunto *Commune de Sausheim*,<sup>35</sup> derivado del planteamiento de una cuestión prejudicial por el *Conseil d'État*.

El soporte fáctico se refiere al acceso a la información relativa a la localización de una serie de pruebas de campo de organismos modificados genéticamente (en lo sucesivo, “OMG”), cuando las autoridades consideran que puede existir un riesgo de orden público si se comunica dicha información, por ejemplo, si los “guerrilleros ecológicos” destruyen las cosechas. El Sr. Azelvandre solicitó una serie de datos relativos a la liberalización de OMG, que finalmente

34. Sentencia de 25 de julio de 2008 (C-142/07, Rec. I-0000), apartado 44.

35. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2009, *Commune de Sausheim* (C-552/07, aún no publicada en la Recopilación), y conclusiones de la Abogada General Sharpston de 22 de diciembre de 2008.

fueron rechazados en lo atinente a la comunicación de la copia de la ficha de implantación y del mapa de localización de las pruebas de campo, por considerar que tal comunicación lesionaría la intimidad y la seguridad de los agricultores afectados.

Tras los oportunos recursos internos, el asunto llegó finalmente al Conseil d'État, quien pregunta al Tribunal de Luxemburgo sobre el "lugar en el que se efectuará la liberación de los organismos modificados genéticamente", pues quiere saber si, por tal, debe entenderse la parcela catastral o una zona geográficamente más extensa, correspondiente, bien al municipio en cuyo territorio tiene lugar la liberación, o bien a una zona aún más amplia (cantón, departamento). Asimismo interroga, para el caso de que deba entenderse que el lugar designa la parcela catastral, si es posible oponer una reserva, dirigida a la protección del orden público o de otros secretos protegidos por la ley, frente a la comunicación de la referencia catastral del lugar de la liberación, sobre la base del artículo 95 [CE], o de la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, o de un principio general del Derecho comunitario.

En ese trámite prejudicial se entrelazaban dos bloques normativos diferenciados: uno, el relativo a la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente,<sup>36</sup> y el otro, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente,<sup>37</sup> por lo que, como apuntan las conclusiones de Sharpston, las cuestiones prejudiciales persiguen que se aclare el modo en que interactúan las directivas que regulan la liberación de OMG en el medio ambiente con las directivas que establecen el acceso a la información medioambiental relativa a dichas liberaciones (apartado 29).

De la Directiva 2001/18 resulta que, en ningún caso, se podrá mantener secreto el lugar de la liberalización, ya que esa Directiva obliga a cualquier parte que desee efectuar una liberación a facilitar información a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se realizaría la liberación propuesta. La finalidad de esta información es permitir a dichas autoridades

llevar a cabo una evaluación de riesgos efectiva antes de autorizar al notificador a dispersar los OMG en el medio ambiente.

Las conclusiones, seguidas en esencia por la sentencia del Tribunal de Justicia, se basan en la finalidad del expediente de notificación, es decir, el proporcionar a las autoridades competentes la información que necesitan para llevar a cabo una evaluación del riesgo para el medio ambiente antes de autorizar la liberación, por lo que el nivel de detalle que dichas autoridades necesitarán dependerá de cada caso,<sup>38</sup> por lo que las autoridades están obligadas a poner en conocimiento del público la información relativa a la localización de las liberaciones, con el mismo grado de precisión que haya sido necesario para realizar la evaluación del riesgo para el medio ambiente, con arreglo al procedimiento de autorización.

Según la sentencia, no cabe invocar una reserva relativa a la protección del orden público o a otros intereses protegidos por la ley para denegar la comunicación de la información mencionada en el artículo 25, apartado 4, de la Directiva 2001/18, constatando así la compartimentación entre ambas normativas.

## 8. La contratación pública

### 8.1. La fijación *ex ante* de los criterios de adjudicación

Una de las cuestiones que ha llamado la atención de la jurisprudencia comunitaria es la relativa a la fijación *ex ante* de los criterios de adjudicación.

Las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo de 8 de septiembre de 2005 son un magnífico punto de partida para su análisis (asunto C-331/04).

Apuntan las conclusiones que las vigentes directivas 2004/18 y 2004/17/CE exigen de la Administración, en sus respectivos artículos 53 y 55, la expresión de cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta más beneficiosa, empleando una banda de puntos con una amplitud máxima adecuada. Si no fuese posible por razones demostrables, le obligan a indicar el orden

36. Disciplinado 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 organismos modificados genéticamente, y por la que se deroga la Directiva 90/220 (DO L 106, p. 1).

37. Directiva 2003/4, que en el momento de la petición del Sr. Azelvandre no había sustituido todavía a su predecesora, la Directiva 90/313/CEE.

38. "En algunos supuestos, es posible llevar a cabo una evaluación del riesgo para el medio ambiente, cuando la ubicación se comunica indicando el cantón o municipio. En otros, solo servirán las coordenadas exactas" (apartado 41 de las conclusiones).

decreciente de su relevancia, sin reconocer, por tanto, a la mesa de adjudicación ninguna capacidad de intervención en este extremo.

La consulta suscitada por el Consiglio di Stato versaba sobre la atribución del negocio a la oferta económicamente más ventajosa y las pautas para su determinación, interesándose por las capacidades del poder adjudicador y de la mesa de contratación, para averiguar si cabe que el primero se limite a apuntar tales parámetros en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, delegando en la segunda la facultad de especificarlos y completarlos.

En suma, como resumen los puntos 18 y 19 de las conclusiones:

“– El Consiglio di Stato quiere saber si, en los procedimientos de adjudicación con arreglo a la propuesta económicamente más ventajosa, las normas que invoca permiten a la entidad adjudicadora fijar genéricamente las fórmulas de valoración de las ofertas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, delegando en la mesa de contratación para que los especifique o los integre” (primera cuestión).

“– También pretende dilucidar si, con ese entendimiento amplio y habida cuenta de la locución ‘de ser posible’ empleada en los dos artículos controvertidos, cabe que la Administración asigne a un criterio de valoración una puntuación para distribuirla entre unos parámetros complejos, expresados sin advertir de su importancia, de modo que la determinación del orden de prelación quede diferida a un momento posterior por la mesa de contratación, pudiendo esta última autolimitarse al concretar las reglas prefijadas en el anuncio de licitación, en particular, señalando subpartidas o subpuntuaciones” (cuestiones segunda y tercera).

Difícilmente cabe avalar situaciones en las que la mesa de contratación no se ciña a valorar, con el inevitable margen de apreciación, las ofertas recibidas en función de las reglas enumeradas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, sino que, debido a que se le ha conferido un cierto papel innovador para especificarlas, las integre y complete, acumulando responsabilidades «cuasi-normativas», y definiendo, de alguna manera, el contenido de la *lex contractus*.

“En efecto, se ha de negar a la mesa de contratación cualquier intervención innovadora, reduciéndose su actuación a aplicar los patrones confeccionados con

anticipación por el poder adjudicador, debidamente conocidos por todos los que pujan, gracias a la transparencia y a la divulgación que han recibido. Por consiguiente, en la medida en que las operaciones de especificación e integración, a las que alude el Consiglio di Stato en su primera pregunta, conlleven una actividad creadora y no de mera subsunción a los moldes inicialmente previstos, infringen el espíritu de las directivas 92/50 y 93/38, pues desconocen sus fundamentos.

“Además, es irrelevante que esa labor se realice antes de la apertura de las plicas, porque la igualdad no se predica solo de la resolución sino también de la participación, de modo que la ausencia de una información completa sobre las condiciones del proceso selectivo supone una merma de publicidad, susceptible de dejar al margen a eventuales concursantes, quienes, de haber tenido acceso a la integridad de los requisitos, podrían haberse decidido a concurrir. (19) Por otro lado, como sugieren la Comisión y el Gobierno austriaco, esa posibilidad dejaría en manos del órgano encargado de identificar el ofrecimiento más satisfactorio la capacidad de influir en el resultado final, con riesgo para la imparcialidad, ya que en el momento de su intervención totalizadora, aunque ignore el contenido de las plicas, conoce a los aspirantes, pudiendo inclinar la balanza en beneficio de alguno.”

Por tanto, según Ruiz-Jarabo:

1) Los elementos para la asignación del negocio han de constar siempre en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, sin que la mesa de contratación pueda eliminar ninguno, añadir otros o subdividir los inicialmente previstos, al carecer de competencia para introducir elementos nuevos, así como para modificar o completar los ya existentes.

2) Cuando sea imposible ponderar los distintos criterios de valoración en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, cabría entender que la tarea corresponde a la mesa de contratación, pero los términos literales de los artículos 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 y 34, apartado 2, de la Directiva 93/38 no lo permiten, de acuerdo con los principios generales de la contratación pública, pues podría cambiar los parámetros, influyendo en el desenlace del proceso de selección. En tal caso, parece más respetuoso con el espíritu de las directivas encomendar la labor a un perito, ajeno a la decisión final, como de forma implícita reconoció la sentencia de 18 de octubre de 2001,<sup>39</sup> al

39. SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725).

declarar que el dictamen de un técnico sobre un dato que solo consta en un momento posterior garantiza la aplicación de los criterios de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (apartado 44).

La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2005<sup>40</sup> siguió en parte a su Abogado General pese a reformular la pregunta prejudicial: "Ha de entenderse que las cuestiones prejudiciales versan esencialmente sobre el extremo de si los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre esos elementos secundarios los puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación" (apartado 18).

En la parte dispositiva mantuvo:

"Los artículos 36 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, y 34 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión, en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión:

"– no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación;

"– no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

"– no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio, en perjuicio de alguno de los licitadores."

40. C-331/04, Rec. P. 10109.

41. Lianakis e.a. (C-532/06, Rec.I-251).

### 8.1.1. La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2008<sup>41</sup>

El soporte fáctico arranca con la adjudicación de un contrato de servicios para realizar un estudio sobre el registro catastral, la urbanización y el acto de aplicación de una pedanía del municipio de Alexandroupolis (Grecia).

El anuncio de licitación recogía como criterios de adjudicación por orden de prioridad, en primer lugar, la experiencia demostrada del experto en estudios elaborados durante los últimos tres años, en segundo lugar, la distribución de los puestos de responsabilidad y el equipamiento de la consultora y, en tercer lugar, la capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto, conjugando a la vez las obligaciones de la consultora y su potencial científico.

Para poder evaluar las ofertas de los licitadores, la mesa de contratación del municipio fijó, durante el procedimiento de evaluación, coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación recogidos en el anuncio de licitación.

–Determinó que la experiencia (primer criterio de adjudicación) debía apreciarse en razón del importe de los estudios realizados.

–Consideró que la distribución de los puestos de responsabilidad y el equipamiento de la consultora (segundo criterio de adjudicación) debían apreciarse en función del tamaño del grupo encargado del estudio.

–Decidió que la capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto (tercer criterio de adjudicación) debía apreciarse en función de los compromisos adquiridos.

Al estimar que el consorcio Loukatos solo pudo ser adjudicatario gracias a la fijación *a posteriori* de coeficientes de ponderación y de subcriterios relativos a los criterios de adjudicación, establecidos en el anuncio de la licitación por parte de la mesa de contratación, los otros consorcios rivales que participaron en la puja impugnaron la adjudicación.

Según la sentencia:

"Se excluyen como 'criterios de adjudicación' aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión" (apartado 30).

“Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como ‘criterios de adjudicación’ en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de ‘criterios de adjudicación’, en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50” (apartado 31).

“Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de este, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos”<sup>42</sup> (apartado 36).

“En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias, antes citadas, Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23)” (apartado 37).

“Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia *Universale-Bau y otros*)” (apartado 38).

## 8.2. La colaboración público-privada

Encuadrado el régimen jurídico de la contratación pública sobre la base de la noción de poder adjudicador, en los estados miembros se ensayan nuevos fenómenos que, en ocasiones, exceden los frágiles contornos definidos por las directivas 2004/18/CE, de coordinación de los procedimientos para la adjudicación de los contratos

públicos de obras, suministro y servicios, y 2004/17/CE, relativa a los “sectores especiales” del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Ejemplos de esta tendencia los constituyen los denominados encargos a medios propios o instrumentales (cobijados bajo la terminología anglosajona de prestaciones *in house providing*), que se alejan de la órbita de las directivas sobre contratación, en el caso de que, cumulativamente, el poder adjudicador (o el concedente) ejerza sobre la entidad adjudicataria o concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que la entidad proveedora realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia clarifica los requisitos instaurados desde la sentencia *Teckal*, incidiendo en la ausencia de una participación privada en el capital de la entidad adjudicataria o concesionaria, en la libertad de esta para aceptar o rechazar las prestaciones o en la influencia que sobre sus objetivos estratégicos pueden ejercer el concedente o el poder adjudicador.

Otras novedades discurren a través de los márgenes de la “colaboración público-privada” (CPP) o “public private partnership” (PPP), donde la ausencia de una armonización contribuye al afloramiento de unas legislaciones nacionales dispersas, reinando cierta confusión en torno a su naturaleza, a su base jurídica, a sus límites y, finalmente, a su compatibilidad con el Derecho comunitario, desde el momento que se pueden erigir en mecanismos de adjudicación directa.

La senda que abren las CPP exige indagar las causas de esa falta de homogeneidad, lo que propicia una reflexión que abarque no solo a los contratos, sino también a la propia institución de la concesión que, en muchos casos, subyace bajo una CPP, así como las distintas concepciones de servicio público imperantes en Europa, que reclaman, en todo caso, una apertura hacia la competencia, inédita en ciertos parámetros de raigambre clásica.

Los mecanismos de “colaboración público-privada”<sup>43</sup> cobran actualidad en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, así como en el desarrollo de obras públicas.

42. Véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, *ATI EAC y Viaggi di Maio y otros*, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24.

43. Public private partnership.

El *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004,<sup>44</sup> constituye un primer paso para su clarificación en el ámbito comunitario.

Aun no existiendo una definición comunitaria de colaboración público-privada, el Libro verde propuso una clasificación, al constatar que dos grandes modelos recogen la diversidad de las CPP en los estados miembros, según que la cooperación se base en vínculos exclusivamente convencionales (CPP contractuales) o se materialice a través de una entidad (CPP institucionalizada o "CPPI").

Esta dualidad se materializa en la Comunicación de la Comisión, de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada.<sup>45</sup>

En las CPPI (institucionalizadas) se crea una entidad nueva, generalmente una sociedad de economía mixta que aglutina al socio público y al privado, desde la que velan por la entrega de una obra o de un servicio en beneficio de la colectividad.

Pero lo característico de este supuesto es que la obra se adjudica directamente a la sociedad de economía mixta sin licitación, aunque sí se abre a previa licitación la elección del socio privado que, además, es el encargado de ejecutar la obra. De esta manera, la selección del adjudicatario parece acometerse indirectamente a través de la del socio industrial, por lo que su actividad cobra una gran trascendencia.

No obstante, el casuismo muestra, en esencia, una doble vía para formar una CPPI: la de crear *ex novo* la entidad o la de alterar el capital de una preexistente

que, de ser íntegramente público, pasa parcialmente a manos de los particulares.

Obviamente, la correcta inteligencia de esta segunda vía exige que el predominio del sector privado se manifieste antes o al mismo tiempo que la adjudicación, pero no después, pues, de ocurrir así, el fraude está servido. De hecho, esto es lo que aconteció en la sentencia del asunto Comisión/Austria,<sup>46</sup> en la que el Tribunal de Justicia estimó el recurso de incumplimiento que por la vía del artículo 226 CE interpuso la Comisión, pues, si en un primer momento el Ayuntamiento de Mödling, al poseer el 100% de la sociedad AbfallGmbH, le encomendó, sin concurrencia alguna, la recogida y el tratamiento de los residuos del municipio, poco tiempo después la corporación local aprobó la cesión del 49% de sus participaciones a Saubermacher AG, dato determinante, además, para que AbfallGmbH pudiera operar, lo que supuso, en definitiva, la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una compañía de economía mixta participada en un 49% por una empresa privada.

En suma, el Tribunal de Justicia apreció una construcción artificial en "varias fases", desvelando la ilegalidad de una adjudicación a una compañía de economía mixta, disfrazada como una relación *in house*.

La ausencia de una armonización comunitaria impide conceptuar a las CPP como un verdadero contrato, lo que no obsta para que bajo las mismas se escondan contratos o concesiones.<sup>47</sup>

No obstante, en España la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007, p. 44336), otorga la carta de naturaleza de contrato a la colaboración público-privada entre el sector público y el sector privado, en su artículo 11,<sup>48</sup> calificándolo, además, como sujeto a una regu-

44. COM(2004) 327 final.

45. C(2007)6661.

46. Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705).

47. El legislador comunitario ha armonizado la contratación pública, pero no la maraña de las concesiones ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas CPP, la orfandad normativa no responde a la casualidad.

48. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración pública encarga a una entidad de Derecho privado, por un periodo determinado, en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

lación armonizada (artículo 13), pese a las dudas de la doctrina en torno a su consideración contractual.<sup>49</sup>

Desde la vertiente comunitaria, los problemas surgen en relación a su compatibilidad con los principios de transparencia, no discriminación y de libre competencia que se derivan de los artículos 43, 49 y 86 del Tratado.

El planteamiento enunciado subyace en el asunto Acoset (C-196/08), en el que el Abogado General Ruiz-Jarabo, en sus recientes conclusiones de 2 de junio de 2009, ha mantenido:

“Los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, no se oponen a la atribución directa de un servicio público que entrañe la realización previa de unas obras a una sociedad de economía mixta constituida específicamente para ese fin, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

“– que la sociedad mantenga ese objeto social exclusivo durante toda su existencia;

“– que el socio privado se seleccione mediante un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse;

“–que el socio privado asuma, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras; y

“– que esa licitación se adecue al principio de la libre competencia y respete la transparencia y la igual-

dad de trato exigidas por el Derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de adjudicación de la contratación pública.”

### 8.3. Reflexión final

El artículo 6 del TRLS, relativo a la iniciativa privada en la urbanización y la construcción o edificación, exige que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística regule –letra a)– el derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización, cuando esta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente. Pone exquisito cuidado –al menos nominalmente– en que esa habilitación a particulares se atribuya mediante un procedimiento con publicidad y concurrencia,<sup>50</sup> y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la Comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que esta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo.

¿Cubre, el simple llamamiento a un procedimiento basado en la publicidad y en la concurrencia, las exigencias que el Tribunal de Luxemburgo ha forjado a través de la hermenéutica desplegada sobre las directivas de contratación?

Hay que advertir que no bastan las solas buenas intenciones o el mero *nomen iuris*, cuando, una vez más, por ejemplo en el campo de las relaciones entre el urbanismo y la contratación pública, España parece quedar bajo sospecha, tal y como se infiere del llamado informe Auken,<sup>51</sup> y, lo que es peor, del recurso por

2. Solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

49. GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Colaboración público-privada*. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, de inminente publicación, entiende que se trata de un medio “para incorporar a la práctica administrativa todos los mecanismos de relaciones atípicas que se desarrollan en el mundo de las relaciones económicas entre particulares”, enfatizando la atipicidad, por cohonestar mejor con la flexibilidad y con el aporte de imaginación a la prestación.

50. Asimismo, el artículo 37.1 TRLS: “La venta o sustitución forzosa se iniciará de oficio o a instancia de interesado y se adjudicará mediante procedimiento con publicidad y concurrencia.”

51. Informe del Parlamento Europeo, de 20 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario. (2008/2248(INI)). Comisión de Peticiones. Ponente: Margrete Auken.

incumplimiento interpuesto en julio de 2008 por la Comisión contra España.<sup>52</sup>

Luxemburgo, julio de 2009.

### Anexo 1. Otros procesos comunitarios de interés en materia de medio ambiente

#### Sobre EIA

–Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, Comisión/España (C-332/04, Rec. p. I-40).

–Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2008, Ecologistas en Acción (C-142/07, Rec. p. I- 28).

#### Sobre la eficacia transfronteriza de la tutela ambiental

–Asunto Umweltanwalt von Kärnten (Alpe Adria), C-205/08, en curso.

–Asunto Land Oberösterreich, C-115/08, en curso, con conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 22 de abril de 2009.

#### Sobre la Directiva Kyoto (problemática constitucional)

–Sentencia de 21 de mayo de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine, aún no publicada en la Recopilación.

#### Sobre el acceso a la justicia (Directiva 2003/35)

–Asunto Djurgården-Lilla, C-263/08, en curso.

–Asunto Bund für Umwelt und Naturschutz, C-115/09, en curso.

### Anexo 2. Otros procesos comunitarios de interés en materia de contratación pública

#### Sobre la aplicación de los principios del Tratado a la contratación pública

–Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705).

–Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303).

–Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585).

#### Sobre las diferencias entre las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE

–Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, Aigner (C-393/06, aún no publicada en la Recopilación) y conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo de 22 de noviembre de 2007.

#### Sobre la delimitación entre contrato y concesión

–Sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821).

–Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C 458/03, Rec. p. I 8585).

–Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia (C-382/05, Rec. p. I-6657).

–Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia (C-437/07, aún no publicada en la Recopilación).

–Sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse e.a. (C-234/03, Rec. p. I-9315).

#### Sobre las prestaciones *in house*

–Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant S.A. (C-324/07, aún no publicada en la Recopilación).

–Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1).

–Sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287).

–Sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo (C-340/04, Rec. p. I-4137).

#### Sobre la colaboración público-privada

–Asunto Acoset, C-196/08, en curso. ■

52. Asunto Comisión/España, C- 306/08, en curso.

# Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas

Germán Fernández Farreres

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid

1. Planteamiento de la cuestión
2. Las entidades locales como beneficiarias de subvenciones: criterios de ordenación
3. La intervención de las entidades locales en el desarrollo de la actividad subvencional autonómica cuando la misma incide en ámbitos competenciales en los que tienen atribuido el ejercicio de potestades propias

## 1. Planteamiento de la cuestión

Tiene por objeto el presente trabajo analizar la incidencia en la autonomía local de la actividad de fomento que desarrollan las comunidades autónomas mediante el otorgamiento de subvenciones, y, a resultas de ello, las garantías que en defensa de las entidades locales deben observarse.

Para un adecuado desarrollo del análisis, es preciso diferenciar los dos siguientes supuestos, formulados ahora genéricamente: de una parte, los supuestos en los que las entidades locales aparecen como beneficiarias de subvenciones establecidas y otorgadas por las comunidades autónomas; y de otra, aquellos en los que son personas privadas (simples particulares) los destinatarios de tales subvenciones, las cuales, sin embargo, se proyectan e inciden en actividades sobre las que también las entidades locales ostentan competencias.

También como punto de partida, debe precisarse que se ha generalizado la utilización de un concepto amplio de subvención que, por ello mismo, engloba supuestos distintos que conviene diferenciar, dadas sus diferentes consecuencias y efectos jurídicos.

En realidad, el concepto legal de subvención es mucho más estricto que el que con frecuencia suele utilizarse. Con arreglo a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS), no pueden calificarse como subvenciones las entregas dinerarias a fondo perdido que no tengan un carácter afectado, vinculándose la entrega, por tanto, a

la realización de una determinada actividad o, si se quiere, dando a la suma percibida el concreto y específico destino fijado por el ente otorgante. Resulta impropio (y equívoco), en consecuencia, hablar de “subvenciones incondicionadas”. Aunque se haya generalizado y sea habitual esa expresión, la subvención, en sentido estricto, siempre comporta para el beneficiario un ingreso de carácter afectado. La delimitación objetiva del concepto de subvención que se contiene en el artículo 2.1 de la LGS no ofrece duda:

“Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: [...]

“b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.”

Por consiguiente, la entrega dineraria se vincula al cumplimiento de un determinado fin (la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la observancia de un comportamiento), con lo que la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación de la subvención, quedando el beneficiario obligado a dar cumplido destino a lo otorgado. El carácter afectado vincula jurídicamente el destino de la atribución otorgada al fin u objetivo que la justifica, lo

que se traduce en una carga jurídica que, para su plena efectividad, debe cumplir el beneficiario de la misma.<sup>1</sup>

Este criterio de la afectación permite operar un importante deslinde entre los supuestos subsumibles en la categoría genérica de subvención, o, mejor, “ayuda pública”. Por ello, del concepto estricto de subvención han de quedar excluidas, por ejemplo, las transferencias realizadas por las administraciones territoriales a favor de sus organismos autónomos y demás entes instrumentales, por ser, sin más, un medio de financiación de la actividad que desarrollan. También, como de inmediato se verá, las efectuadas a favor de las entidades locales para la financiación de las competencias que les corresponden.

En definitiva, el carácter afectado de la entrega ayuda a distinguir unos y otros supuestos, lo que se debe reflejar en la sujeción de esas diversas transferencias dinerarias a diferentes regímenes jurídicos.

## 2. Las entidades locales como beneficiarias de subvenciones: criterios de ordenación

Las entidades locales pueden ser beneficiarias de subvenciones propiamente dichas, obteniendo, en consecuencia, ingresos afectados o vinculados a la realización de una concreta y determinada actividad (que es lo que justifica, precisamente, el gasto del ente que la otorga).

De la normativa vigente se deduce con claridad que beneficiarias de una subvención pueden serlo también las entidades públicas y, por tanto, las entidades locales. El artículo 2.1 de la LGS refiere la entrega dineraria a favor de “personas públicas o privadas”; también el artículo 11.3, al tratar de los beneficiarios, vuelve a reiterar la expresión “personas físicas o jurídicas, públicas o privadas”. Que las administraciones públicas pueden ser beneficiarias de subvenciones propiamente dichas se desprende inequívocamente, en fin, de la propia previsión contenida en el artículo 2.2 de la misma Ley,

que, al delimitar negativamente su ámbito de aplicación, establece lo siguiente:

“No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias, resultando de aplicación lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora.”

Quiere decirse, por tanto, que cuando la aportación dineraria tenga ese destino (financiar globalmente la actividad del ente en su ámbito propio de competencia), no estaremos en presencia de una subvención propiamente dicha sujeta a la LGS, de lo cual también puede concluirse que, no tratándose de una subvención, la transferencia o aportación dineraria no podrá tener carácter afectado. Sin embargo, no es menos cierto que, desde la perspectiva contraria, la precisión que se hace solo encuentra sentido a partir de la premisa de que las administraciones públicas y, entre ellas, las entidades locales, también pueden ser beneficiarias de subvenciones establecidas por otras administraciones.

Sucede, no obstante, que esas transferencias dinerarias afectadas (subvenciones en sentido estricto) no pueden referirse a cualquier actividad del ente administrativo receptor. En el concreto caso de las entidades locales, el fundamental principio de autonomía financiera, en conjunción con el de suficiencia financiera de sus haciendas, lo impiden, tal como se desprende inequívocamente de lo dispuesto por la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 (en adelante, CEAL). Dada la importante función hermenéutica del referido texto para precisar el alcance de la autonomía local en nuestro sistema constitucional,<sup>2</sup> conviene recordar ahora los principios fundamentales que sanciona.

1. Para una explicación más detallada pueden verse mis trabajos: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, p. 230 y ss., y “El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley”, en el volumen colectivo (director: G. FERNÁNDEZ FARRERES) *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, p. 35 y ss.

2. Sobre esa función hermenéutica, baste remitirse a lo expuesto por M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Serie Claves del Gobierno Local, 3, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 63 y ss.; y, asimismo, sobre otras consecuencias jurídicas de la misma CEAL, a mi trabajo “La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica”, en contraposición al de J. L. REQUEJO PAGÉS, “El valor de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento español”, ambos en el volumen colectivo (coordinador: F. CAAMAÑO) *La autonomía de los entes locales en positivo*, Serie Claves del Gobierno Local, 1, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2003, p. 39 y ss.

a) La CEAL establece, por de pronto, una clara vinculación entre los ingresos y el desempeño de las competencias asignadas a las entidades locales, al reconocerse el derecho de estas a tener recursos propios suficientes para “el ejercicio de sus competencias” (artículo 9.1). Queda sancionado, de este modo, aunque lo sea implícitamente, el principio de conexión (como regla de asignación del “poder de gasto” y del “deber de gasto” de las entidades locales), lo que se reafirma al disponer seguidamente que los recursos “deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la ley” (artículo 9.2), y, asimismo, al exigir que los sistemas de financiación sean de “una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real y los costes del ejercicio de sus competencias” (artículo 9.4).

De manera complementaria, el artículo 9.5 cierra la configuración del sistema asentado en el principio de conexión (interrelación entre competencias propias, gastos derivados de esas competencias y recursos propios), al establecer que deben adoptarse mecanismos de compensación a favor de las entidades locales financieramente menos capaces; unas compensaciones “destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, así como de las cargas que les incumben”, las cuales, en fin, “no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales en su propio ámbito de competencia.”

b) Pero lo que sobre todo interesa resaltar en este momento es que, en directa relación con lo que se acaba de señalar (las compensaciones no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales en su propio ámbito de competencia), la CEAL sanciona claramente la autonomía local en su vertiente de gasto. Una autonomía de gasto que redundará en el criterio de que las competencias locales han de ser financiadas a través de mecanismos que les garanticen la plena libertad de disposición sobre los recursos traspasados. En este sentido, lo que en realidad se garantiza es su derecho a disponer no solo de ingresos suficientes, sino de ingresos “incondicionados”. El inciso final del artículo 9.1 de la Carta lo señala expresamente:

“Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias.”

Así pues, la financiación no puede tener carácter finalista, de manera que, en cualesquiera casos, han de poder disponer libremente de los recursos necesarios para el desempeño de sus competencias. Ello no supone, tal como ha sido advertido por la doctrina, que quede radicalmente excluida la posibilidad de que se les concedan subvenciones destinadas a una finalidad concreta; pero esas subvenciones solo se conciben “como un mecanismo de financiación de carácter excepcional, del que, además, se requiere que no constriña en demasía el margen de maniobra del ente beneficiario.”<sup>3</sup> También de manera expresa se refiere a este fundamental aspecto el artículo 9.7 de la Carta:

“En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia.”

Hasta aquí las previsiones de la Carta Europea de Autonomía Local. Unas previsiones que admiten, como acabamos de ver, que las entidades locales puedan financiarse a través de subvenciones propiamente dichas (las llamadas subvenciones condicionadas), si bien se trata de una posibilidad excepcional que, dados los efectos restrictivos que despliegan respecto de la libertad que ha de presidir el ejercicio de las competencias propias, excluye su generalización. Unos efectos que el artículo 40 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, LHL), reconoce abiertamente:

“1. Las subvenciones de toda índole que obtengan las Entidades locales con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicados a atenciones distintas de aquéllas para las que fueron otorgadas, salvo, en su caso, los sobrantes no reintegrables cuya utilización no estuviese prevista en la concesión.

“2. Para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, las Entidades públicas otorgantes de las subvenciones podrán verificar el destino dado a las mismas. Si tras las actuaciones de verificación resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que se hubieran concedido, la Entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que tuviere derecho la Entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que haya lugar.”

3. Entre otros, *vid.* M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional...*, *op. cit.*, p. 69.

Las subvenciones, ciertamente, se contemplan en el artículo 2.1.d) de la LHL como un recurso más de las entidades locales. Sin embargo, se trata de un recurso especial y singular. Por de pronto, no presenta necesariamente carácter general para todas ellas, sino que queda circunscrito a aquellas que, con arreglo al propio régimen de la subvención prevista, accedan a la misma. Y, por otra parte, es un recurso singular, lo que justifica que pueda articularse legítimamente un mecanismo de control o tutela que, de no ser así, vulneraría la autonomía financiera local, en su vertiente de gasto. Tanto es así que en la doctrina, desde hace tiempo, se viene advirtiendo del desatino de la LHL al incluir a las subvenciones (en sentido estricto) dentro de los ingresos ordinarios y permanentes de las haciendas locales. Lo ha hecho, entre otros autores, una reputada especialista en la materia.<sup>4</sup> Dice como sigue:

“Si las subvenciones responden a una política de fomento determinada y ocasional, no debieran figurar como un ingreso ordinario y permanente de la hacienda local. El artículo 40 restringe indebidamente las posibles finalidades que puedan tener las subvenciones obtenidas por los entes locales y no aporta nada al régimen general de la figura [...] Entiendo, por tanto, que, con independencia del peso histórico que tradicionalmente han tenido estos entes como beneficiarios de subvenciones, es superflua su mención como ingreso en la Ley de Haciendas Locales, salvo que si lo que se quiere es destacar que tales entes pueden recibir participaciones en los ingresos del Estado o algún otro tipo de asignaciones de la Administración central, en cuyo caso son estos términos los que deberían haberse utilizado. Si igualmente se quiere destacar que excepcionalmente las entidades locales podrán recibir subvenciones, en nuestra opinión, el precepto debiera redactarse de otro modo [...] sin necesidad de vincular la finalidad de la figura exclusivamente a las “obras y servicios” ni recordar, innecesariamente, las facultades de control de la administración concedente sino simplemente estableciendo su remisión a las normas que configuran el régimen general de la figura.”

En cualquier caso, la fórmula que debe seguirse para la financiación de las competencias locales pasa por el carácter incondicionado de los ingresos locales, garantizándose su libre disposición. Y de ahí que, más allá de los ingresos derivados de la tributación propia, la financiación basada en las aportaciones de otros

niveles de gobierno deba articularse a través de transferencias configuradas como unos recursos más de las haciendas locales, destinados genéricamente al gasto público local.

El principio de autonomía local reclama, por tanto, la dotación de ingresos incondicionados. O dicho en otros términos: dado que las competencias propias de las entidades locales están directamente conectadas con la garantía constitucional de la autonomía local, para que su ejercicio sea verdaderamente auto-responsable es preciso que dispongan libremente de los recursos necesarios para su financiación. Una regla que obliga a que la específica cantidad en la que se valoren las concretas competencias transferidas, deba sumarse indistintamente al bloque de ingresos de libre disposición, al objeto de que el ente local pueda determinar según sus propios criterios la estructura del gasto respecto de tales competencias. No otra es la exigencia resultante de la autonomía financiera local en su vertiente de gasto; una autonomía que comprende, según la jurisprudencia constitucional (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 7, y 68/1996, de 10 de abril, f.j. 10, entre otras más),

“[...] la capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades, [lo que supone que son libres no sólo] en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, [sino también] para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias.”

En parecidos términos, en la STC 104/2000, de 13 de abril, f.j. 4, se puede leer:

“Y sobre este particular, hay que comenzar diciendo que el principio de autonomía (para ‘la gestión de sus respectivos intereses’, según el artículo 136 CE) que preside la organización territorial del Estado, se configura como uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, f.j. 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, f.j. 8). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente

4. Vid. B. SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 199-200.

les han sido encomendadas (STC 179/1985, de 19 de diciembre, f.j. 3; 63/1986, de 21 de mayo, f.j. 11; 201/1988, de 27 de octubre, f.j. 4; 96/1990, de 24 de mayo, ff.jj. 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 6; 132/1992, de 28 de septiembre, f.j. 8; 237/1992, de 15 de diciembre, f.j. 6; 331/1993, de 12 de noviembre, ff.jj. 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, f.j. 10; 171/1996, de 30 de octubre, f.j. 5; 166/1998, de 15 de julio, f.j. 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, f.j. 22); es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocida en los artículos 137, 140 y 141 de la CE (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, f.j. 7; 331/1993, de 12 de noviembre, f.j. 2.B; 233/1999, de 16 de diciembre, f.j. 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, f.j. 4)."

Por lo demás, solo cuando se trate de competencias locales delegadas y de encomiendas de gestión, puede admitirse la financiación a través de dotaciones o transferencias finalistas. Dado que el ente delegante está habilitado para articular "técnicas de dirección y control de oportunidad" (artículo 7.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), nada impide, en efecto, que entre esas técnicas puedan incluirse recursos o transferencias finalistas.

Llegados a este punto, las consideraciones precedentes permiten reafirmar que la financiación de las competencias locales propias no puede descansar en transferencias o subvenciones propiamente dichas o, como se han dado en denominar, subvenciones condicionadas. Más aún: en la valoración de los costes efectivos de las competencias que se transfieren o

asignan a las entidades locales, deben tenerse también en cuenta las subvenciones dirigidas a particulares si las hubiere, tal como, sintetizando acertadamente una opinión generalizada, se ha señalado en la doctrina:<sup>5</sup>

"Huelga insistir en la relevancia que tiene para la salvaguardia de la autonomía el que se garantice que las subvenciones condicionadas integrarán la masa de recursos que habrá de ponerse a disposición de las entidades locales. [...] [Y es que] la no inclusión de estas subvenciones permite al nivel de gobierno que efectúa la transferencia competencial mantener un instrumento indirecto, pero muy incisivo, de penetración e influencia en unos ámbitos que, al menos teóricamente, han pasado a manos de otro."

Nuestro sistema constitucional y estatutario proscribe el establecimiento y otorgamiento de subvenciones autonómicas a favor de las entidades locales cuya finalidad sea la financiación de servicios y actividades de los que ellas son responsables, dado que tales entregas vulneran el principio de autonomía financiera local en su vertiente de gasto; un principio, por lo demás, que algunos de los nuevos estatutos de autonomía no han dudado en sancionar con absoluta claridad, de manera mucho más decidida a como lo hacían con anterioridad.<sup>6</sup> Tanto es así que la aceptación de la subvención en nada cambia la cuestión. Las transferencias de recursos para la prestación de los servicios que incumben a las entidades locales han de tener carácter incondicionado (y, por tanto, no pueden ser subvenciones propiamente dichas), so pena de desconocer (y vulnerar) la garantía constitucional y estatutaria que les asiste.<sup>7</sup>

5. *Vid.*, una vez más, M. MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional...*, *op. cit.*, p. 101.

6. *Vid.* los artículos 217 y ss. del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de 19 de julio de 2006, y 191 y ss. del Estatuto de Autonomía de Andalucía, de 19 de marzo de 2007, que dedican sendos capítulos a las haciendas locales, en una regulación mucho más detallada y completa que la preexistente. También, aunque de manera más escueta y limitada, el artículo 75.9 (en relación con los recursos de los municipios, si bien en contraste con la regulación mucho más minuciosa de los artículos 137 y 138 respecto de las haciendas de los consejos insulares) del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, de 28 de febrero de 2007, y el artículo 114 del Estatuto de Autonomía de Aragón, de 20 de abril de 2007. No obstante, los demás estatutos reformados apenas registran cambios significativos en esta cuestión.

7. El carácter incondicionado de los recursos que se transfieren a las entidades locales queda fuertemente remarcado en los estatutos de autonomía de Cataluña y de Andalucía. En el primero, el artículo 218.1 precisa que de las participaciones que perciban de otras administraciones "pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias"; y el artículo 219 califica, en su párrafo 1.º, al fondo de cooperación local como un fondo "de carácter incondicionado", y en los párrafos 2.º y 4.º, a los ingresos locales como "subvenciones incondicionadas". En el de Andalucía, el artículo 191.2 sanciona la autonomía presupuestaria y de gasto de las administraciones locales en la aplicación de sus recursos, "así como de los ingresos de carácter incondicionado que perciban procedentes de los presupuestos de otras administraciones"; una precisión que reitera el artículo 192.1. al referirse a la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, que "se instrumentará a través de un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado"; y de nuevo insiste en ese carácter incondicionado el artículo 192.5: "Los ingresos de los entes locales consistentes en participaciones en ingresos y en subvenciones incondicionadas estatales se percibirán a través de la Comunidad Autónoma [...]". También el artículo 114.4 del Estatuto de Aragón configura el fondo local como nutrido de asignaciones de carácter incondicionado, y lo mismo se aprecia en el artículo 75.9 del Estatuto de las Illes Balears.

A la vista del marco general expuesto, ¿cuándo, en qué supuestos y bajo qué condiciones y requisitos, podrán las comunidades autónomas canalizar subvenciones propiamente dichas a favor de las entidades locales?

Negativamente, como hemos visto, no podrán configurarse como subvenciones aquellas transferencias dinerarias destinadas a financiar los servicios de competencia propia de las entidades locales. Unas transferencias que, justamente por no ser subvenciones, no quedan sujetas a la LGS. Aunque, de manera un tanto innecesaria o superflua, así lo recuerda el artículo 2.2 de la LGS (norma, por lo demás, configurada como básica), al disponer que las aportaciones dinerarias “[...] destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias” no quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley. Y, por su parte, el Reglamento de la LGS ha precisado, en su artículo 2.2, lo siguiente:

“Se entenderá por financiación global las aportaciones destinadas a financiar total o parcialmente, con carácter indiferenciado, la totalidad o un sector de la actividad de una Administración Pública o de un organismo o entidad pública dependiente de ésta”.

Es obvio que si las aportaciones tienen por finalidad financiar el ejercicio de competencias propias de las entidades locales, dado que esas aportaciones, como hemos visto, no pueden tener carácter afectado y, por tanto, no pueden calificarse como subvenciones propiamente dichas, difícilmente podrán quedar sujetas a la LGS. La exclusión no deja de ser impropia, dado que, por definición, tales aportaciones no son subvenciones. Se trata de una imprecisión que, de todas formas, no deja de apreciarse en otros supuestos que el mismo Reglamento de la LGS enumera como supuestos a los que esta no se aplicará.<sup>8</sup>

Es verdad, de todas formas, que la misma LGS no excluye que, aun cuando no queden sujetas a la misma, determinadas aportaciones dinerarias que tengan por beneficiarias a las entidades locales sean calificables propiamente como subvenciones *stricto sensu*. No otra cosa sucede al declarar la disposición adicional 8.<sup>a</sup> que “las subvenciones que integran el Programa de

cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales se regirán por su normativa específica, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta ley.”<sup>9</sup> Una precisión que reitera el artículo 2.5 del Reglamento de la Ley, puntualizando que la exclusión alcanza también a las subvenciones que integran planes o instrumentos similares que tengan por objeto llevar a cabo funciones de asistencia y cooperación municipal (con implícita alusión, por tanto, a los planes provinciales de obras y servicios). O lo mismo cabe decir de la exclusión (artículo 2.4 del Reglamento) de las subvenciones, articuladas a través de convenios y conciertos celebrados entre administraciones públicas, que tengan por objeto la realización de los planes y programas conjuntos a que se refiere el artículo 7 de la Ley de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común, o a través de convenios cuando las administraciones públicas que los suscriban ostenten competencias compartidas de ejecución. Y todo ello sin perjuicio de que, por el contrario, queden sujetas a la Ley las subvenciones articuladas a través de convenios de colaboración celebrados entre administraciones públicas, en los que únicamente la Administración beneficiaria ostente competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración destinataria de los fondos, a no ser que la Administración beneficiaria venga obligada a realizar la actividad en virtud de ley estatal (artículo 2.3 del Reglamento).

Fácilmente se comprueba, por tanto, que la LGS no suministra un criterio que ayude a determinar positivamente cuándo, y bajo qué condiciones, las entidades locales pueden ser receptoras o beneficiarias de subvenciones. Lo que establece, sencillamente, es en qué casos y supuestos las entregas dinerarias reconducibles al concepto estricto de subvención (entrega dineraria afectada) quedan sujetas a la misma y en qué otros no. Pero nada más.

8. Tal es el caso, por ejemplo, de los convenios celebrados entre administraciones públicas que conlleven una contraprestación a cargo del beneficiario [artículo 2.4.a)], ya que quedan al margen del concepto de subvención aquellas aportaciones que conlleven contraprestación por parte del beneficiario [artículo 2.1.a) de la LGS].

9. He analizado el alcance de dicha previsión en “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las Entidades locales y, en particular, a las Diputaciones Provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”, en *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 5, junio 2004, p. 7 y ss.

Dado el carácter excepcional de las subvenciones como medio añadido de financiación de los servicios y competencias locales (por así resultar de los principios de suficiencia financiera y de autonomía de gasto), bien puede mantenerse que esas subvenciones solo deberían considerarse ajustadas a Derecho cuando vengan a facilitar la realización de acciones conjuntas entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales que respondan a un interés común, es decir, tanto a un interés local como a un interés autonómico. Consecuentemente, en asuntos que, de manera compartida, entren en el círculo respectivo de competencias (en cada caso con el alcance que sea) de una y otras.

Algunos estatutos de autonomía, aunque no lo digan expresamente, parecen presuponerlo. Así, tanto el artículo 219.1 del Estatuto catalán, como el artículo 192.2 del Estatuto andaluz, en formulación idéntica, establecen que “adicionalmente la Generalitat [la Comunidad Autónoma] puede establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas.” Esos programas de colaboración financiera se configuran, pues, como complementarios (adicionales) de los correspondientes fondos de cooperación local o de nivelación municipal de carácter “incondicionado” (artículos 219.1 y 192.1, respectivamente). Un carácter adicional o complementario de los programas de colaboración que apunta ya, aunque no se diga expresamente, a su excepcionalidad, lo que, por otra parte, no puede ser de otra forma, dada ahora la vinculación o sujeción de los recursos a la realización de una determinada inversión, una determinada actividad, etc. Pero, más allá de lo indicado, de las referidas previsiones estatutarias poco más se puede deducir. Será necesario, en consecuencia, que, al igual que expresamente se prevé para los fondos de cooperación y de nivelación municipal, los legisladores autonómicos (y, en particular, el legislador de régimen local, por razones obvias) procedan a fijar el marco general con arreglo al cual se desarrollen y ejecuten esos programas de colaboración financiera.

Pues bien, baste ahora decir que resulta necesario que el legislador autonómico establezca algunas reglas generales, al menos, y sin perjuicio de otros posibles contenidos, en relación con las siguientes cuestiones:

a) En primer lugar, en relación con el objeto de los programas de colaboración financiera. De acuerdo con lo que llevamos dicho, los programas de colaboración fi-

nanciera no pueden ser cauce de financiación, ni global, ni parcial, de los servicios y actividades propios de las competencias asignadas a las entidades locales, los cuales se han de financiar a través de recursos incondicionados. Principio básico este que mucho convendría que el legislador lo recordase, enunciándolo claramente.

Y, desde una perspectiva positiva, también convendría establecer que los programas no pueden referirse sino a acciones de interés conjunto de la Comunidad y de las entidades locales, lo que significa que han de versar sobre asuntos que guarden directa relación con las competencias tanto de la Comunidad como de las entidades locales. Un interés conjunto que, a pesar de su relativa indeterminación, marca un límite efectivo a su puesta en práctica cuando no pueda reconocerse ese interés conjunto y compartido, lo que así sucederá si se trata de acciones referidas a asuntos de estricto interés local y, por tanto, de estricta responsabilidad de los gobiernos locales. En este sentido, la potestad de gasto de la Comunidad Autónoma encuentra un límite claro en sus propias competencias, sin que la excepción establecida por la STC 13/1992, de 6 de febrero, en relación al Estado, y a la que más adelante me referiré, la pueda alcanzar.

b) En segundo lugar, debería regularse el procedimiento de elaboración de esos programas y la articulación técnico-jurídica de los mismos. En cuanto a su elaboración, las propias entidades locales deberían tener garantizada alguna intervención, siquiera sea por vía de informe preceptivo al correspondiente proyecto. Una intervención que, por razones prácticas y de eficacia, seguramente debería articularse a través de los órganos de representación de las entidades locales que se hayan constituido.<sup>10</sup>

c) En tercer lugar, convendría establecer, asimismo, en coherencia con el hecho de tratarse de programas de colaboración, que la materialización o concreción de los programas se llevará a cabo mediante la formalización de convenios interadministrativos entre la Administración autonómica y las entidades locales que accedan a tales programas. Convenios en los que se precisarán los objetivos y condiciones de las actuaciones programadas, correspondiendo, como regla, la ejecución íntegra de las actuaciones a las entidades locales, incluida, asimismo, la gestión y tramitación de los fondos previstos para su realización que se les transfieran por la Comunidad Autónoma.

10. Tal es el caso, por ejemplo, del Consejo de Gobiernos Locales (artículo 85 del Estatuto catalán) o del “órgano de relación de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos” (artículo 95 del Estatuto andaluz).

d) Y, en cuarto lugar, aún debería añadirse la regla de que la correspondiente Comunidad Autónoma no podrá establecer subvenciones a favor exclusivamente de entidades locales que no se articulen a través de programas de colaboración financiera, siempre con sujeción a las reglas indicadas.

Esta ordenación jurídica de la actividad subvencional de las comunidades autónomas en relación a las entidades locales, tal vez pudiera parecer excesivamente rígida. Se trata, sin embargo, de una ordenación, constitucional y estatutariamente, no solo conveniente, sino obligada. La efectiva garantía de la autonomía local obliga a adoptar medidas que prevengan un hipotético uso inadecuado o indebido de la potestad de gasto autonómica en relación a las entidades locales, financieramente mucho más débiles, lo que no es óbice, naturalmente, para que, ante situaciones excepcionales, también pudieran adoptarse medidas de excepción, aunque siempre con la oportuna intervención del legislador.

### 3. La intervención de las entidades locales en el desarrollo de la actividad subvencional autonómica cuando la misma incide en ámbitos competenciales en los que tienen atribuido el ejercicio de potestades propias

El desenvolvimiento de la actividad de la Comunidad Autónoma mediante el establecimiento y otorgamiento de subvenciones a favor de particulares debe tener en cuenta y respetar las competencias de las entidades locales en los ámbitos materiales en los que, dada su finalidad, tales subvenciones vayan a incidir. Se trata de una exigencia directamente derivada de la propia naturaleza de la potestad subvencional.

Aunque lo sea por relación al orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, la jurisprudencia constitucional ha establecido una doctrina clara y taxativa acerca de las subvenciones como instrumento de intervención pública. Una doctrina que, sin duda alguna, también ha de observarse cuando lo que están en juego son

las competencias propias de las entidades locales. Esa doctrina, bien conocida, por lo demás,<sup>11</sup> puede resumirse de la siguiente forma:

a) No existe una competencia específica (ni del Estado, ni de las comunidades autónomas) sobre subvenciones. O dicho en otros términos, la subvención no constituye una materia competencial en nuestro bloque de constitucionalidad. Tal caracterización no aparece en los preceptos de la Constitución que proceden a una primera delimitación de competencias, ni tampoco en el articulado correlativo de los diferentes estatutos de autonomía. Las previsiones que han incorporado algunos de los nuevos estatutos de autonomía bajo la rúbrica "Actividad de Fomento" (artículos 114 del Estatuto de Cataluña; 45 del Estatuto de Andalucía; 79 del Estatuto de Aragón) confirman plenamente que la subvención no es un título competencial autónomo e independiente, superpuesto a las competencias que el ordenamiento atribuye a unos y otros entes, sino que la utilización de esta técnica de intervención pública se ha de ajustar precisamente a la distribución de competencias establecida (con arreglo, por tanto, a las potestades asignadas en la correspondiente materia). En definitiva, como ha dicho el Tribunal Constitucional en reiteradísimas ocasiones (STC 144/1985, de 25 de octubre, f.j. 4, con cita expresa de la STC 39/1982, de 30 de junio, ff.jj. 5 y 10),

"la subvención no es concepto que delimite competencias, ni puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la misma."

Una caracterización, ha de añadirse, que alcanza por igual a las subvenciones estatales (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, f.j. 15; 133/1992, de 2 de octubre, f.j. 5; 237/1992, de 15 de diciembre, f.j. 9; 59/1995, de 17 de marzo, f.j. 2; 148/1998, de 10 de julio, f.j. 6; 242/1999, de 21 de diciembre, f.j. 6, etc.) y a las autonómicas (por todas, SSTC 149/1985, de 5 de noviembre, f.j. 5 *in fine* y 360/1993, de 3 de diciembre, f.j. 3), sin que medie razón alguna para que así no sea

b) Si la actividad subvencional de la Comunidad Autónoma no puede desvincularse de las competencias que ostenta, tampoco podrá desarrollarse con desconocimiento,

11. Ha sido objeto de numerosos comentarios. Entre otros, *vid.* los de J. BELTRÁN AGUIRRE, "El sistema de subvenciones centralizadas en el sector de la acción social y las Comunidades Autónomas. Comentario a la STC 13/1992, de 6 de febrero", *RVAP*, núm. 34 (1992), p. 43 y ss.; M. MEDINA GUERRERO, "Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la STC 13/1992", *REDC*, núm. 35 (1992), p. 155 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, "La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *REDC*, núm. 38 (1993), p. 225 y ss.; y J. RAMALLO MASSANET, "El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial", *DA*, núm. 232-233 (1993), p. 403 y ss.

y, por tanto, al margen de las competencias asignadas a otros niveles de gobierno y administración, incluidas, claro está, las entidades locales. La misma jurisprudencia constitucional ha establecido, sin excepción ninguna, que el ejercicio por el Estado y las comunidades autónomas de competencias anejas al gasto o a la subvención, solo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención, dispongan precisamente de esas competencias con arreglo a la Constitución y los estatutos de autonomía.

Esa vinculación estricta entre competencias y gasto (en cierto modo, manifestación también del principio de conexión, antes referido) únicamente ha quedado matizada en el caso del Estado. En la STC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 7, sobre la base de lo que denomina “señorío del Estado sobre su presupuesto”, ha reconocido un apoderamiento estatal ajeno a las reglas de reparto competencial:

“El poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE) [...] Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica.”

Por si quedase alguna duda, en el mismo f.j. 7 se insiste en el mismo sentido:

“Es evidente que en el sistema español de distribución territorial del poder, el Estado puede asignar sus recursos a cualquier finalidad lícita y que la definición de esta finalidad en la Ley de Presupuestos condiciona necesariamente la libertad de acción de aquellas instancias que hayan de utilizar esos recursos.”

Sin embargo, nada de esto sucede con las comunidades autónomas, que quedan más estrechamente constreñidas. La misma STC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 7, lo advierte expresamente:

“[...] la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 de la LOFCA).”

Por tanto, queda meridianamente claro que las comunidades autónomas solo pueden ejercer válidamen-

te su autonomía financiera de gasto en conexión con sus títulos competenciales, tal como lo expresa con absoluta rotundidad la STC 95/2001, de 5 de abril, f.j. 3:

“[...] las Comunidades Autónomas no pueden ‘financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan sólo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía’ (STC 14/1989, de 26 de enero, f.j. 2; en el mismo sentido, la STC 13/1992, f.j. 4) Sin perjuicio, pues, de la discrecionalidad al fijar su destino y orientación, su cuantificación y distribución (entre otras, SSTC 68/1996, de 4 de abril, y 128/1999, de 1 de julio), la potestad de gasto autonómica no podrá ejercerse sino respecto de actividades en las que, por razón de la materia, se ostenten competencias (SSTC 30/1982, de 30 de junio; 201/1988, de 27 de octubre y 13/1992, de 6 de febrero), pues las subvenciones no son más que simples actos de ejecución de competencias (STC 95/1986, de 10 de julio).”

Con arreglo a la referida doctrina, si no se pueden establecer subvenciones en los sectores materiales en los que no se ostentan competencias, cuando legítimamente pueda hacerse tampoco será posible configurar y desarrollar la correspondiente actividad subvencional desconociendo o al margen de aquellas otras que, en su caso, sobre las mismas materias correspondan a otros entes. Se trata de una exigencia fundamental, puesta de relieve de manera continua y sistemática por la jurisprudencia constitucional, que trae causa, una vez más, del hecho de que la subvención no es título competencial y, por tanto, debe estarse al reparto de competencias en la materia a la que, en cada caso, sea reconducible.

Aunque el Tribunal Constitucional lo ha afirmado con ocasión de subvenciones estatales, atendiendo al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, ninguna razón concurre para que no deba mantenerse lo mismo cuando se trate de subvenciones autonómicas que inciden en ámbitos en los que las entidades locales ostentan competencias propias y, por tanto, determinadas potestades. El hecho de que el mecanismo de asignación de competencias a las entidades locales difiera del sistema con arreglo al cual se distribuyen las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, no permite desconocer el fundamento mismo de la doctrina expuesta. De manera que, a lo sumo, las diferencias existentes, obligarán a matizar o a no poder precisar del mismo modo, anticipadamente y con carácter general, los criterios determinantes de la

concreción de las funciones que, respecto de tales subvenciones, habrá que reconocerles. Sin embargo, que haya que matizar no significa que quede arrumbada la exigencia de que, por razón de la propia naturaleza de la subvención, su establecimiento y otorgamiento debe realizarse con sujeción tanto a las propias competencias, como a las competencias ajenas.

Es de sobra conocido, por otra parte, que la STC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 8, concretó las funciones que corresponden a las comunidades autónomas respecto de las subvenciones previstas por el Estado, cuando estas son reconducibles a materias en las que ostentan competencias. De ahí los cuatro supuestos a los que se refiere la sentencia, según la subvención incida en ámbitos materiales de la competencia exclusiva de las comunidades autónomas, en ámbitos en los que la potestad normativa se comparte con el Estado, o, en fin, en ámbitos en los que la competencia autonómica se circunscribe al ejercicio de potestades ejecutivas; todo ello sin perjuicio de un supuesto más de carácter excepcional, relativo a los casos en los que, a pesar de las competencias autonómicas, la subvención no es susceptible de "territorializarse". No estará de más recordar la sistematización de esos supuestos en los propios términos de la sentencia:

"Atendiendo a los términos del caso, de la doctrina expuesta en los anteriores fundamentos jurídicos se desprende, lógicamente, un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que hace al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público que puede resumirse en cuatro supuestos generales, en los que puedan subsumirse las distintas impugnaciones concretas que se examinan en los presentes recursos de inconstitucionalidad, pero que no excluyen cualesquiera otros que en el futuro pudieran derivarse de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

"a) Un primer supuesto se produce cuando la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. El Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades

Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado.

"b) El segundo supuesto se da cuando el Estado ostente un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

"c) Un tercer supuesto es aquél en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

"d) El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u Organismo de ésta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado. Pero ello sólo

es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: Que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate.”

Así pues, salvo en los casos en los que el gasto subvencional se refiera a una materia de la competencia exclusiva del Estado, en todos los demás la competencia para su gestión corresponderá a las comunidades autónomas. Además, cuando su competencia no se extienda a la potestad normativa en su integridad, quedando ceñida al establecimiento de las bases o normas básicas de la materia, el Estado ni siquiera podrá definir o especificar por completo los objetivos y condiciones de la subvención, correspondiendo a las comunidades autónomas su concreción. Y, desde luego, cuando no disponga de competencia alguna, más allá de ese destino genérico, el conjunto de potestades normativas y ejecutivas serán de titularidad autonómica. Todo ello a salvo de la excepción de que la subvención no sea “territorializable”, cuestión a la que más adelante me referiré.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por el legislador estatutario, buscando con ello dotar a su contenido de una eficacia reforzada. Como ya he anticipado, tal es el caso de los artículos 114 del Estatuto de Cataluña, 45.2 del Estatuto de Andalucía y 79.2 del Estatuto de Aragón (artículo 79), todos ellos con la misma redacción, aunque estructurada de forma distinta. La de los dos últimos es la siguiente:

“En el caso de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma especificará los objetivos a los que se destinen las subvenciones territorializables de la Administración central y las de la Unión Europea, así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión de su tramitación y concesión. En las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma precisará los objetivos de las subvenciones territorializables de la Administración central y de la Unión Europea, completando las condiciones de otorgamiento, y asumiendo toda

la gestión incluyendo la tramitación y la concesión. En las competencias ejecutivas, corresponderá a la Comunidad Autónoma la gestión de las subvenciones territorializables, que incluye la tramitación y concesión.”

Nada se ha previsto, sin embargo, en relación a las competencias de las entidades locales afectadas por subvenciones autonómicas, lo que no deja de ser lógico. Ahora bien, al igual que en nada habría cambiado la cuestión (dada la consolidación y firme asentamiento de la jurisprudencia constitucional expuesta) por no haberse incorporado a los estatutos semejantes previsiones, por la misma razón el silencio estatutario en forma alguna puede significar que la Comunidad Autónoma no deba ajustar su actividad subvencional a las competencias propias de las entidades locales.

Llegados a este punto, resta indicar que dentro de la actividad subvencional hay que distinguir entre la fijación de los objetivos y condiciones de las subvenciones, de una parte, y la gestión de las mismas, de otra. La propia regulación –de carácter básicamente procedimental– establecida por la LGS ayuda a diferenciar con claridad entre el establecimiento o previsión de subvenciones (lo que conlleva fijar las condiciones y requisitos para su otorgamiento, concretados en las correspondientes bases reguladoras) y el otorgamiento, tramitación y gestión de las mismas (procedimientos de carácter presupuestario, incluyendo el pago, de justificación y comprobación del empleo dado a lo percibido, de reintegro por incumplimiento, de control financiero, y de carácter sancionador por la comisión de las infracciones legalmente tipificadas). De manera que, como regla, la intervención de unas u otras instancias administrativas y su alcance en cada una de esas fases y trámites dependerá de las competencias que ostenten en la materia a la que se vincule la correspondiente subvención.

Ese reparto de funciones, ciertamente, en el caso de las subvenciones estatales resulta más sencillo de establecer, dada la tipología de supuestos sobre los que se asienta la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (básicamente, competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias ejecutivas, cuyo concreto alcance, atendiendo a las potestades que comprenden, también ha quedado fijado, aunque con ligeras diferencias, en algunos de los estatutos de autonomía reformados).<sup>12</sup> Un reparto que, sin embargo, en el caso de las subvenciones autonómicas, no puede trazarse en los mismos

12. *Vid.* artículos 110 a 112 del Estatuto de Cataluña, 42 del Estatuto de Andalucía, y 71, 75 y 77 del Estatuto de Aragón.

términos, dada la configuración constitucional y estatutaria de las competencias y potestades propias de los municipios y demás entidades locales.

No obstante, el reforzamiento de la autonomía local a través de la garantía estatutaria de un núcleo de competencias que necesariamente han de corresponder a los municipios,<sup>13</sup> permite afirmar que, en las materias en las que ostentan potestades y ejercitan las correspondientes funciones, la actividad subvencional de las comunidades autónomas obligadamente deberá tener en cuenta esas potestades y funciones (competencias, en definitiva), adecuándose a las mismas. Dependerá, desde luego, de cómo las haya concretado el legislador en cada materia para que, en función de cuáles sean, la intervención municipal en la actividad subvencional autonómica sea más o menos intensa.

Caso por caso, a la vista de la actividad que se proyecte, habrá que determinar, pues, si se les debe reconocer la potestad de complementar, concretando o especificando, los objetivos, condiciones y requisitos de acceso a la subvención (en suma, interviniendo en la fase de regulación) o si, por ser de menor alcance sus competencias, su intervención ha de quedar ceñida a la fase de gestión, con señalamiento de las funciones concretas que les corresponden. Todo ello no ha de ser obstáculo, de todas formas, para que el legislador autonómico y, más en concreto, el legislador de régimen local, pueda y deba sancionar, con carácter general, la regla expuesta, como garantía de la titularidad de las competencias locales. Más en concreto, la regla de que cuando la Comunidad Autónoma prevea, con fines de fomento, el otorgamiento de subvenciones a particulares, y esas subvenciones incidan en ámbitos materiales en los que las entidades locales tengan atribuidas competencias, deberán reconocérseles las facultades precisas para que, según los casos, puedan especificar y complementar los objetivos, condiciones y requisitos de otorgamiento, así como para proceder a la ejecución y gestión de las mismas.

Por último, no debería descartarse que, como excepción, puedan concurrir algunas de las circunstancias que la propia jurisprudencia constitucional ha señalado como justificativas del mantenimiento de la gestión centralizada de las subvenciones a cargo del ente que las establece. La gestión centralizada, ha di-

cho el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, solo es constitucionalmente admisible "cuando resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas de fomento, garantizar la posibilidad de obtención y disfrute de las mismas por sus destinatarios potenciales y evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos" (entre otras, SSTC 201/1988, de 27 de octubre, f.j. 2 y 75/1989, de 24 de abril, f.j. 5), debiendo tenerse en cuenta que "la procedencia de esa gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate" [STC 213/1994, de 14 de julio, f.j. 4 b).3, que resume la doctrina constitucional al respecto].

De este modo, cuando el gasto se destine al desarrollo de acciones de fomento, mediante el otorgamiento de subvenciones a particulares, los criterios de reparto de funciones pueden verse alterados si los fondos no son susceptibles de ser distribuidos previamente entre las comunidades autónomas.

Es de gran trascendencia, por tanto, la determinación del carácter territorializable o no de la subvención, ya que termina por alterar el reparto de potestades y funciones. Por eso, y sin perjuicio, en última instancia, del control judicial, los referidos estatutos de autonomía<sup>14</sup> han previsto lo siguiente:

"La Comunidad Autónoma participa, en los términos que fije el Estado, en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias y en su gestión y tramitación."

Sería conveniente, pues, observar la misma pauta, de manera que la señalada regla general pudiera acompañarse de la cautela de que, cuando la Comunidad Autónoma estime que la intervención de las entidades locales en la actividad subvencional proyectada resulte incompatible con el aseguramiento de su plena efectividad, deberá justificarlo adecuadamente, previo informe, en todo caso, del órgano de representación de dichas entidades. Quedaría así completada una regulación mínima, pero imprescindible, de la actividad subvencional de las comunidades autónomas en atención a las competencias locales. Una regulación que, sin perjuicio de ulteriores desarrollos legislativos, reforzaría la garantía de la autonomía local, en coherencia con la dirección a la que apuntan los nuevos estatutos de autonomía. ■

13. Esa opción claramente se constata en los nuevos estatutos de autonomía de Cataluña (artículo 84) y de Andalucía (artículos 60 y 92).

14. *Vid.* los artículos 114.5 del Estatuto de Cataluña, 45.3 del Estatuto de Andalucía y 79.3 del Estatuto de Aragón.

# La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas

Jesús Colás Tenas<sup>1</sup>

*Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza.*

*Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón*

1. **El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP.**
2. **El impuesto sobre el valor añadido y el precio de los contratos.**
3. **La elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y las instrucciones internas de contratación de los artículos 175 b) y 176.3 de la LCSP: en especial la exigencia de clasificación administrativa.**
4. **La indeterminación de conceptos claves: valor estimado del contrato, presupuesto de licitación, precio cierto del contrato, precio primitivo del contrato, gastos generales, beneficio industrial.**
5. **El régimen de recursos contra los actos de adjudicación provisional y definitiva.**
6. **La exclusión de los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales del ámbito de aplicación de la LCSP.**
7. **La relación entre las administraciones públicas y sus “medios propios” como manifestación del principio de autoorganización administrativa determinante de la inaplicación de la legislación de contratos públicos.**
8. **La modificación del contrato administrativo de obras y las obras complementarias.**
9. **La racionalización técnica de la contratación: acuerdos marco y centrales de contratación.**
10. **El desarrollo normativo local para la LCSP.**

Me parece que cabe entender este Seminario sobre “La Ley de contratos del sector público, un año de vigencia” como un llamamiento a la reflexión y consideración de la contratación pública en tanto que herramienta para el cumplimiento de fines y políticas públicas que van más allá de la intendencia administrativa, de la mera tramitación de procedimientos de adjudicación que se eternizan, agotan, baldan y desaniman a propios y extraños.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) –norma impulsada por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE, aunque el legislador estatal ha aprovechado para introducir muchas otras reformas–

implica un cambio de concepción en la contratación pública y de estructura respecto a la regulación anterior.

Es una norma que ha merecido ser calificada como uno de los acontecimientos más importantes en el mundo del Derecho administrativo. También se ha dicho que es una “ley extensa, intensa, compleja, de críptica estipulación derogatoria y de rebuscado lenguaje administrativo”, incluso hay quien se ha referido a este texto normativo indicando que se trata de una “ley inhóspita”, pero, con independencia de la valoración que la norma merezca, es necesario superar, día a día, los problemas que su aplicación plantea y procurar aportar soluciones a las contradicciones que el texto normativo contiene.

1. Ponencia presentada en el Seminario sobre “La Ley de contratos del sector público. Un año de vigencia”, impartido en Girona del 11 al 12 de junio de 2009, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, la Diputación de Girona y la Universidad de Girona, con la colaboración de la Fundación Caixa Girona y COSITAL.

La LCSP desde su entrada en vigor, circunstancia que también ha dado mucho que hablar, e incluso desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 31 de octubre de 2007, fue objeto de múltiples iniciativas de todo tipo y naturaleza, encaminadas a examinar las repercusiones que la puesta en funcionamiento del nuevo texto legal podía ocasionar en el ámbito de la contratación pública y, en particular, en las entidades locales, pero en pocas ocasiones se ha descendido al detalle de la aplicación práctica que la Ley plantea en los distintos procedimientos de la contratación de los entes locales.

En el ámbito local, la disposición adicional segunda de la LCSP viene a regular las normas específicas de contratación de las entidades locales,<sup>2</sup> regulación que hay que completar con la derogación normativa de la disposición derogatoria única, contenida en los apartados b) y c) –referente a diversos artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), 21.1 ñ) y p), 22 1 n) y o), 33 2 l) y n), 34 1 k) y m), 88 y 127 1 f); así como del Real decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), 23 a) y c), 24 c), 28 c) y d), 29 b), 89, 95.2, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125– y la modificación normativa prevista en la disposición final primera en relación con el artículo 85.2 de la LBRL.

La disposición adicional segunda de la LCSP requiere alguna observación desde el punto de vista de la técnica normativa:

1) No es comprensible que las normas específicas de contratación de las entidades locales se regulen en una disposición adicional. En las disposiciones adicionales suelen acomodarse los regímenes jurídicos especiales que no pueden situarse en el texto articulado, los mandatos y autorizaciones de contenido no normativo y los preceptos residuales que no pueden ubicarse en ningún otro lugar de la Ley.<sup>3</sup>

2) Es cierto, sin embargo, que, desde el punto de vista práctico, resulta muy positivo que las reglas de la contratación local se encuentren recogidas en una única disposición, dado que facilita enormemente su conocimiento y aplicación.

3) La distribución de competencias entre órganos de las entidades locales debería, y así ha sido hasta la LCSP, regularse en la LBRL. Hubiera sido más adecuado dar nueva redacción a los preceptos de la LBRL, en lugar de derogarlos y sustituirlos por los preceptos de la disposición adicional segunda, tal y como se ha hecho con el artículo 85.2 de la LBRL en la disposición final primera.

Resulta sin embargo obligado insistir en reconocer, desde el punto de vista del aplicador material de la LCSP, la utilidad de la disposición adicional segunda, en cuanto contiene las normas referidas especialmente al mundo local en una única disposición y no desparzamadas a lo largo del texto legal.

Son muchas las cuestiones que se han revelado como conflictivas en el quehacer diario de las diversas administraciones públicas. También son incontables los informes, circulares, dictámenes, recomendaciones e instrucciones que han visto la luz con motivo de la entrada en vigor de la LCSP, con la intención de guiar e iluminar el camino de quienes se ven en la necesidad y obligación de aplicar la norma contractual.

Como muestra de cuanto se dice, baste con citar algunos ejemplos de esta actividad interpretativa de la norma: el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, la elaboración de pliegos e instrucciones internas, el cálculo del importe de los contratos menores a que se refiere el artículo 122.3 de la LCSP, o la procedencia de incluir el impuesto sobre el valor añadido en el cálculo del importe de la garantía provisional de los contratos, la indeterminación de conceptos claves, el régimen de recursos contra los actos de adjudicación provisional y definitiva, la exclusión de los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales del ámbito de aplicación de la LCSP, la contratación y la gestión urbanística,

2. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. "La contratación de las entidades locales en la LCSP", en *La Ley de contratos del sector público y su aplicación a las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008.

MARTÍNEZ PALLARÉS, PL. "Las entidades locales y la Ley de contratos del sector público", en *Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008.

SÁNCHEZ MORETÓN, F. *Breves notas sobre la disposición adicional segunda: "Normas específicas de contratación de las entidades locales", de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios, Diputación Provincial de Salamanca.

3. Artículo 39 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa (BOE de 29 de julio de 2005).

la relación entre las administraciones públicas y sus “medios propios”, como manifestación del principio de autoorganización administrativa determinante de la inaplicación de la legislación de contratos públicos, la modificación del contrato administrativo y las obras complementarias.

A continuación hacemos una breve referencia a los temas enunciados que han deparado mayor inquietud e interés en la primera andadura de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, desde las inquietudes del mundo local hasta los textos o documentos que pueden servir de base para su correcto planteamiento.

### 1. El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP

Es un tema recurrente, hasta el extremo de que algunas juntas consultivas han sentido la necesidad de iluminar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley (Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”).

La Abogacía General del Estado también se pronunció sobre este particular en la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

Existen, al mismo tiempo, dudas en torno al concepto de poder adjudicador en el ámbito local; en este sentido, el Informe 4/2008, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre régimen de contratación de las sociedades mercantiles locales de capital íntegramente público, y en particular sobre el régimen de contratación de la sociedad mercantil Santa Oliva Gestión Urbanística Municipal, sociedad anónima municipal (SOGUM, SAM).

Con el mismo criterio interpretativo, el Informe 5/2008, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, declara que tiene la consideración de poder adjudicador la Sociedad Privada Municipal Viladecans Mediterrània, S.A. Se trata de una sociedad anónima mercantil de capital íntegramente público, que se configura como una entidad

urbanística especial, de acuerdo con lo que prevé el artículo 22 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (en adelante, TRLUC), y que podrá alcanzar la condición de administración actuante en aquellos supuestos en que lo determine así un acuerdo expreso del Ayuntamiento. En particular el Informe argumenta:

“Por lo tanto, puede afirmarse que su objeto social responde a la satisfacción de necesidades de interés general. De acuerdo con el artículo 22 del TRLUC, son entidades urbanísticas especiales, si lo determinan sus estatutos y entre otras, las sociedades de capital íntegramente público de carácter local. Asimismo, este precepto dispone que las entidades urbanísticas especiales pueden asumir competencias urbanísticas, en materia de planeamiento y de gestión urbanísticas, en los supuestos en que operan como administración actuante, y pueden ser receptoras de la cesión a título gratuito, o de la enajenación directa de terrenos del patrimonio público de suelo y de vivienda. El artículo 23 del TRLUC dispone que la condición de administración actuante corresponde, entre otras, a las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determina un acuerdo expreso del ayuntamiento, que se tiene que someter a la publicidad requerida para la ejecutividad del instrumento urbanístico de planeamiento o de gestión de que se trate; que las entidades urbanísticas especiales, si operan como administración actuante, pueden formular cualquier figura de planeamiento urbanístico, formular, tramitar y aprobar definitivamente los instrumentos de gestión correspondientes; y que la condición de administración actuante, acordada por el ayuntamiento, de las sociedades de capital íntegramente público local que sean entidades urbanísticas especiales, no comporta la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, y es responsabilidad del órgano competente del ente local dictar los actos o las resoluciones de carácter jurídico-administrativo que den apoyo a la actividad material y técnica objeto de la encomienda, o en el cual se integre dicha actividad. En consecuencia, teniendo en cuenta la finalidad pública que tiene que satisfacer, la cual se enmarca plenamente dentro de las competencias municipales, se puede concluir que la Sociedad Privada Municipal Viladecans Mediterrània, S.A. se ha creado específicamente, para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y, por lo tanto, es poder adjudicador a efectos de la LCSP.”

En el ámbito autonómico se ha planteado la misma cuestión con insistencia; por todos basta citar el Informe 5/2008, de 24 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, sobre si una sociedad mercantil pública ostenta o no la condición de poder adjudicador, en el que, de forma pormenorizada y muy bien sistematizada, se analiza la cuestión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En definitiva, el escaso rigor del legislador en la transposición del Derecho comunitario se subsana mediante una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador, con el fin de acomodar el artículo 3 de la LCSP a las directivas de contratación y a la jurisprudencia comunitaria. De manera que el requisito de realización de una actividad de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil, debe interpretarse de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE. En este sentido, el Tribunal exige el riesgo empresarial en una actividad para entender que determinado ente, entidad u organismo puede apartarse del régimen de contratación de la LCSP, y basta con una conexión intensa con el interés general para considerar que debe aplicarse la LCSP. Del mismo modo, el criterio de financiación de la actividad por un poder adjudicador se entiende de forma muy amplia.

Esta interpretación funcional sirve, entre otras cosas y a título de ejemplo, para entender que las juntas de compensación no se sujetan a la LCSP por regla general, pues no son poder adjudicador; ahora bien, si llevan a cabo obra pública urbanizadora, sí deberán contar con unas instrucciones mínimas de contratación.

## 2. El impuesto sobre el valor añadido y el precio de los contratos

Cuestiones que parecían no ofrecer duda pero que han suscitado innumerables discusiones y comentarios –como el cálculo del importe de los contratos menores, a que se refiere el artículo 122.3 de la LCSP, o la procedencia de incluir el impuesto sobre el valor añadido en el cálculo del importe de la garantía provisional de los contratos, a que se refiere el artículo 91 de la LCSP– han merecido también sendas circulares de la Abogacía General del Estado (circulares 3 y 4 de 30 de julio de 2008) que sostienen la improcedencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores y en la garantía provisional de los contratos.

En este sentido, son varios los Informes de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa. La cuestión ha sido objeto de tratamiento y solución con carácter general en el Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de conformidad con el cual:

“Con referencia al valor de los contratos, la Ley de contratos del sector público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento.

“Junto a estos tres conceptos, la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias, entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen, y, por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general, cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato –fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución– indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así, en la fase de preparación y adjudicación, deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública, y, en la de ejecución, deberán entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir, el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado.

“En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien en ningún caso deberá considerarse incluido el impuesto sobre el valor añadido.

“Por el contrario, cuando el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio. A este respecto, el término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley de contratos del

sector público, que lo considera como la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la Ley de contratos del sector público se habla de precio del contrato debe entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Ello resuelve a su vez la problemática referente a si en el precio debe o no incluirse el importe del impuesto sobre el valor añadido que grava la operación. Se puede plantear la duda por el artículo 75.2 de la Ley, que dispone que 'en todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba soportar la Administración.' Esta expresión puede interpretarse tanto en el sentido de que el impuesto forma parte del precio, si bien debe hacerse constar separadamente su importe, como en el de que este es partida independiente del precio. La conclusión más adecuada, sin duda, es considerar que en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de impuesto sobre el valor añadido, como se desprende del hecho de que se mencione, aunque sea para decir que se haga constar separadamente, en el artículo que regula con carácter general el precio de los contratos."

Sobre el mismo asunto volvería la JCCA del Estado, en su Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008, determinando en qué supuestos debe considerarse, cuando la LCSP habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, que incluye la cuota por el impuesto sobre el valor añadido, y en qué supuestos no.

### 3. La elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y las instrucciones internas de contratación de los artículos 175 b) y 176.3 de la LCSP: en especial la exigencia de clasificación administrativa

La elaboración de pliegos de cláusulas administrativas particulares, y de instrucciones internas de contratación, también ha conocido la labor intuitiva de los órganos consultivos en materia de contratación.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para todo tipo de contratos administrativos; la Recomendación de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía para la utilización, por las consejerías y demás organismos de la Junta de Andalucía, de pliegos tipo con el objeto de unificar criterios y dar la mayor uniformidad posible a los procedimientos de contratación; la aprobación por Decreto 81/2008, de 22 de abril, del Gobierno de Canarias, de los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares, en el ámbito de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, para la contratación de obras, suministros y servicios por procedimientos abierto y negociado, con y sin publicidad, y para la contratación de suministros de cuantía indeterminada mediante acuerdo marco con procedimiento abierto; así como la Recomendación 1/2008, de 10 junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés, que no son Administración pública, en contratos no sujetos a regulación armonizada; y la Circular de la Abogacía General del Estado, de 27 de marzo de 2008, sobre las instrucciones internas de contratación de los artículos 175 b) y 176.3 de la LCSP, son buena muestra de la preocupación que existe por la correcta formulación de los pliegos e instrucciones de contratación.

Hay que incluir en este apartado las dudas que ha suscitado el régimen transitorio de la clasificación de contratistas a la hora de elaboración de los pliegos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña,<sup>4</sup> coincidiendo con el parecer del órgano consultivo del Estado, entiende que, en tanto no entren en vigor los correspondientes preceptos de la LCSP, los límites cuantitativos de los contratos a partir de los cuales se tiene que exigir la clasificación empresarial, tanto en contratos de obras como de servicios, a partir del momento de la entrada en vigor de la LCSP, continúan siendo los recogidos en el artículo 25.1 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, es decir, 120.202,42 €, IVA incluido. De la misma manera, en tanto en cuanto no entre en vigor la norma reglamentaria, los órganos

4. Acuerdo 1/2008, de 20 de junio de 2008, del Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

de contratación no exigirán clasificación empresarial a los empresarios que opten a la adjudicación de los contratos de servicios considerados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP como contratos de consultoría y asistencia. La vigencia indefinida de los certificados de clasificación empresarial y la exigencia de acreditación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera anualmente, y de la solvencia técnica y profesional cada tres años, se aplicará a las clasificaciones solicitadas a partir de la entrada en vigor de la LCSP. En tanto no entre en vigor la norma reglamentaria que desarrolle los correspondientes preceptos de la LCSP, se mantiene vigente el régimen de exención de la exigencia de clasificación empresarial de las categorías de contratos de servicios recogidas en el artículo 25.1 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

La publicación en el BOE de 2 de diciembre de 2008 del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación, es decir, el día 3 de diciembre de 2008, volvió a plantear problemas sobre la exigencia de la clasificación de contratistas. El citado Real decreto ley establece en la disposición adicional sexta, denominada: "Exigencia de clasificación", que "A partir de la entrada en vigor de este Real decreto ley, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros."

Por un lado, se podía entender que lo establecido en la disposición adicional sexta del Real decreto ley 9/2008 solo es aplicable a los contratos de obras incluidos en el ámbito de aplicación del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 3. Por otro lado, podría entenderse que el Real decreto ley 9/2008, pese a carecer de una disposición derogatoria, ha derogado lo señalado en la disposición transitoria quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y, por lo tanto, la aplicación del límite cuantitativo establecido en el artículo 54.1 de la LCSP para la exigencia de clasificación de las empresas, en los contratos de obras, no tendría que esperar al desarrollo reglamentario de la LCSP previsto en la disposición transitoria quinta de dicha Ley (según la interpretación de la misma realizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 37/2008, de 25 de abril, en relación con la cuantía de los contratos de

obras a partir de la cual resulta exigible la clasificación de las empresas).

El Informe 1/2009, de 6 de febrero, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre la exigencia de clasificación en los contratos de obras, establecida en la disposición adicional sexta del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, resuelve la cuestión en el siguiente sentido:

"La disposición adicional sexta del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, dispone que 'a partir de la entrada en vigor de este Real decreto ley, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.'

"De inicio hay que destacar la defectuosa técnica normativa utilizada en la redacción del texto de esta última disposición citada y que es causa de las dudas planteadas.

"Efectivamente, mientras que en el resto de las disposiciones adicionales del Real decreto ley 9/2008 se indica expresamente que sus prescripciones se establecen en relación con algunos de sus artículos o utiliza la fórmula de que se establece a efectos del mismo, en la disposición adicional sexta ni se hacen tales referencias ni se citan los artículos correspondientes de la Ley de contratos del sector público.

"Por ello, de conformidad con el artículo 3 del Código Civil, habrá que hacer, en primer lugar, una interpretación de la norma en el sentido propio de sus palabras.

"El tenor literal del precepto es claro al indicar que 'a partir de la entrada en vigor de este Real decreto ley, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.' Por ello, no haciendo distinción alguna cabe aplicar el principio de que 'donde la Ley no distingue no debemos distinguir nosotros.' En relación con el contexto, procede una interpretación sistemática de la norma en relación con el resto de las disposiciones adicionales, en el sentido de que estas hacen una remisión al contenido dispositivo, mientras que la disposición adicional sexta omite toda referencia al mismo.

"En cuanto a la ubicación de la prescripción, se hace en una disposición adicional y no en la parte dispositiva o articulada de la norma, y ello de acuerdo con las directrices de técnica normativa en cuanto que su contenido trata de un régimen jurídico especial que implica

la creación de normas reguladoras de situaciones jurídicas diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma.

“Por último, si la disposición transitoria quinta de la LCSP difería la entrada en vigor del artículo 54.1 de la LCSP a lo que establecieran las normas reglamentarias de desarrollo, ha de entenderse que, aun cuando tal desarrollo no se haya producido, el Real decreto ley 9/2008 ha efectuado un adelanto en tal entrada en vigor, favoreciendo de esta manera, de acuerdo con una interpretación teleológica, la participación en los procesos licitatorios de las obras a un mayor número de empresas.”

De manera que a la entrada en vigor del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, y de acuerdo con su disposición adicional sexta, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 €, independientemente de que su financiación se realice o no a través de los fondos que crea.

#### **4. La indeterminación de conceptos claves: valor estimado del contrato, presupuesto de licitación, precio cierto del contrato, precio primitivo del contrato, gastos generales, beneficio industrial**

Existen en la LCSP conceptos que carecen de una suficiente precisión conceptual y originan no pocas dudas e incertidumbres en la contratación de las entidades locales. Entre ellos, cabe señalar el del valor estimado del contrato (VEC), directamente vinculado al sistema de los umbrales o límites cuantitativos, para conocer si un determinado contrato se encuentra o no sujeto a regulación armonizada; de este concepto se dice que pretende evitar el efecto distorsionador que tiene el IVA en la oferta de los contratos: entidades exentas de repercutir el IVA, tipos diferentes según el Estado miembro, etc. Otros conceptos a destacar en tal sentido son el presupuesto base de licitación (PBL) y el precio cierto del contrato.

En cuanto a las partidas que integran el valor estimado del contrato, no es pacífico, por ejemplo, si se incluyen en ellas las cuantías de los importes de las revisiones de los contratos, en los supuestos en que se admite la prórroga de los mismos, cómo han de calcularse si no son conocidas de antemano, o dónde debe figurar el VEC, etc.

En cualquier caso parece claro que precio del contrato y valor estimado del contrato son conceptos di-

ferentes, entre otras cosas porque las prórrogas del contrato, las revisiones del precio o las primas establecidas en el pliego no pueden considerarse, con carácter previo al inicio de la licitación, como retribución del contratista.

Con carácter general a estas cuestiones, como ya hemos hecho notar, se ha referido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 43/2008, de 28 de julio.

Tampoco es pacífico qué debe entenderse por precio primitivo del contrato, según expresión del artículo 160 del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en relación con el artículo 217.3 de la LCSP. El Informe 37/07, de 29 de octubre de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación a la consulta sobre si la expresión “precio primitivo del contrato” se refería exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios producida durante la ejecución de la obra principal, y, en su caso, al importe de las modificaciones, advirtió que el concepto precio primitivo del contrato es precisamente el importe de adjudicación del contrato, que solo experimenta variación en más o en menos, respecto del momento en que ha de aplicarse, por los incrementos o disminución que se hayan producido por la revisión de precios, ya que, como señala el artículo 101 del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto 1098/2001, 12 de octubre, tales incrementos no tienen la consideración de modificación del contrato, sin que puedan ser incorporadas las modificaciones que por cualquier motivo o concepto se hayan autorizado.

A similar conclusión llega el Consejo de Estado en sus dictámenes números 476, 3075 y 3081 de 2002, y 2413 de 2004, y en el ámbito jurisprudencial, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2008 (RJ\2008\4986) y la sentencia núm. 535/2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR\2007\348701).

En el mismo sentido, el Informe 8/2008, de 27 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que concluye que “el límite del 10% adicional previsto en el artículo 217.3, segundo párrafo, de la LCSP y en el artículo 160 del RGLCAP, hace referencia al precio primitivo del contrato, sin que se puedan tener en cuenta, a tal efecto, ni ulteriores modificaciones aprobadas ni contratos complementarios”, y el Informe

8/2008, de 30 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Galicia.

En cuanto a los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos “gastos generales” y “beneficio industrial”, el Informe 50/08, de 2 de diciembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, considera que, cuando la LCSP regula el precio de los contratos en el artículo 75, disponiendo que este constituye la retribución del contratista y que “será el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado”, únicamente cabe concluir que lo que pretende es lograr el establecimiento de precios acordes con la realidad, y evitar tanto los que pequen por exceso como por defecto; pero nada aclara acerca de conceptos como los que constituyen el núcleo de los gastos generales ni el beneficio industrial.

Tampoco existen normas, ni en la Ley ni en el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, relativas al precio en los contratos de gestión de servicios públicos. De manera que la forma más adecuada para determinar los conceptos que deben considerarse incluidos en ellos será la que se establezca expresamente en la propia documentación contractual, y, en defecto de ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas. En todo caso, señala el Informe, el artículo 131 del mencionado Reglamento:

“establece los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, concepto que se identifica, a los efectos que aquí interesan, con el de precio. En tal sentido dispone que el citado presupuesto estará integrado por el resultado de sumar a los precios de las partidas alzadas y la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario, el importe de los conceptos de gastos generales de estructura que se fijan en los porcentajes indicados en la propia norma, y el impuesto sobre el valor añadido.

“Con respecto de los gastos generales de estructura, el Reglamento establece que lo compondrán de una parte:

“Los gastos generales de empresa.

“Los gastos financieros, las cargas fiscales (salvo el impuesto sobre el valor añadido), las tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras, y demás derivados de las obligaciones del contrato.

“El beneficio industrial, que se fija en el 6% del presupuesto de ejecución material.

“De lo anterior se deduce que por gastos generales de estructura, tal como los conceptúa el Reglamento en su artículo 131, debe entenderse aquellos que no tienen la consideración de coste (directo o indirecto) del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de este, siendo costes derivados de la actividad general de la empresa contratista. Ello explica que junto a los gastos generales de estructura, pero separadamente de ellos, se enumeren los costes que inciden sobre la propia prestación objeto del contrato y demás derivados de las obligaciones de este, es decir los mencionados en el apartado b) del párrafo anterior. En conclusión:

“Los gastos generales de estructura que, de conformidad con el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, deban tenerse en cuenta a la hora de determinar el precio del contrato, deducidos de los conceptos que integran el presupuesto base de licitación, son aquellos que no guardan una relación directa con la ejecución de contrato ni con las obligaciones derivadas del mismo. En consecuencia, tales gastos están incluidos en el porcentaje previsto en el artículo 131 antes citado y no pueden ser contemplados en la revisión de las partidas unitarias que componen el precio de este, tal como es el caso de las tarifas cobradas por el suministro de agua.”

## 5. El régimen de recursos contra los actos de adjudicación provisional y definitiva

La Ley introduce un recurso especial en materia de contratación, cuyo régimen jurídico, regulado en el artículo 37 de la LCSP, se aparta de forma notable del régimen general de los recursos administrativos en materia de contratación.

Frente al avance que supone la configuración de este recurso especial, lo cierto es que distorsiona el régimen general de recursos, ya que el mencionado recurso solo está previsto para determinados actos, dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada.

Efectivamente, según el diseño establecido en la Ley, tras la adjudicación provisional se produce la ad-

judicación definitiva, presentándose esta como un trámite formal y no de fondo –en cuanto a la adjudicación estrictamente se refiere, pues obviamente solo la adjudicación definitiva abre el camino de la resolución del contrato por incumplimiento–, ya que la decisión propiamente dicha sobre la valoración se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente. De manera que, según se deduce de la propia regulación de los artículos 37 y 135 de la LCSP, la adjudicación provisional es el acto declarativo de derechos que será objeto de fiscalización, y cuya elevación a definitiva tiene únicamente por objeto el cumplimiento de una de las características propias de los recursos de la Directiva comunitaria: que no comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso.

Conforme a las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos, la configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, hace inadmisibles el recurso contencioso-administrativo en la adjudicación definitiva, de conformidad con el sentido del artículo 28 de la LJCA.

Pues bien, el Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el Informe 48/08, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, abordan el sistema de recursos contra los actos de adjudicación, en el marco de la LCSP.

Pero no acaban aquí las consecuencias de esta peculiar configuración jurídica de la adjudicación provisional y definitiva del contrato, que exigen, también, su reflejo en los extremos que deben comprobarse en el ejercicio de la función interventora. En este sentido es oportuno ver la Resolución de 2 de junio de 2008, de la intervención general de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley general presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos (BOE de 13 de junio de 2008), de la que se desprende la extensión de la fiscalización e intervención previa de gastos u obligaciones, tanto a la adjudicación provisional como definitiva, si bien con distinto alcance y contenido. La cuestión reside en que la fiscalización de la adjudicación provisional y definitiva son dos actos distintos, que deben ser objeto de doble fiscalización, ya que en cada uno de ellos se comprueban distintos

requisitos, lo que no significa que tengan que existir documentos contables diferentes.

## 6. La exclusión de los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales del ámbito de aplicación de la LCSP

El artículo 4.1 p) de la LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

Es decir, se excluye del ámbito de aplicación de la LCSP a los denominados “contratos patrimoniales.” En el ámbito local se ha venido entendiendo como contratos patrimoniales aquellos contratos que tenían como objeto bienes que servían a los fines de las entidades locales, pero que no se destinaban a un uso público ni a un servicio público, ni eran bienes comunales. Los artículos 171 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón y 4 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, enumeran además, expresamente, entre los bienes de propios, a las parcelas sobrantes, no susceptibles en sí mismas de un uso adecuado, y a los bienes no utilizables (criterio enumerativo), y establecen la presunción de bien patrimonial en los siguientes casos: cuando no conste la afectación de un bien a un uso o servicio público, o cuando no conste su naturaleza comunal (criterio finalista o residual).

Sin embargo, en la actualidad, y conforme al artículo 4.1 p) y o) de la LCSP –que es exigencia del Derecho comunitario, en particular de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (considerando 24), en cuanto considera que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes, revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos las “normas de adjudicación” de la Directiva– por “contratos patrimoniales” hay que entender aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las administraciones públicas.

Es decir, se trata de un concepto más amplio, en el que se integran tanto aquellos contratos que tienen como objeto bienes que servían a los fines de las entidades locales, pero que no se destinaban a un uso público ni a un servicio público, como aquellos otros que tienen por finalidad la adquisición de bienes que resulten necesarios a los fines de las entidades locales, como, a título de ejemplo, los de interés histórico o artístico.

Sobre la exclusión de estos contratos se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 25/08, de 29 de enero de 2009; y, en el ámbito autonómico, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, mediante Dictamen 481/2008, de 3 de julio de 2008, y el Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.

De conformidad con los pronunciamientos de estos órganos consultivos debe advertirse, con carácter general, que la exclusión de estos contratos de la LCSP en modo alguno es absoluta: primero, porque la disposición adicional segunda de la propia LCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales, referidas a los contratos patrimoniales, y segundo, porque, de conformidad con el artículo 4.2 de la LCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

La exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales de la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, conlleva, según el Informe 4/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 de la LCSP. Sin embargo es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales, que no

existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular, así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.

### 7. La relación entre las administraciones públicas y sus “medios propios” como manifestación del principio de autoorganización administrativa determinante de la inaplicación de la legislación de contratos públicos

Según pone de manifiesto el profesor Bernal Blay,<sup>5</sup> nos encontramos ante supuestos en los que la Administración se sirve de un aparato instrumental para proveer obras públicas, suministros, o para prestar servicios, de manera que la dependencia funcional que el proveedor o prestador presenta respecto de la Administración debe llevarnos a entender que la relación que se establece entre ambos obedece, más que a la lógica contractual, a una decisión de tipo organizativo de la Administración.

Debe entenderse, por tanto, que las sociedades públicas, o cualesquiera otras formas de personificación, son simples opciones de organización, y que el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es solo a efectos instrumentales o auxiliares, pero que en modo alguno pueden ostentar la consideración de terceros respecto de esa misma Administración.

Pues bien, la modificación de la redacción del artículo 85.2 de la LRBRL por la disposición final primera de la LCSP, considera, como forma de gestión directa de los servicios públicos locales, la “sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública”, de manera que admite la entrada de capital público ajeno a la entidad titular del servicio.

Resulta extraño que no se haya modificado el apartado 2 del artículo 85 ter de la LRBRL, que dispone

5. BERNAL BLAY, MA. “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local”, en *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación a las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008.

que “la sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.”

En todo caso, la entrada de capital público ajeno a la entidad titular del servicio, para que resulte compatible con la jurisprudencia comunitaria sobre los encargos *in house*, no puede suponer una alteración del control que la entidad local titular del servicio ostenta sobre la sociedad gestora, que debe reputarse análogo al ejercido sobre los propios servicios, durante todo el tiempo que dure la ejecución del encargo. No obstante, el artículo 4.1.n), en relación con el 24.6 de la LCSP, excluye la encomienda de gestión a una sociedad instrumental de la aplicación de la Ley, pero para ello la sociedad tiene que tener atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad local correspondiente. Además, el último párrafo del artículo 24.6 de la LCSP requiere que se reconozca en los estatutos sociales de la sociedad instrumental dicha condición.

El Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre consideración de medio propio de un ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal, y procedimiento de encomienda de gestión, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, las sentencias Teckal de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, que fija por primera vez la doctrina sobre el uso de medios propios, la sentencia Parking Brixen de 13 de octubre de 2005 en el asunto C-458/03, la sentencia Carbotermo Spa de 11 de mayo de 2006 en el asunto C 340/04, y la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007 en el asunto C-295/05; y de conformidad con los informes de la propia Junta Consultiva, así, el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, y el Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, sienta el siguiente criterio:

“La condición de medio propio se encuentra regulada en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de contratos del sector público, habiendo expresado su criterio respecto de su aplicación la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su Instrucción 2/2005, de 21 julio de 2005, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del

sector público estatal, si bien referida a la Ley de contratos de las administraciones públicas, que regulaba tal aspecto en el artículo 3.1, letra l), y que constituye el precedente de la norma actual.

“El artículo 24.6 de la Ley dispone que podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de los denominados poderes adjudicadores (artículo 3.3) los entes, organismos y entidades del sector público para los que realicen la parte esencial de su actividad, cuando tales poderes adjudicadores ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios, y, si se trata de sociedades, supuesto que se plantea, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

“La Ley señala que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante, y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan, y, añade, que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan tales requisitos deberá reconocerse expresamente por la norma que la cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir, o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

“Tal configuración del concepto medio propio, revela una característica principal, como es que el poder adjudicador, en la relación de control que ejerce, y el medio propio actúan en una relación que no es contractual, sino de instrucciones unilaterales de ejecución, cursadas por el poder adjudicador, que el medio propio ha de ejecutar.

“Habrà que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión, y, en tal sentido, debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.”

Más discutible puede resultar el Informe 13/2008, de 22 de diciembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre capacidad de EGMASA para ser medio propio instrumental de las entidades locales.

Otra cuestión recurrente es la necesidad de modificar los estatutos sociales de todas las sociedades ins-

trumentales de las entidades locales de acuerdo con el tenor literal de la LCSP, o si bien es suficiente con que el carácter instrumental derive del acuerdo de creación, sin que sea necesario proceder a la modificación de los estatutos correspondientes.

La Recomendación 2/2009, de 22 de abril, sobre la adaptación de los estatutos de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía consideradas medio propio y servicio técnico a lo previsto en el artículo 24.6 de la Ley de contratos del sector público, se pronuncia en el sentido de que las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía habrán de adaptar sus normas de creación o estatutos recogiendo las exigencias que en tal precepto se indican. En parecidos términos el Informe 26/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 de la LCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia.

Finalmente, en la encomienda de gestión a un medio propio para la realización de una obra o prestación de un servicio o suministro, la sociedad instrumental tiene que aplicar la LCSP “en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2.ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”, según dispone el último párrafo del artículo 4.1.n) de la LCSP.

## 8. La modificación del contrato administrativo de obras y las obras complementarias<sup>6</sup>

El régimen general se establece en el artículo 202, que debe leerse en relación con los artículos 194 y 195 de la LCSP. Sin duda es una de las regulaciones más nove-

das y peculiares de la LCSP en relación con la Directiva 2004/18/CE –y la jurisprudencia comunitaria–, es decir, en relación con la normativa comunitaria de contratación pública relativa a las contrataciones públicas en fase de ejecución y a la adjudicación de contratos de obras o servicios complementarios.

De acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y los artículos 12, 43 y 49 del Tratado de la CE, la modificación de un contrato tras su adjudicación no se atiene a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia salvo que, y así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia C-496/99, Comisión contra CAS Succhi di Frutta, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: a) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación; o b) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación. Pues bien, la LCSP, en primer lugar, eleva el umbral establecido en el TRLCAP para la contratación de obras complementarias al contratista primitivo, incrementándose del 20% del precio inicial del contrato al 50%, lo que en la práctica puede suponer una elevación muy notable del valor económico real de los contratos públicos de obras para sus adjudicatarios iniciales. Además, se establece la posibilidad de incorporar modificaciones del contrato sin previa aprobación del órgano de contratación, y mediante orden de la dirección facultativa, cuando consistan en la variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato. Desaparece, al menos eso parece, la modificación del contrato por necesidades nuevas, y se insiste en que las modificaciones del contrato no pueden afectar “a las condiciones esenciales del contrato.”

De las obras complementarias se ocupan los artículos 202.1 y 155 b) de la LCSP. Ofrecen dificultades su definición y distinción en relación con las modificaciones del contrato, y su cuantificación. No se aclara qué significa precio primitivo del contrato ni: ¿Cómo se calcula el 20% o el 50% del precio primitivo del

6. Sobre estos extremos el Reino de España ha recibido carta de emplazamiento de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 8 de mayo de 2008, al considerar que ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 28, 31 y 61 de la Directiva 2004/18/CE y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que se derivan del artículo 2 de la Directiva y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea, y, en su caso, de los artículos 10 y 40 de la Directiva 2004/17/CE.

contrato en los supuestos de bajas en la licitación? ¿Se incluyen las revisiones y modificaciones del contrato? Sucede con alguna frecuencia que el proyecto de obra complementaria excede del 20% del importe del proyecto de la obra principal, pero no excede del 20% del importe del precio de adjudicación. Este es un tema recurrente en la práctica diaria de la contratación, desde el artículo 153 del Reglamento general de contratación del Estado, que utilizaba la expresión "precio del contrato", y posteriormente el artículo 141 d) del TRLCAP, que se refería a los "precios que rigen para el contrato primitivo", que debería haberse aclarado en la LCSP.

El Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la LCSP y régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y cuya adjudicación se hubiese producido con posterioridad, sienta la doctrina general en esta materia.

### 9. La racionalización técnica de la contratación: acuerdos marco y centrales de contratación

Los sistemas para la racionalización técnica son figuras novedosas en materia de adjudicación, que responden a las exigencias de simplificación en la contratación. Para alcanzar este objetivo simplificador, se permite concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados. Se pretende con ello dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad necesaria, que permita que los entes públicos puedan contratar reduciendo los plazos.

Junto al nuevo procedimiento de adjudicación, como es el diálogo competitivo, se introduce por el legislador comunitario el acuerdo marco, el sistema dinámico de adquisición y las subastas electrónicas. En el considerando decimosexto de la Directiva 2004/18/CE se manifiesta que: "Para tener en cuenta las diversidades existentes en los estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos

de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva."

La LCSP transpone la citada Directiva en los artículos 180 a 186, regulando los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y la centralización de contratos de obras, suministros y servicios. No existe, sin embargo, en la LCSP un tratamiento unitario del régimen jurídico del acuerdo marco, ni siquiera define la Ley el concepto de acuerdo marco, que hay que tomar del artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE. El artículo 180 de la LCSP contiene excesivos conceptos jurídicos indeterminados, y no existe una referencia clara al procedimiento de selección ni a la definición de los términos del acuerdo marco. Otra cuestión es la de la correspondencia temporal que tenga que existir entre la duración del acuerdo marco y la de los contratos de provisión que se deriven. La duración máxima de un acuerdo marco es de cuatro años, según manifiesta el artículo 32.2 de la Directiva 2004/18 y transpone el artículo 180.3 de la LCSP. Ambas normas no establecen ninguna previsión respecto a si los contratos de provisión derivados de un acuerdo marco pueden tener un tiempo de ejecución que supere el tiempo del acuerdo marco.

Varios han sido los pronunciamientos de las juntas consultivas en esta materia, por todos baste citar el Informe 6/2008, de 13 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre adjudicación de contratos basados en acuerdos marco de homologación vigentes a la entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público, y el Informe 7/2008, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, sobre características de los sistemas dinámicos de contratación y de los acuerdos marco.

### 10. El desarrollo normativo local para la LCSP

Como advierte el profesor Velasco Caballero,<sup>7</sup> esta Ley apenas si contempla un desarrollo autonómico menor por parte de las comunidades autónomas. Ahora bien, pese a la falta de previsión expresa en la Ley, se pueden identificar en ella ámbitos necesitados de un cierto

7. VELASCO CABALLERO, F. "Desarrollo normativo local para la Ley de contratos del sector público", Boletín número 22, marzo de 2008, del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.



desarrollo normativo. Y se puede sostener que esa regulación puede ser directamente local, en ejercicio de las potestades normativas y de autoorganización del artículo 4.1 a) de la LBRL.


Se trataría, en consecuencia, de analizar distintas formas organizativas y procedimentales para la gestión y licitación de los contratos por parte de las entidades locales: "centrales de contratación" (artículo 187 de la LCSP), las mesas de contratación (artículos 295 y ss. de la LCSP); puesta en marcha del llamado "diálogo competitivo" (artículo 163 de la LCSP) donde la mesa de contratación no actúa como órgano de valoración de propuestas, sino como órgano de negociación, etc.

Quedan, finalmente, muchos más temas que abordar sobre la contratación en el ámbito local (los criterios de selección y de adjudicación del contrato, la composición y funcionamiento de las mesas de contratación, la confidencialidad en la contratación pública, etc.), que habrán de ser objeto de atención en otro momento. ■



# Aspectos prácticos de los nuevos procedimientos de adjudicación

José Miguel Carbonero Gallardo  
Subdirector del CEMCI. Diputación de Granada

1. Introducción
2.  Preguntas prácticas
3. Reflexión final

## 1. Introducción

Ha pasado ya más de un año desde la entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público (LCSP). Un año de aplicación práctica de una Ley que no dejó indiferente a nadie desde los primeros momentos de su génesis. Apenas era un anteproyecto de Ley, y el texto propuesto por el Ministerio de Economía ya producía inquietud en los entonces futuros aplicadores de la norma. Es verdad que una reacción similar se produce siempre que se propone una nueva norma. Seamos sinceros: cada vez que asoma una nueva Ley en el horizonte del procedimiento normativo, los potenciales aplicadores nos apresuramos a criticar hasta el último de sus párrafos, incisos, inclusiones y omisiones. Pero en este caso creo que la reacción ha sido mayor, y es que el texto no podía dejar a nadie indiferente.

No podía dejarnos indiferentes por muchas razones que sería extenso relatar ahora, pero en particular por su nueva y rompedora sistemática, por la dudosa técnica normativa empleada, y por la introducción de algunos nuevos conceptos de forma poco clara (por ejemplo: la regulación del ámbito subjetivo de aplicación, la subasta electrónica, el nuevo contrato de colaboración público-privada, o los instrumentos para la "racionalización técnica de la contratación"). Por lo demás, y si nos centramos en los contratos administrativos, aunque hay novedades, no son tantas ni de tanto calado, aunque la fisonomía de la LCSP pueda despistarnos en sus primeras lecturas. Y lo más lamentable es que, aunque la LCSP se nos presenta como un instrumento moderno y que incorpora las nuevas tecnologías a la contratación, se ha olvidado de algunas

cuestiones fundamentales: agilizar por fin los procedimientos de contratación administrativa en general, y la contratación administrativa local en particular. Lo escribió Silvia del Saz con antelación suficiente: esta Ley vuelve a complicar y hacer pesada la contratación de las administraciones públicas, frente a la contratación de los otros entes que protagonizaron la huída de la contratación pública. Pero esa ha sido otra característica del proceso de elaboración y aprobación de la LCSP: se desoyeron todas las sugerencias y recomendaciones que se formularon, ya viniesen de la doctrina, o del propio Consejo de Estado.

Ciertamente, y tal como se había dicho, la contratación pública en España había sido uno de los mejores exponentes de esa hipertrofia del Derecho administrativo de la que habló ya hace tiempo García de Enterría. Pero esta Ley en particular, la LCSP, no debe ser objeto de crítica en cuanto a la oportunidad de su elaboración, porque obedece a la obligación de transponer la Directiva 2004/18/CEE, obligación que ha cumplido formalmente tarde, y ya veremos si correctamente en el fondo.

Ahora la LCSP ha cumplido ya un año de vigencia y pueden hacerse algunas reflexiones sobre su aplicación efectiva.

Creo que, si tuviésemos que resumir el contenido de la LCSP en una sola idea, podríamos decir que la LCSP es una Ley sobre procedimientos de contratación pública. Le acompañan la regulación de otros aspectos, obviamente, pero el núcleo esencial de la LCSP es la regulación de procedimientos de contratación, y esta operación es efectuada con enorme intensidad para los contratos de la Administración, y con menor

para las restantes entidades, entes y organismos que no tienen tal consideración de Administración pública a efectos de la propia Ley.

Esta circunstancia es una consecuencia natural tanto de la contratación administrativa clásica como de la transposición del Derecho comunitario sobre la materia. Y es que, desde ambas perspectivas los procedimientos de contratación se configuran como instrumentos para la salvaguarda de principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Si, tradicionalmente, en nuestra contratación administrativa los procedimientos habían de asegurar el respeto de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia, desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas, los procedimientos de contratación de nuestros poderes públicos han de asegurar también principios similares con relación a los empresarios de otros estados miembros de la Unión Europea (libertad de establecimiento, circulación, y prestación de empresas y servicios).

Pues bien, es fácil advertir que la Directiva 2004/18 tiene por objeto la coordinación de procedimientos de adjudicación. El mismo objetivo tenían sus predecesoras, porque es en el procedimiento de adjudicación donde se dirimen aquellos principios a los que hacemos mención. Por eso también es fácil apreciar que, hasta ahora, el Derecho comunitario de la contratación pública no se haya ocupado de otras fases de la contratación, como la preparación del contrato o la ejecución del mismo.<sup>1</sup>

Esa idea de que la LCSP es una Ley sobre procedimientos de contratación, tiene también reflejo en la extensión que los artículos correspondientes ocupan en la Ley. Ahora los procedimientos de adjudicación están situados en el libro III de la Ley, que comprende unos setenta artículos, frente a los apenas treinta que trataban la cuestión en el TRLCAP (y que además estaban dispersos: la mayor parte se concentraban en la parte general de la Ley, y el resto había que buscarlos en la parte especial, al tratar de cada uno de los contratos típicos). Este dato es indiciario del carácter de la LCSP; el número de preceptos podría no significar nada, pero en este caso el dato no es irrelevante.

Afortunadamente para los operadores jurídicos, no todo es nuevo en el libro III de la LCSP. Los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos están muy consolidados en nuestro Derecho administrativo, y en buena medida son compatibles con el Derecho comunitario.<sup>2</sup> De esta forma, hay pocas novedades en los procedimientos clásicos (o en las antiguas formas): apenas las hay en la subasta y en el concurso, y sólo alguna más en el procedimiento negociado. Y las auténticas novedades son la subasta electrónica, el diálogo competitivo y las técnicas para la racionalización de la contratación.

## 2. Cuestiones prácticas

Desde un punto de vista práctico, que es el que se pide tras este primer año de aplicación de la LCSP, podríamos resumir que el impacto de la nueva regulación de los procedimientos no ha sido tan terrible como hacían presagiar las primeras lecturas de la Ley. Y no lo ha sido, al menos, por un par de razones: por un lado, porque según hemos dicho no hay tantas novedades de calado en los procedimientos clásicos (aunque alguna sí veremos a continuación).

Por otro lado, porque las nuevas figuras que introduce la LCSP en esta materia no son de obligada utilización para los órganos de contratación: de hecho, no lo son la subasta electrónica, el diálogo competitivo, ni las técnicas de racionalización. Y, claro está, en una materia como la nuestra, en la que los órganos de contratación trabajan siempre sobrepasados y con una urgencia ya crónica, por puro pragmatismo, la opción ha sido la de no utilizar por ahora estas nuevas figuras. No podría hablar en términos absolutos, como es lógico, pero, al menos en el ámbito de las entidades locales, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en este primer año de vida de la LCSP no se ha ensayado aún ninguno de aquellos tres novedosos instrumentos. En el caso de la subasta electrónica y de los sistemas dinámicos, la mayoría de los órganos de contratación del ámbito local están aún habituados a trabajar con medios electrónicos. En el caso de los acuerdos marco y las centrales de

1. Eso, dejando al margen alguna otra circunstancia, como la de los dos sistemas principales de contratación pública en Europa, y sin ignorar tampoco que en los últimos tiempos las directivas comunitarias han incidido en la fase de preparación del contrato, pero en la medida en que en esa fase pueden vulnerarse los principios básicos en la materia; por ejemplo, en la elaboración de prescripciones técnicas.

2. Además, esa compatibilidad no arranca ahora en el tiempo, sino que se ha venido fraguando desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en el año 1986.

contratación, tampoco se ha avanzado mucho, a pesar de que la LCSP presente a estas últimas como una nueva posibilidad de cooperación provincial a favor de los municipios. Y respecto al diálogo competitivo, se configura como un complejo procedimiento, a mitad de camino entre el restringido y el negociado, asociado a contratos complejos, como el de colaboración entre el sector público y el privado. Con ese perfil, es fácil entender que la gran mayoría de municipios españoles no tengan ni la necesidad ni el deseo de utilizarlo por ahora.

En realidad, por lo tanto, lo más digno de comentario procede de las novedades introducidas en los procedimientos tradicionales de contratación: abierto, restringido, negociado, e incluso en el contrato menor.

Podemos comenzar por la publicidad de los procedimientos de licitación. La novedad más importante, y con relevancia práctica, es el perfil de contratante.<sup>3</sup> Es interesante ir facilitando la publicidad por medios electrónicos, por su rapidez, eficacia y economía. Pero está lejos de la realidad municipal el imponer su utilización generalizada para todos los órganos de contratación. Se trata de una norma de imposible cumplimiento en la actualidad, no por falta de voluntad, sino porque los pequeños municipios, que siguen siendo la mayoría, no están en condiciones ni de tener aún una página web institucional, ni de crear en la misma un perfil de contratante, y menos aún de mantenerlo actualizado.

Es clave la nueva regulación de los criterios de adjudicación. So pretexto de garantizar la interoperabilidad

con Europa, se suprime la terminología tradicional de subasta y concurso, aunque se trata sólo de un cambio en la apariencia y no en el fondo. La subasta y el concurso siguen estando presentes en la LCSP, según utilicemos un solo criterio para adjudicar el contrato (en cuyo caso este habrá de ser necesariamente el precio, según impone su artículo 134) o utilicemos una pluralidad de ellos. En general, es de elogiar que la extensa regulación del régimen jurídico de los criterios incorpora a la Ley la doctrina que, sobre los mismos, habían ido consolidando el Tribunal Supremo y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, se restringe la posibilidad de declarar desierta una licitación, decisión que no podrá adoptarse cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego. O se pretende una mayor justificación en los pliegos de la asignación de puntuación a las proposiciones. Sin embargo, hay aspectos de la regulación de los criterios que no nos merecen tal valoración positiva. Por ejemplo, en algunos incisos parece darse más espacio aún a la discrecionalidad: fijémonos en que el artículo 134.4 admite la posibilidad (aunque exija la justificación de las razones) de que no se ponderen los criterios elegidos, en cuyo caso estos se enumerarán por orden decreciente de importancia. Y también ha suscitado bastante polémica el comité de expertos previsto por el apartado 2 de este artículo 134.<sup>4</sup> Aunque la JCCA ya ha emitido informe sobre la cuestión, y el recientemente aproba-

3. Artículo 42 de la LCSP: "1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo, o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación.

"2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 125, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos.

"3. El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

"4. La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos surtirá los efectos previstos en el título I del libro III."

4. Artículo 134.2 de la LCSP: "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

"En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de

do Reglamento parcial de la LCSP dedica varios preceptos a esta cuestión (preceptos de carácter básico), el artículo provoca numerosas dudas, sobre todo en el ámbito local, donde la pequeña organización administrativa de la mayoría de entidades no permite distinguir entre órganos proponentes del contrato, servicios que tramitan los expedientes de contratación, órgano de contratación, etc. Es imposible, pues, pensar que en estas entidades locales puede constituirse un comité de expertos de las características exigidas por la norma, y resulta bastante complicado también recurrir a organismos externos especializados. Salvo que para estos casos las diputaciones provinciales se impliquen y presten el apoyo técnico necesario, y para el que ellas sí están bien preparadas, la primera medida adoptada por la mayoría de los órganos de contratación locales fue la de cuidar mucho de que el porcentaje de los criterios que dependen de un juicio de valor siempre quedara por debajo del 50%.

Pero seguramente, entre las novedades procedimentales, la que más problemática ha suscitado es la recuperación de la adjudicación provisional,<sup>5</sup> que había desaparecido de nuestro sistema de contratación administrativa hace ya tiempo. La justificación de esa

recuperación viene dada por la obligación que impone la Directiva comunitaria de admitir un recurso especial en materia de contratación, y que ha sido regulado en el artículo 37 de la LCSP. Pues bien, ese recurso resulta admisible, dicho sumariamente, contra los contratos sujetos a regulación armonizada. Sin embargo, si nos fijamos en los contratos no sujetos a dicha regulación, y que son muy numerosos, volvemos a encontrarnos con un motivo de ralentización de la contratación administrativa. El artículo 135 establece que no deberá adjudicarse definitivamente el contrato antes de quince días hábiles desde la adjudicación provisional. Por si fuera poco, el precepto habilita a las normas autonómicas la posibilidad de ampliar el plazo hasta un mes. Durante ese plazo, el adjudicatario provisional debe acreditar una serie de extremos ante el órgano de contratación. Lo más lógico habría sido establecer, para estos contratos no sujetos a regulación armonizada, la posibilidad de adjudicar definitivamente el contrato tan pronto el adjudicatario provisional cumpla con esas obligaciones documentales. No encontramos razón alguna para esperar los quince días hábiles que exige el artículo 135.4 en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, y en los que el adjudicatario provisional haya en-

tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

5. Artículo 135 de la LCSP: “1. El órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas, por orden decreciente, atendiendo a los criterios a que hace referencia el artículo anterior, a cuyo efecto, cuando deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación, podrá solicitar cuantos informes técnicos estime pertinentes, y adjudicará provisionalmente el contrato al licitador que haya presentado la que resulte económicamente más ventajosa...”

“3. La adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 en cuanto a la información que debe facilitarse a aquellos, aunque el plazo para su remisión será de cinco días hábiles. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

“4. La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se publique aquella en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor, sin exceder el de un mes.

“Durante este plazo, el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, conforme al artículo 53.2, que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

“La adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que expire el plazo señalado en el párrafo primero de este apartado, siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquella en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 37. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de un mes.”

tregado la documentación correspondiente. De hecho, esta exigencia ha chocado con la celeridad pretendida por muchos órganos de contratación durante este primer año de vigencia de la Ley, y podemos constatar que, a falta de una razón jurídica clara que justifique esperar el transcurso de aquel plazo, aquellos han optado por adjudicar el contrato y ganar así varios días de cara al inicio de la ejecución. Esta circunstancia ha sido tanto más evidente en los procedimientos de adjudicación de los contratos derivados del Fondo Estatal de Inversión Local.

Es seguro que durante este año la adjudicación provisional ha originado muchas más dudas y problemas aplicativos a los órganos de contratación. Traeremos aquí sólo una más: el artículo 130.1.b) de la LCSP establece que "si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación." Recordemos que el artículo 135.4 establece aquel plazo de quince días hábiles para presentar la "documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y también cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar." Pues bien, tengamos también en cuenta que la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título II, al tratar sobre la "Aptitud para contratar con el sector público", incluye a la clasificación de las empresas. Siendo así, es decir, si durante esos quince días hábiles deben presentarse los documentos justificativos de la aptitud para contratar, y la clasificación es un requisito de aptitud: ¿el certificado de clasificación ha de ser presentado en el plazo de subsanación documental, o puede aportarse también dentro de esos quince días? Nosotros entendemos que ha de hacerse, como muy tarde, dentro del plazo de subsanación documental, porque la intención del artículo 130 de la LCSP queda clara para nosotros en su apartado 1.b): la acreditación de la clasificación ha de acompañar a las proposiciones, y si se encontrase pendiente de clasificación, en ese momento bastará la presentación de la solicitud, justificando estar en posesión de la clasificación dentro del plazo previsto para la subsanación. Pero el artículo 135.4 puede inducir a confusión al hablar de "cualquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar."

### 3. Reflexión final

Seguro que son centenares las cuestiones similares que se han planteado en este año de aplicación de la LCSP. La casuística es siempre inagotable. Pero, como reflexión para cerrar este estudio, creo que es importante llamar la atención sobre el hecho de que la LCSP ha vuelto a quedarse corta en la regulación de las especialidades de la contratación local. No tanto en el contenido de la disposición adicional segunda, que me parece muy acertado, sino en la inclusión en el articulado de más especialidades. Se ha vuelto a perder la ocasión de establecer algunos procedimientos de contratación más ágiles, abreviados o simplificados, que no carguen a los pequeños y medianos municipios con la misma carga burocrática que a la Administración General del Estado, las administraciones autonómicas o las de los grandes municipios. Esto tendría cabida en la Directiva comunitaria, y supondría un gran alivio para estas pequeñas administraciones sin capacidad alguna de gestión. No siendo así, las novedades de la LCSP que más éxito han tenido en la práctica local han sido las elevaciones de las cuantías, tanto en los contratos menores como en los procedimientos negociados por razón de la cuantía. Estos últimos han sido los procedimientos que han protagonizado realmente la contratación municipal del último año. La elevación de la cuantía en ese tipo de procedimiento negociado ha sido muy criticada, porque rompe con una larga trayectoria de restricción, modulada en el ámbito local por los recursos presupuestarios. Es verdad que ahora, por encima de ciertos umbrales (doscientos mil euros en obras y sesenta mil euros en otros contratos) se obliga a efectuar una publicidad, pero tampoco esa publicidad queda claramente definida en el articulado de la LCSP, con una serie de remisiones que oscurecen el procedimiento y que han ocasionado bastantes debates en este año.

Y si con soluciones como esta parece desmentirse la gran arquitectura procedimental que la LCSP despliega, e incluso la propia proclamación de los principios de máxima concurrencia, tampoco faltan otros preceptos en la Ley que parecen pretender lo contrario, como la exigencia del doble informe de secretario e interventor para la utilización del procedimiento negociado por razón de urgencia. ■

# El marco normativo comunitario europeo de la Administración electrónica

José Vida Fernández

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

- 1. Introducción**
- 2. La Estrategia de Lisboa como origen y marco de las acciones comunitarias relativas a la Administración electrónica**
  - 2.1. La Estrategia de Lisboa (2000)
  - 2.2. La revisión de la Estrategia de Lisboa (2005)
  - 2.3. Las últimas líneas de actuación: las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2008-2010)
- 3. El Plan de acción eEurope 2002: una Europa conectada**
  - 3.1. El origen del Plan de acción eEurope 2002
  - 3.2. El contenido del Plan de acción eEurope 2002
  - 3.3. Resultados del Plan de acción eEurope 2002
- 4. El Plan de acción eEurope 2005: una conectividad efectiva**
  - 4.1. El paso a la Iniciativa eEurope 2005
  - 4.2. La Comunicación de la Comisión: "El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa" (2003)
  - 4.3. La revisión intermedia y actualización del Plan de acción eEurope 2005
  - 4.4. Los resultados del Plan de acción eEurope 2005 y el futuro de la sociedad de la información después de 2005
- 5. El Plan de acción i2010: la sociedad de la información como motor del crecimiento y del empleo**
  - 5.1. Objetivo y contenido del Plan de acción i2010
  - 5.2. El Plan de acción sobre Administración electrónica i2010
  - 5.3. La evolución inicial del Plan de acción i2010: primer y segundo Informe anual
  - 5.4. La revisión intermedia del Plan de acción i2010
- 6. El impulso a la Administración electrónica a través de la realización del mercado interior de servicios**
  - 6.1. La Directiva de servicios del mercado interior
  - 6.2. El proceso de transposición de la Directiva de servicios
  - 6.3. En concreto, las medidas de transposición relativas a la Administración electrónica
- 7. Bibliografía**

## 1. Introducción

Los estudios sobre la Administración electrónica –y, en particular, los centrados en su desarrollo a nivel local–, suelen plantearse desde una perspectiva exclusivamente nacional, sin profundizar en su tratamiento a nivel comunitario europeo, a pesar de que esta se encuentra directamente condicionada por las decisiones adoptadas desde la Unión Europea en esta materia.

Evidentemente, esto no significa que exista un modelo comunitario de Administración electrónica

completo y acabado –y menos aún de Administración electrónica local–, sino que la política en este ámbito se basa en objetivos políticos generales que se han llegado a concretar en obligaciones específicas de resultado, que los estados pueden alcanzar a través de distintas estrategias. Desde las instancias comunitarias no se puede imponer un modelo específico de Administración electrónica, ya que el principio de autonomía institucional y procedimental obliga a respetar la organización territorial interna y el funcionamiento propio de los estados miembros.

No obstante, las actuaciones desarrolladas desde la Unión Europea vienen siendo cada vez más determinantes en la configuración de la Administración electrónica. Sin perjuicio de las particularidades propias del modelo de Administración electrónica establecido en nuestro país a partir de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, a nivel comunitario se establece un mínimo común que permite explicar algunos aspectos esenciales de nuestra Administración electrónica en la actualidad y, asimismo, identificar cuáles serán sus principales líneas de desarrollo.

En efecto, el eje vertebrador de la Ley 11/2007 –que es el reconocimiento a los ciudadanos del derecho a comunicarse, a través de medios electrónicos, con las administraciones públicas, y la consiguiente obligación de estas de dotarse de los medios y sistemas para que dicho derecho pueda ejercerse–, constituye una apuesta valiente y original, formulada desde España, con la que se cumple sobradamente con la obligación de habilitar el acceso, por medios electrónicos, a la información y los procedimientos administrativos relacionados con la prestación de servicios que se exige desde el Derecho comunitario, en concreto, a través de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios). Por lo tanto, el hecho de que en nuestro país la Administración electrónica deba estar plenamente operativa para finales de 2009 se debe no solo a un designio del legislador estatal, sino más bien al cumplimiento de lo dispuesto desde el ámbito comunitario.

La propia Ley 11/2007 confirma estas circunstancias cuando reconoce expresamente, en el apartado cuarto de su exposición de motivos, que su contenido responde a los compromisos comunitarios. A este respecto, se distinguen dos niveles distintos, aunque interrelacionados, en los que se ha desarrollado la Administración electrónica a nivel europeo, en el seno de la Estrategia de Lisboa (que analizará el apartado 2 del presente estudio). Por una parte, los distintos planes de acción para la Administración electrónica que se han sucedido durante toda la década, desde los planes eEurope 2002 (apartado 3) y eEurope 2005 (apartado 4), hasta llegar al actual Plan de acción i2010 (apartado 5). Por otra, la transposición de la Directiva de servicios, cuyas obligaciones, dirigidas a los estados miembros para que faciliten el acceso por medios electrónicos a la información y los trámites relacionados con las actividades de servicios, son transpuestas por la propia Ley 11/2007 (apartado 6).

En cuanto al futuro de la Administración electrónica en nuestro país, se encuentra predeterminado desde las instancias comunitarias igualmente por partida doble, tanto por las medidas en que se vaya concretando el Plan de acción i2010, que contiene las líneas generales de acción de la construcción nacional y europea de la Administración electrónica, como por la culminación del mercado único de servicios previsto con la transposición de la Directiva de servicios, que habrá de transformar no solo los medios empleados en la Administración pública –con la preferencia de los medios electrónicos–, sino también sus modos –al modificar aspectos sustantivos de su actuación y de su intervención sobre la actividad de los particulares–.

## 2. La Estrategia de Lisboa como origen y marco de las acciones comunitarias relativas a la Administración electrónica

### 2.1. La Estrategia de Lisboa (2000)

En este apartado se trata de situar el marco general en el que se desarrolla la política comunitaria en materia de Administración electrónica, antes de descender al detalle de la política comunitaria en materia de Administración electrónica.

Si bien las iniciativas comunitarias relacionadas con la Administración electrónica comenzaron a plantearse de forma sistemática a finales de la década de los años noventa, su configuración actual –que se proyecta en nuestro país a través de la Ley 11/2007– tiene su origen en un elemento esencial para el proceso de integración comunitario, que es la Estrategia de Lisboa.

Durante más de cuarenta años, desde la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957, el proceso de integración se vino desarrollando sin una planificación integral de largo recorrido más que la que se derivaba de los principios introducidos en cada una de las modificaciones de los tratados originarios. A partir de la consolidación de las reuniones periódicas de los jefes de Estado y de Gobierno junto al presidente de la Comisión, bajo la forma del Consejo Europeo, a comienzos de la década de los años noventa, comenzó a ser habitual la determinación de unas directrices políticas a medio y a corto plazo, que encauzaban la actividad de las instituciones comunitarias.

Con el cambio de siglo se dio un importante salto cualitativo en este sentido, ya que se abandonaron las

proyecciones sectoriales a medio-corto plazo y se pasó a una planificación de carácter general a largo plazo, mediante la llamada Estrategia de Lisboa, que se mantiene estable, independientemente de los procesos de ampliación y profundización característicos del proceso de integración comunitario. Si bien la Estrategia de Lisboa no tiene relevancia jurídica inmediata, su fuerza política resulta indudable, ya que contiene las líneas de actuación a desarrollar en el ámbito comunitario de forma sistemática y ordenada, que posteriormente se plasman en medidas concretas.

La Estrategia de Lisboa surge de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, para hacer frente a los cambios derivados de la mundialización y a los desafíos surgidos de una nueva economía basada en el conocimiento. Se trata de un ambicioso programa de reformas que se planteó con el objetivo estratégico de convertir, antes de 2010, a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social.

La mayoría de las grandes reformas que se han operado a nivel nacional en los estados miembros en la última década –desde la reordenación de las telecomunicaciones, a la reestructuración de los servicios financieros, la reforma del Derecho de sociedades y, por supuesto, la introducción de la Administración electrónica– tiene su encaje en este ambicioso programa de reformas, tanto económicas como sociales, dentro de una estrategia positiva que aspira a combinar competitividad y cohesión social. En efecto, el alcance de la Estrategia de Lisboa es transversal, y plantea tanto una transformación económica general como una modernización del modelo social.

Por lo que respecta a las reformas económicas, se centran en preparar el paso a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento, que debe ejercer como un poderoso motor para el crecimiento, la competitividad y el empleo, que mejore la calidad de vida de los ciudadanos y el medio ambiente.

Este nuevo modelo económico debía surgir, en primer lugar, de una sociedad de la información para todos, en la que las empresas y los ciudadanos tuviesen acceso a unas infraestructuras y servicios de comunicaciones de calidad y accesibles, y dispusiesen de los conocimientos y habilidades suficientes para poder adaptarse.

Dentro de estos objetivos, que se concretaban en el impulso de los servicios de comunicaciones electrónicas,

del comercio electrónico y, en general, del acceso a las redes y del uso de Internet, el papel de las administraciones públicas resultaba esencial, no ya como meras impulsoras de las políticas necesarias para alcanzarlos, sino como protagonistas de los cambios, al asumir los medios electrónicos en su funcionamiento interno y, sobre todo, en sus comunicaciones con los ciudadanos. Por esta razón, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 2000 se afirmaba que “las administraciones públicas deben empeñarse a todos los niveles para aprovechar las nuevas tecnologías y hacer que la información sea lo más accesible posible”, y se exigía como primer objetivo que “los estados miembros garanticen el acceso electrónico generalizado a los principales servicios públicos básicos para el 2003.”

Como se concretaría posteriormente en el Plan de acción eEurope 2002, desde estos primeros momentos se consideró que la conexión en línea de los servicios de la Administración pública habría de beneficiar tanto a los ciudadanos como a las empresas –en tanto les permitiría un mejor acceso a la información (transparencia) y una reducción del tiempo utilizado en sus transacciones (eficiencia y simplificación)–, así como a los gobiernos y administraciones, que podrían mejorar su organización y procesos, reduciendo los costes de prestación de unos servicios más rápidos y más sensibles a las necesidades sociales. Asimismo, se estimaba que el acceso electrónico supondría también una aportación destacada para acelerar la transición a la sociedad de la información, estimulando los servicios de Internet más interesantes para los europeos.

Como estrategia para alcanzar estos objetivos, el Consejo Europeo de Lisboa invitó a desarrollar un amplio plan de acción, empleando un método abierto de coordinación basado en una evaluación comparativa de las iniciativas nacionales, y aunando sinergias, al combinarlo con las iniciativas que ya venía desarrollando la Comisión. Estas exigencias se concretaron en el Plan de acción eEurope 2002, al que sucederían otros similares hasta la actualidad.

## 2.2. La revisión de la Estrategia de Lisboa (2005)

Desde el planteamiento de la Estrategia de Lisboa en 2000, el proceso de integración comunitario europeo se vio sometido a intensas tensiones internas, por razón de su profundización y extensión, así como externas,

derivadas del contexto internacional (el fracaso de la Constitución Europea, la ampliación primero a veinticinco y posteriormente a veintisiete estados, la inestabilidad política y económica que sucedió a los ataques del terrorismo islámico, son algunos de los sucesos más significativos de este período).

Ante estas circunstancias, se planteó la necesidad de llevar a cabo una revisión de la Estrategia de Lisboa en 2005, con la que se pretendía enmendar los errores contenidos en su planteamiento, así como en su proyección y desarrollo, que estaban provocando el distanciamiento de los ciudadanos y su desafecto al proyecto europeo. Para remediarlo, se apuntó a la necesidad de potenciar la eficacia de las políticas, con el objetivo de ofrecer resultados tangibles, de modo que se transmitiese a los ciudadanos europeos seguridad y solidez, demostrando capacidad para prever los desafíos del futuro y proponer estrategias creíbles para hacerles frente.

De este modo, la Comisión fijó los objetivos estratégicos a cumplir hasta 2010 en su Comunicación al Consejo Europeo de Primavera: "Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo –Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa– Comunicación del presidente Barroso de común acuerdo con el vicepresidente Verheugen" [COM (2005) 24 final], de 2 de febrero de 2005. Esta Comunicación fue presentada como una reactivación de las prioridades políticas, con dos objetivos fundamentales: el crecimiento económico y el empleo. Con estos objetivos se plantea hacer la Unión Europea más atractiva para los inversores y los trabajadores, a través del desarrollo del mercado interior, la mejora de las regulaciones nacionales y la europea, garantizando mercados abiertos y competitivos tanto dentro como fuera de Europa y, por último, ampliando y mejorando las infraestructuras europeas. Asimismo, se propone fomentar el conocimiento y la innovación, aumentando las inversiones en investigación y desarrollo, facilitando la innovación, la adopción de las TIC, el uso sostenible de los recursos y la contribución a la creación de una base industrial europea sólida.

Sobre la base de estas propuestas, la Comisión propuso en otro documento –la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Acciones comunes para el crecimiento y el empleo: el programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa" [COM (2005) 330 final], de 20 de julio de 2005–, que se creara un programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa para responder a los desafíos sociales, económicos y medioambientales (enve-

jecimiento de la población, mayor competencia mundial, cambio tecnológico, presiones sobre el medio ambiente) que se le plantean a la Unión Europea, a partir de tres objetivos: fomentar el conocimiento y la innovación, atraer más inversiones y facilitar el trabajo, y crear más empleo y de mejor calidad.

Estos objetivos pasaban directamente por una potenciación de la Administración electrónica. Una economía de vanguardia basada en el conocimiento, propia de una sociedad de la información, exigía una administración pública a la altura de las circunstancias. Por esta razón, a partir de esta revisión de la Estrategia de Lisboa, se dio el espaldarazo definitivo a la Administración electrónica, que comenzó a concretarse en obligaciones específicas, a la vez que se transformaron los programas eEurope, proyectándose con un mayor alcance en nuevas iniciativas como el Plan de acción "i2010: sociedad europea de la información para el crecimiento y el empleo."

### 2.3. Las últimas líneas de actuación: las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2008-2010)

En las últimas comunicaciones relativas al desarrollo de la Estrategia de Lisboa se reitera la relevancia de la Administración electrónica como uno de los elementos esenciales para culminar los objetivos de 2010, dentro del objetivo general de la modernización de las administraciones públicas de los estados miembros.

En concreto, la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo: "Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2008-2010)" [COM (2007) 803 final], de 11 de diciembre de 2007, identifica un cansancio ante este segundo ciclo de reformas, que pretende superar a partir de la consecución de cuatro objetivos, que son invertir en las personas y modernizar los mercados laborales, liberar el potencial empresarial (en particular el de las PYME), invertir en conocimiento e innovación, y la energía y cambio climático.

Precisamente para liberar el potencial empresarial, se fija como prioridad la culminación del mercado único, en particular de servicios, a través de la aplicación total y a tiempo de la Directiva de servicios. El objetivo no es solo crear un auténtico mercado único de servicios, sino también dar inicio a un proceso de reforma que permita suprimir los trámites burocráticos innecesarios, facilitar y agilizar el acceso al mercado, y

acelerar la extensión de la Administración electrónica. Para cumplir con estos objetivos, se exige a los estados que desarrollen esfuerzos continuos y coherentes para aplicar la Directiva de servicios a finales de 2009, cumpliendo puntualmente las etapas del proceso de transposición, que implica la creación de ventanillas únicas y procedimientos por vía electrónica.

Este proceso de reforma se proyecta más allá del sector servicios en la Estrategia europea "Legislar mejor", que se desarrolla en la actualidad y que tiene como objetivo reducir la carga administrativa dentro de la UE. En este contexto, se propone modernizar las administraciones públicas, especialmente en lo que respecta a la incorporación de los medios electrónicos y la penetración de las TIC interoperables.

Estas son las últimas actuaciones comunitarias de carácter general en las que se enmarcan las iniciativas relacionadas con la Administración electrónica, que constituyen el último tramo de la Estrategia de Lisboa, cuya sustitución ya ha comenzado a plantearse con diversas consultas sobre el desarrollo de la Unión Europea después de 2010.

### 3. El Plan de acción eEurope 2002: una Europa conectada

#### 3.1. El origen del Plan de acción eEurope 2002

A pesar de la relevancia de la Estrategia de Lisboa para el impulso de la Administración electrónica a nivel comunitario, las iniciativas en este campo son anteriores a esta. Desde la década de los años noventa, los estados miembros y la Comisión venían cooperando entre sí mediante el Programa IDA (*Interchange of Data between Administrations*), que servía como base para desarrollar servicios paneuropeos e intercambiar las mejores prácticas.

Por otra parte, con la intención de exteriorizar este proceso a los ciudadanos y empresas de la Unión, la Comisión planteó la Iniciativa "eEurope –Una sociedad de la información para todos– Comunicación sobre una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000" [COM 99 687 final], junto a otra Iniciativa com-

plementaria denominada: "Estrategias para la creación de empleo en la sociedad de la información", contenida en una comunicación de enero de 2000.

La Iniciativa "eEuropa - Una sociedad de la información para todos" se presentó para el período 2000-2002 con el objetivo esencial de conectar a la red y llevar la era digital a cada ciudadano, hogar y escuela, y a cada empresa y administración, a lo que se sumaban otros objetivos relacionados con la formación y con la cohesión social del proceso. Dentro de las diez líneas de actuación que se propusieron, se encontraba la Administración en línea, en la que, además de los objetivos comunes relativos a la mejora en la transparencia y eficacia de la toma de decisiones, se apuntaba al carácter estratégico de la incorporación de las TIC a las administraciones públicas para conseguir su extensión en la sociedad.<sup>1</sup> Así, el objetivo de esta acción sobre la Administración en línea era facilitar el acceso a la información del sector público, extendiendo y simplificando el acceso a Internet, de modo que se incentivase el desarrollo de nuevos servicios del sector privado, basados en las nuevas fuentes de datos accesibles.<sup>2</sup>

Estas últimas iniciativas estaban proyectadas para integrarse en la Estrategia de Lisboa, en una posición preferente. De hecho, el Consejo Europeo de Lisboa dio impulso a los trabajos del Consejo de la Unión y de la Comisión Europea dirigidos a desarrollar la sociedad de la información a través un Plan de acción denominado: "eEurope 2002 - Una sociedad de la información para todos", presentado el 14 de junio de 2000, y que fue preparado para el Consejo Europeo de Santa María da Feira, que se celebraría el 19 y 20 de junio de 2000, ya como parte de la Estrategia de Lisboa.

#### 3.2. El contenido del Plan de acción eEurope 2002

El contenido del Plan de acción eEurope 2002 se encuentra integrado por distintas acciones en torno a tres objetivos fundamentales: un Internet más rápido, barato y seguro; inversión en las personas y en la formación; y estimular el uso de Internet, dentro del cual se encontraba un apartado

1. En concreto, se afirmaba a este respecto que "si se mejorase la disponibilidad de la información pública en línea, Internet ganaría en aceptación en la vida cotidiana, lo que impulsaría el número de usuarios, con el consiguiente beneficio colateral de incrementar la participación en la sociedad de la información."

2. Para lo cual se determinaron unos objetivos concretos para el año 2000, centrados en la puesta a disposición de la información en línea a los ciudadanos, en la utilización de los medios electrónicos para realizar consultas a los ciudadanos y en el desarrollo de procesos interactivos que permitiesen a los ciudadanos presentar solicitudes.

específico denominado: “La Administración en línea: ofrecer acceso electrónico a los servicios públicos.”

Dentro de este apartado se diagnosticaba una explotación insuficiente de la incorporación de las TIC a la Administración pública, a pesar de sus indudables ventajas, entre otros motivos por las dificultades para gestionar los profundos cambios en la manera de trabajar de las administraciones, a lo que se sumaban las diferentes normas sobre acceso existentes en la Unión, que restringían el desarrollo de servicios paneuropeos.

La Iniciativa eEurope 2002 se fijó como objetivo facilitar a los ciudadanos un acceso fácil a la información pública esencial, así como fomentar la interacción en línea entre ciudadanos y gobiernos. Con esta intención, y para mejorar la eficiencia del sector público, se exigía un replanteamiento de la organización interna y de los intercambios electrónicos entre instituciones; en primer lugar, de la propia UE, para fomentar la eficacia, la transparencia y la oferta de servicios de calidad a los ciudadanos europeos, de una manera más eficaz, a partir de iniciativas ya desarrolladas (IDA).

Con este objetivo, la Comisión se planteó la necesidad de revisar sus procedimientos para explotar mejor

las TIC en el contexto de su reforma, sobre la base de una serie de acciones concretas.<sup>3</sup> Su método se basaba en acelerar la adopción de nuevas medidas legales en la materia, apoyar nuevas infraestructuras y servicios, y reorientar y coordinar los programas de apoyo ya existentes, definiendo unos objetivos claros, combinados con la evaluación comparativa.

Gracias al impulso del Consejo Europeo de Santa María da Feira de junio de 2000 –y tras un seguimiento y una puesta al día de la Iniciativa–,<sup>4</sup> la Comisión Europea preparó la Comunicación de 13 de marzo de 2001 al Consejo y al Parlamento Europeo: “eEurope 2002: Impacto y prioridades”, para el Consejo Europeo de Primavera de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001 [COM (2001) 140 final], en la que se proponían distintas medidas encaminadas a garantizar un acceso electrónico generalizado a los principales servicios públicos básicos para el año 2003 y, en particular, la definición de un enfoque coordinado sobre la información del sector público, la promoción de la utilización de programas informáticos abiertos en el sector público y la simplificación de los procedimientos administrativos en línea para las empresas.<sup>5</sup> Estas propuestas se complementarían con

3. Las acciones propuestas por la Comisión fueron las siguientes:

1. Información pública esencial en línea, incluida la información jurídica, administrativa, cultural, medioambiental y sobre tráfico, que debía estar disponible para finales de 2002.

2. Los estados miembros debían garantizar el acceso electrónico generalizado a los principales servicios públicos básicos para finales de 2002/2003.

3. Procedimientos administrativos simplificados en línea para las empresas (por ejemplo, procedimientos rápidos para la creación de empresas), previstos para finales de 2002.

4. Desarrollo de un planteamiento coordinado acerca de la información sobre el sector público, incluida la información a nivel europeo, para finales de 2000.

5. Fomento de la utilización de programas de fuentes abiertas en el sector público y de las mejores prácticas de Administración electrónica, mediante el intercambio de experiencias en toda la Unión (a través de los Programas IST e IDA), Comisión Europea y estados miembros, en el transcurso de 2001.

6. Fomento de la utilización de la firma electrónica en el sector público, estados miembros e instituciones europeas, previsto para finales de 2001.

7. Todos los trámites principales con la Comisión Europea debían facilitarse en línea antes de finales de 2001 (por ejemplo, en lo que se refiere a financiación, contratos de investigación, contratación de personal y adjudicación de contratos).

4. Esta puesta al día se llevó a cabo a través de las siguientes actuaciones: “Progresos realizados en las acciones de eEurope.” Informe de los servicios de la Comisión; “Puesta al día sobre eEurope 2002.” Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo para el Consejo Europeo de Niza, 7 y 8 de diciembre de 2000; y “Balance de las acciones emprendidas por la Presidencia para la puesta en práctica del Plan de acción eEurope.” Informe de la Presidencia al Consejo Europeo de 1 de diciembre de 2000 (13515/1/00).

5. Esta Comunicación incluía un punto 3.6 referido expresamente a la Administración electrónica, en el que se señalaba que las instituciones comunitarias y las administraciones públicas nacionales tenían que procurar por todos los medios utilizar las TIC para desarrollar servicios eficientes al servicio de las empresas y los ciudadanos europeos, para lo cual las administraciones públicas debían:

–Desarrollar servicios basados en Internet para mejorar el acceso de los ciudadanos y las empresas a la información y los servicios públicos;

–Utilizar Internet para mejorar la transparencia de la Administración pública e implicar a los ciudadanos y las empresas en la toma de decisiones de manera interactiva;

–Hacer posible la plena explotación de las tecnologías digitales dentro de las administraciones, incluyendo la utilización de programas de fuente abierta y firmas electrónicas;

–Crear mercados electrónicos para la contratación electrónica, partiendo del nuevo marco comunitario sobre contratación pública.

otras, dirigidas a cuestiones concretas, como la seguridad, la accesibilidad de los sitios web públicos, la difusión de la información, la sociedad de la información en los países candidatos, etc.<sup>6</sup>

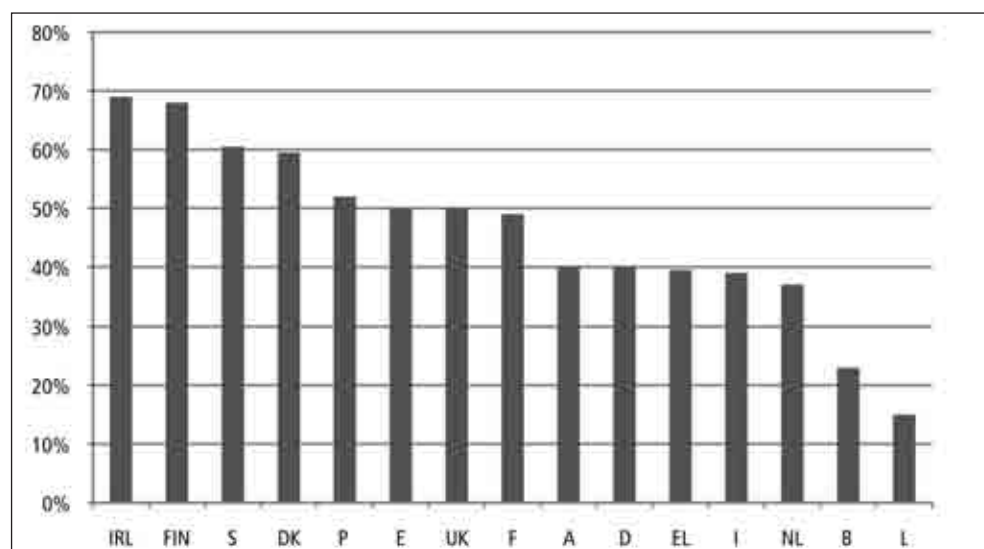
### 3.3. Resultados del Plan de acción eEurope 2002

A partir de esta Comunicación, y a pesar del gran esfuerzo desarrollado en iniciativas específicas en las que se iban desarrollando y cumpliendo sus objetivos, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001 se detectó que, pese a los avances efectivos registrados en el acceso a Internet y su utilización por parte de las empresas, los centros de enseñanza y los ciudadanos en general, existía un escaso aprovechamiento por parte de ciudadanos y empresas de sus posibilidades en sectores básicos, como los servicios públicos o la Administración y el comercio electrónico.

En línea con este diagnóstico, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: "Informe de evaluación comparativa de la acción eEurope - eEurope 2002" [COM (2002) 62 final], de 5 de febrero de 2002, afirmó, como conclusión global, que las empresas y los ciudadanos europeos no se encontraban conectados. A partir de un estudio detallado, se identificó una concentración de servicios en línea en determinados organismos o unidades muy concretos (por lo general, los relacionados con los impuestos y la búsqueda de empleo), mientras que la gran mayoría de los órganos, organismos y entidades no estaban conectados (en particular, los servicios prestados por organismos locales).

Asimismo, otra de las conclusiones esenciales del Informe fue que la utilización de los medios electrónicos era meramente pasiva, ya que se limitaba a la obtención de información, sin que se llegasen a desarrollar servicios interactivos. En dicho estudio, España figuraba en una posición intermedia, justo en la media del resto de los países, con un 50% de los servicios en línea.

#### Servicios en línea. Disponibilidad en línea de los servicios básicos



Fuente: Comisión Europea (estudio de Cap Gemini Ernst & Young).

6. Las iniciativas adoptadas por la Comisión en este período son las siguientes:

– "Seguridad de las redes y de la información: Propuesta para un enfoque político europeo." Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [COM (2001) 298 final].

– "eEurope 2002: La accesibilidad de los sitios web públicos y su contenido." Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [COM (2001) 529 final].

– "eEurope 2002: Creando un marco común europeo para la explotación de la información del sector público." Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [COM (2001) 607 final].

– "eEurope 2002: Evaluación comparativa. Acceso de la juventud europea a la era digital." Documento de trabajo de los servicios de la Comisión [SEC (2001) 1583].

– "eEurope + 2003. Un esfuerzo cooperativo para implementar la sociedad de la información en Europa." Plan de acción preparado por los países candidatos con la ayuda de la Comisión Europea (junio 2001).

**Disponibilidad de los servicios públicos básicos de la UE accesibles a través de internet (en %)**

País	Octubre 202	Abril 2002	Octubre 2001
Suecia	87	81	61
Irlanda	85	85	68
Dinamarca	82	69	59
Finlandia	76	70	66
Noruega	66	63	63
<b>España</b>	<b>64</b>	<b>58</b>	<b>50</b>
Francia	63	61	49
Reino Unido	62	63	50
Portugal	58	56	51
Italia	57	51	39
Australia	56	59	40
Paises Bajos	54	42	37
Islandia	53	50	38
Grecia	52	54	39
Suiza	49	35	–
Alemania	48	46	40
Bélgica	47	43	23
Luxemburgo	32	22	15
<b>Media europea</b>	<b>60</b>	<b>55</b>	<b>40</b>

Fuente: Cap Gemini Ernst & Young.

A estos datos se suman los contenidos en el “Informe final eEurope 2002”, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [COM (2003) 66 final], de 11 de febrero de 2003, en la que se puso de relieve que esta Iniciativa, en última instancia, no se había traducido en la creación de empleo o en nuevas ofertas de servicios, a pesar del aumento de los servicios en línea de las administraciones públicas. Este pasaría a ser el objetivo principal del nuevo Plan de acción que le sucedería.

**4. El Plan de acción eEurope 2005: una conectividad efectiva**

**4.1. El paso a la Iniciativa eEurope 2005**

Las novedades que se sucedían en el ámbito tecnológico, junto al agotamiento y limitaciones de la Iniciativa eEurope 2002, determinaron que el Consejo Europeo de Barcelona, de 15 y 16 de marzo de 2002, solicitase a la Comisión la elaboración de un nuevo plan de acción, centrado específicamente en la disponibilidad y la utilización generalizadas de redes de banda ancha en toda la Unión antes de 2005, el desarrollo del protocolo

Internet IPv6, y en la seguridad de las redes y de la información, la Administración electrónica, el aprendizaje por medios electrónicos, la sanidad en línea y el comercio electrónico.

Se pasó así de la Iniciativa eEurope 2002, que estaba concentrada en la ampliación de la conectividad a Internet de ciudadanos, empresas y administraciones públicas, a la Iniciativa eEurope 2005, que pretendía convertir la conectividad en actividades económicas en el período 2002-2005.

La Iniciativa “eEurope 2005 - Una sociedad de la información para todos” –que fue presentada en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones. Plan de acción presentado al Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002 [COM (2002) 263 final]–, planteó como objetivo crear un marco favorable a la inversión privada y a la creación de nuevos puestos de trabajo, impulsar la productividad, modernizar los servicios públicos y ofrecer a todos la posibilidad de participar en la sociedad de la información mundial.

Para alcanzar estos objetivos, se presentaron cuatro instrumentos interdependientes. Por una parte, las medidas políticas, entre las que se encontraban la conexión de banda ancha, la interoperabilidad, los servicios

públicos interactivos, la contratación pública, los puntos de acceso público a Internet y la aplicación a la cultura y turismo.<sup>7</sup>

A las medidas políticas se añadían tres instrumentos que habían venido utilizándose puntualmente con anterioridad, como eran el desarrollo, análisis y difusión de las buenas prácticas, poniendo en marcha proyectos que acelerasen la implantación de aplicaciones e infraestructuras de vanguardia;<sup>8</sup> la evaluación comparativa de los progresos conseguidos en el logro de los objetivos y de las políticas al servicio de dichos objetivos para facilitar el seguimiento y reorientación de las medidas políticas; y, por último, la coordinación global de las políticas existentes para generar sinergias entre las acciones propuestas a través de un grupo de dirección que ofreciese una visión de conjunto de la evolución de las políticas y un adecuado intercambio de información entre los responsables nacionales y europeos y el sector privado.<sup>9</sup>

Casi al año de iniciarse el plan de acción eEurope 2005, se aprobó la Comunicación de la Comisión al Consejo, al

Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: "Comunicaciones electrónicas: el camino hacia la economía del conocimiento" [COM (2003) 65 final], de 11 de febrero de 2003, que, si bien no introdujo grandes novedades, sirvió para recordar a los estados miembros la necesidad de completar rápidamente el proceso de definición y ejecución de las actuaciones ya planeadas, y complementarlas en caso necesario.

En este sentido, y para cumplir con los objetivos del Programa eEurope 2005, se apuntó la necesidad de ofrecer unos contenidos, aplicaciones y servicios interesantes que impulsaran el uso de la banda ancha y el acceso multiplataforma, para lo que los gobiernos y administraciones públicas resultaban determinantes. Con este objetivo, la Comisión identificó una serie de iniciativas de fomento de la puesta en línea de la información (como los premios eGovernment, eHealth), y programas de suministro de información y contenidos como el eContent, junto a otros programas de desarrollo de nuevos servicios y aplicaciones (eTEN, eCONTENT, IST e IDA).<sup>10</sup>

7. El contenido detallado de estos objetivos era el siguiente:

a) La conexión de banda ancha. Los estados miembros debían esforzarse por disponer de conexiones de banda ancha para todas las administraciones públicas antes de finalizar 2005. Dado que los servicios de banda ancha se podían ofrecer sobre diferentes plataformas tecnológicas, se exigía a las autoridades nacionales y regionales que no discriminasen entre las tecnologías a la hora de adquirir conexiones (por ejemplo, utilizando procedimientos de licitación abierta).

b) La interoperabilidad. Esta debía alcanzarse antes de finalizar 2003, para lo que la Comisión debía hacer público un marco de interoperabilidad concertado, para facilitar la prestación de servicios paneuropeos de Administración electrónica a ciudadanos y empresas. En él estaba previsto que se abordasen los contenidos de información y las políticas y especificaciones técnicas recomendadas para combinar los sistemas de información de la Administración pública de toda la UE, sobre la base de normas abiertas y programas de fuente abierta.

c) Servicios públicos interactivos. Los estados miembros debían garantizar que los servicios públicos básicos fuesen interactivos, accesibles a todos y diseñados de tal modo que explotasen las posibilidades tanto de las redes de banda ancha como del acceso multiplataforma, todo ello antes de finalizar 2004.

d) Contratación pública. Los estados miembros debían efectuar por medios electrónicos una parte significativa de la contratación pública antes de finalizar 2005, para lo cual el Consejo y el Parlamento debían adoptar lo más rápidamente posible las medidas legislativas sobre contratación.

e) Puntos de acceso público a Internet (PAPI). Todos los ciudadanos debían tener un fácil acceso a los PAPI, preferiblemente con conexiones de banda ancha, en sus municipios, para lo cual se debían establecer mediante los fondos estructurales y la colaboración con el sector privado y/o el voluntariado.

f) Cultura y turismo. La Comisión, en cooperación con los estados miembros, el sector privado y las autoridades regionales, debían definir unos servicios electrónicos para promover Europa y ofrecer una información pública de fácil utilización, a más tardar en 2005.

8. Este objetivo se desarrolló esencialmente a través del Programa Modinis (2003-2005), adoptado mediante la Decisión núm. 2256/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003, por la que se adopta un programa plurianual (2003-2005) para el seguimiento del plan de acción eEuropa 2005, la difusión de buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información (Modinis).

9. En desarrollo de este último objetivo, desde 2002, el esfuerzo cooperador y de intercambio de ideas, experiencias e iniciativas en la mejora de los servicios públicos y en la construcción de herramientas comunes, pasó a desarrollarse a través de la EPAN (*European Public Administration Network o Red Europea de Administraciones Públicas*). Se trata de una red informal que viene actuando de forma flexible como instrumento de cooperación. Los resultados de su trabajo se reflejan en las decisiones, resoluciones y programas a medio plazo adoptados por los ministros o directores generales, así como en las prioridades de la Presidencia, rotatoria semestralmente.

10. El Programa eTEN fue concebido por la Comunidad Europea para contribuir al despliegue de servicios basados en las redes de telecomunicaciones (servicios en línea), con una dimensión transeuropea. El Programa eContent se formuló con el fin de estimular el desarrollo y uso de contenidos europeos en las redes globales, y promover la diversidad lingüística en la Unión Europea. El Programa IST se dirige a la investigación en el ámbito de la Administración, la sanidad y la educación en línea. Por último, el más importante es el Programa IDA de intercambio de datos entre las administraciones, que tiene como misión coordinar el establecimiento de redes telemáticas paneuropeas entre las administraciones.

A estas medidas de fomento, se sumaron otras, relativas también a la información contenida en las comunicaciones por medios electrónicos. Se trataba, en concreto, de medidas destinadas a facilitar el acceso a la información y contenidos de titularidad pública en condiciones predecibles y equitativas, para lo que se propuso la elaboración de una directiva sobre reutilización de información del sector público, que sería finalmente adoptada como Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003.

#### 4.2. La Comunicación de la Comisión: “El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa” (2003)

La iniciativa más relevante para la Administración electrónica durante el período de vigencia del Plan de acción eEurope 2005 fue, sin duda alguna, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa” [COM (2003) 567 final], de 26 de septiembre de 2003. A través de esta Comunicación, la Comisión llevó a cabo un profundo análisis de la situación de la Administración electrónica, enumerando los problemas y los obstáculos más importantes, y, a partir del mismo, propuso un conjunto coherente de actuaciones para su refuerzo, siempre en el contexto del Plan de acción eEurope 2005.

La Comunicación tomaba como punto de partida la relevancia estratégica del sector público para cumplir con los objetivos de la Estrategia de Lisboa, al impulsar el crecimiento económico, no solo por tratarse de uno de los principales agentes económicos, sino porque una intervención pública más eficaz y eficiente sobre las actividades de los particulares contribuiría de forma determinante a su incremento. Sin embargo, el sector público se enfrentaba a un mundo en transformación en diversos frentes –demográfico, tecnológico, econó-

mico y social–, con una creciente exigencia por parte de los ciudadanos y empresas, y con una limitación de recursos que obliga a hacer más con menos.

Ante esta coyuntura, la Administración electrónica se perfilaba como una solución para administrar mejor y de forma más eficiente, para mejorar la elaboración y aplicación de las políticas públicas y para ayudar al sector público a hacer frente al difícil problema de prestar más y mejores servicios con menos recursos. La Administración electrónica se identificaba así como un medio para alcanzar un sector público más abierto, incluyente y productivo, ajustado a la idea de buen gobierno.<sup>11</sup>

Esta percepción se trasluce en la propia definición de la Administración electrónica, ya que la Comunicación la describe como el “uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas.” De este modo, la Administración electrónica forma parte de la gobernanza electrónica (eGovernment), definida como una combinación de TIC, innovación organizativa y mejora de las aptitudes, que se aplica a otros ámbitos, como la salud, la educación, los transportes, etc. Por lo tanto, a nivel comunitario europeo, el concepto de Administración electrónica tiene un sentido restringido, que la distingue de estas otras áreas que se consideran dentro de los denominados “servicios públicos”, en el sentido amplio de servicio al público –ya que no se distingue si su prestación es pública o privada–.

Para la Comisión, los beneficios de la introducción de la Administración electrónica se proyectan en tres planos, ya que la mejora en los servicios ofrecidos a los ciudadanos incrementa su calidad de vida, mientras que los servicios dirigidos a las empresas mejoran la competitividad en la economía, y los servicios entre administraciones refuerzan la cooperación.

La Comunicación termina enumerando una serie de actuaciones que consideraba necesario abordar, en estrecha cooperación con los respectivos programas de

11. En la Comunicación se afirma que la Administración electrónica permite al sector público mantener y reforzar el buen gobierno, dando lugar a:

- a) Un sector público abierto y transparente: administraciones inteligibles y que rinden cuentas a los ciudadanos, abiertas a la participación y al escrutinio democráticos.
- b) Un sector público al servicio de todos: un sector público centrado en el usuario, de carácter incluyente, es decir, que no excluye a nadie de la prestación de sus servicios, y respeta a todos, en tanto que individuos a los que facilita servicios personalizados.
- c) Un sector público productivo, que ofrece un valor máximo a cambio del dinero del contribuyente: esto supone un ahorro de tiempo, menores errores y un trabajo más eficaz y eficiente.

la UE y con la Red Europea de Administraciones Públicas (EPAN):

a) un acceso incluyente, que permita acceder a los servicios en línea, lo que se proyecta en muy diversos ámbitos (acceso multiplataforma, acceso a banda ancha, accesibilidad para discapacitados, etc.);

b) una mayor confianza, para lo que se debe garantizar siempre una interacción y un acceso seguro a empresas y ciudadanos (protección de los datos personales, autenticación y gestión de identidad);

c) un mejor uso de la información del sector público, para mejorar las decisiones internas y facilitar la elección de los ciudadanos y empresas;

d) su incorporación a la contratación pública, para la mejora de las relaciones con los proveedores, la mayor satisfacción de los usuarios, la mejor utilización de los recursos humanos en el proceso de contratación y la mejora de las posibilidades de auditar los gastos públicos;

e) fortalecimiento del mercado interior y de la ciudadanía europea a través de unos servicios paneuropeos, basados en la Administración electrónica;

f) interoperabilidad, que permita la interconexión de sistemas, información y formas de trabajar: dentro de una administración o entre administraciones, a nivel nacional o europeo, e incluso con el sector empresarial;

g) cambios organizativos y adquisición de nuevas aptitudes que faciliten el cambio a una nueva forma de gestión pública;

h) rendimiento y beneficios de la Administración electrónica que mejore la productividad de las administraciones públicas, con la obtención de un resultado mayor, mejor o más rápido, partiendo de una aportación igual.

A pesar de las evidentes ventajas de la Administración electrónica, la Comisión es consciente de que su implantación a gran escala no resulta fácil, ya que exige el compromiso de los máximos responsables de las administraciones públicas y, ciertamente, del plano político. Para superar las posibles dificultades, la Comisión proponía una metodología en la que las actuaciones sectoriales enumeradas se desarrollaban a través de dos acciones horizontales: reforzar el intercambio de buenas prácticas entre los distintos aspectos de la Administración electrónica, e impulsar la inversión en Administración electrónica en Europa. Con dicha metodología se pretendía reforzar y aplicar el Plan de

acción eEurope 2005 y, de esta manera, efectuar una aportación de peso a la Estrategia de Lisboa.

### 4.3. La revisión intermedia y actualización del Plan de acción eEurope 2005

A mitad del período de desarrollo del Plan de acción eEurope 2005, esto es, en el año 2004, se llevó a cabo una evaluación y reorientación del mismo.

En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Revisión intermedia del Plan de acción eEurope 2005" [COM (2004) 108 final], de 18 de febrero de 2004, se puso de manifiesto el acierto de los objetivos de este Plan y, en particular, de los relativos a la Administración electrónica en los que se habían obtenido resultados positivos gracias a las iniciativas conjuntas de los estados miembros—como el aumento del número de conexiones de banda ancha para la Administración, así como de servicios públicos en línea interactivos, puntos de acceso público a Internet y contratación por medios electrónicos—.

En este sentido, la Comunicación confirmó que la Administración electrónica había pasado a formar parte del núcleo de las políticas nacionales de la sociedad de la información, y que todos los estados contaban con políticas activas y eficaces en este ámbito.<sup>12</sup> Igualmente, la Comisión advertía que, si bien se había conseguido alcanzar una oferta suficiente de servicios públicos en línea, ahora el problema se había trasladado a la demanda por parte de sus destinatarios, a lo que se sumaban otros ámbitos necesitados de desarrollo, como era el de la interoperabilidad y el despliegue de servicios paneuropeos.

Ante estos obstáculos en el desarrollo de la Administración electrónica, recomendaba llevar a cabo un intercambio de buenas prácticas más estructurado, así como disponer un refuerzo de la cooperación sobre la orientación de las políticas y el apoyo financiero, apuntando a iniciativas relacionadas con la seguridad, la normalización, los programas abiertos.

Como consecuencia de esta revisión intermedia, a finales de 2004 se presentó una actualización del Plan de acción eEurope 2005. La Comunicación de

12. La Comisión indica que los estudios comparativos demuestran que los servicios públicos básicos totalmente accesibles en línea pasaron del 17% al 43% entre octubre de 2001 y octubre de 2003, aunque detecta grandes diferencias entre los estados miembros, que en octubre de 2003 tenían entre un 72% y un 15% de los servicios totalmente disponibles en línea.

la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Plan de acción eEurope 2005– Actualización" [COM (2004) 380 final], de 17 de mayo de 2004, no entró a modificar ni la estructura ni el contenido del Plan de acción eEurope 2005, sino que se limitó a añadir nuevas acciones a las existentes para afrontar los problemas detectados –como la falta de demanda de este tipo de servicios o la ausencia de un verdadero incremento en la eficiencia, derivado de la aplicación de las TIC–, a través de medidas basadas esencialmente en el fomento y la coordinación. Se trataba de medidas para incrementar la eficiencia de los servicios públicos en línea en los ámbitos de la Administración, la salud y el aprendizaje, y generalizar su utilización, a través de intercambios de buenas prácticas, siguiendo el método abierto de coordinación.<sup>13</sup>

Estas iniciativas fueron completadas con otras relativas a determinados objetivos planteados para la Administración electrónica dentro del Plan de acción eEurope 2005, como la conexión de las administraciones públicas a la banda ancha –Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Conectando Europa a alta velocidad: estrategias nacionales de banda ancha" [COM (2004) 369 final], de 12 de marzo de 2004–, y el desarrollo de servicios de Administración

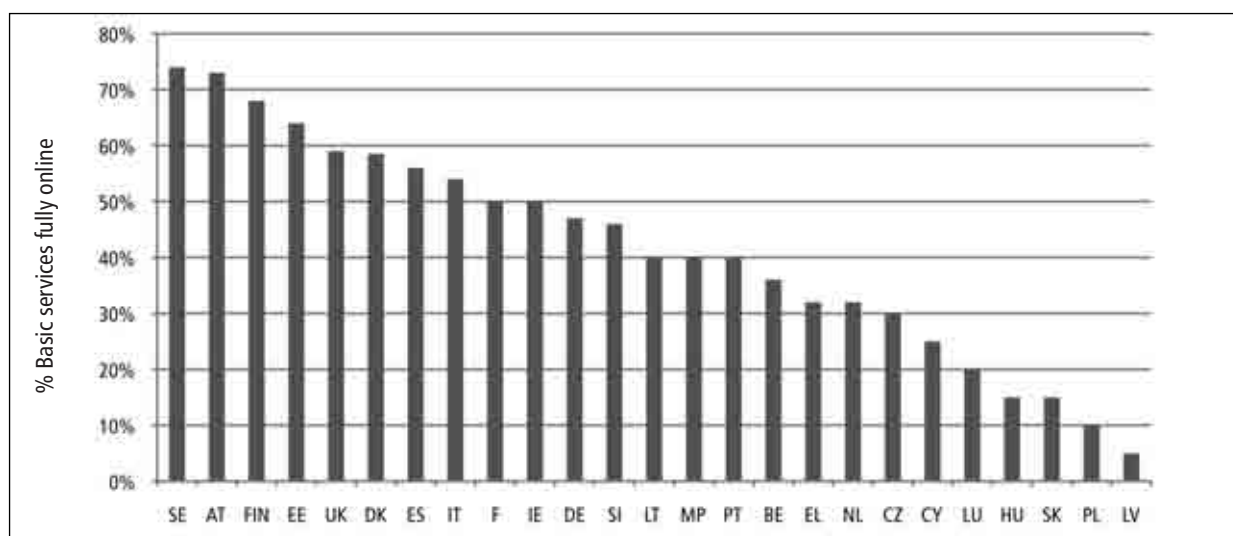
electrónica paneuropeos –Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de Administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC)–.

#### 4.4. Los resultados del Plan de acción eEurope 2005 y el futuro de la sociedad de la información después de 2005

Tras más de cinco años de desarrollo de los sucesivos planes de acción sobre la sociedad de la información dentro del marco general de la Estrategia de Lisboa, los resultados obtenidos en el momento de su revisión intermedia eran más que positivos.

Como se afirma en el Informe comparativo sobre sociedad de la información preparado por la Comisión en 2005, a partir de las actuaciones desarrolladas como dentro de los planes de acción se apreciaba un considerable incremento de los servicios públicos en línea –que fue el principal objetivo del eEurope 2002–, en particular de carácter interactivo, lo que permitía un mayor uso por parte de ciudadanos y empresas, redundando en notables beneficios, al permitir un acceso más ágil y flexible a las administraciones públicas –objetivo correspondiente al Plan de acción eEurope 2005–.

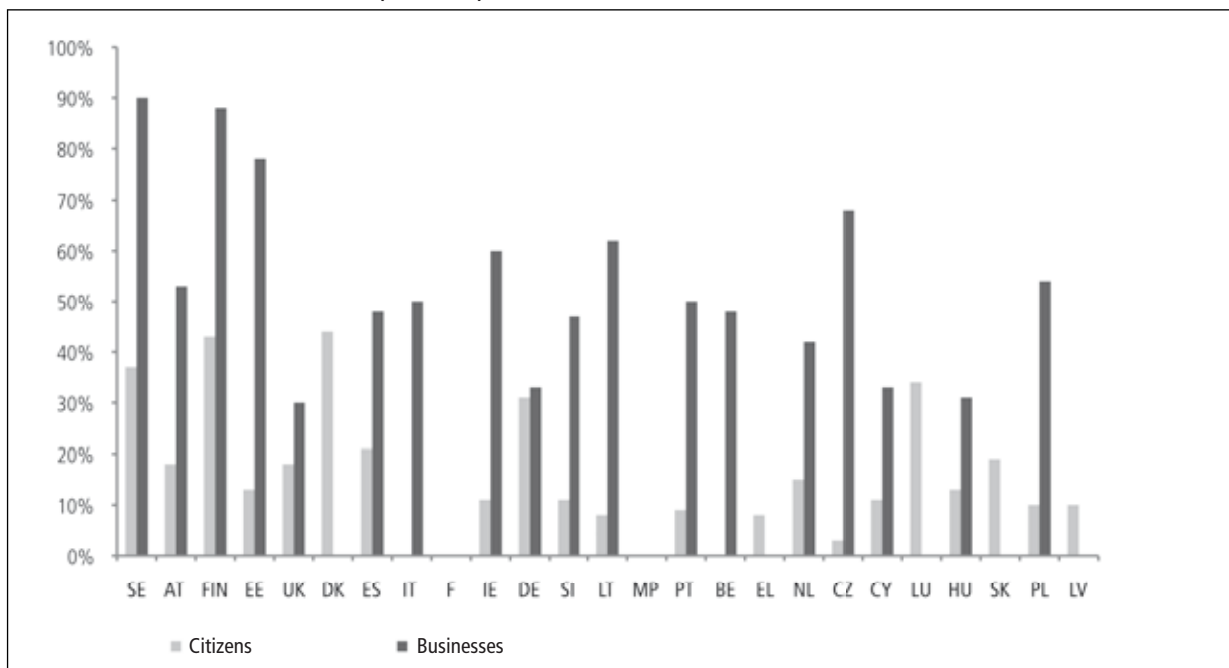
**eGovernment: online availability of basic public services (oct. 2004).**



Fuente: European Commission.

13. En estos ámbitos señalados, se propone un proceso de fomento de compromisos multilaterales de carácter voluntario en relación con las prioridades para el despliegue de servicios en línea (acción 4). También se proponen acciones para desarrollar la interoperabilidad y el intercambio de buenas prácticas en cada ámbito de servicios públicos en línea; en concreto, para la Administración en línea se preveía crear un marco de buenas prácticas plenamente operativo en 2005, gracias al cual se fomentarán el aprendizaje recíproco y la detección de las barreras a la transferencia de experiencias (acción 5).

## eGovernment: use of online services (oct. 2004)



Fuente: European Commission.

Con antelación a la publicación de estos resultados, y ante la perspectiva de la coincidencia de la finalización del Plan de acción eEurope 2005 y la revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa, se consideró oportuno, a finales de 2004, llevar a cabo un estudio prospectivo sobre el futuro inmediato de la sociedad de la información.

Este análisis exploratorio es el que se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005" [COM (2004) 757 final], de 19 de noviembre de 2004.

En este Informe general, los elementos estratégicos para la extensión de las TIC destacan a los poderes públicos en su condición de proveedores y usuarios, ya que, mediante sus políticas de adquisición, prestan apoyo a los productos y servicios de última generación y, de este modo, incrementan la oferta de servicios en línea (servicios de Administración, salud o aprendizaje en línea, etc.), lo que anima a empresas y ciudadanos a incorporar estas tecnologías a su actividad.

Entre los temas a tratar en el futuro, apuntaba –junto a los contenidos y servicios, la inclusión digital y la participación ciudadana, servicios públicos, capacitación y empleo, interoperabilidad, confianza y fiabilidad, o el aprovechamiento de las TIC por las empresas– a los servicios públicos, atendiendo al contexto de reforma

del sector público, en busca de mayor capacidad y eficiencia ante la necesidad de hacer frente a importantes retos de sociedad, como son el envejecimiento de la población y la inmigración, manteniendo simultáneamente el gasto público bajo control, y mejorando el nivel de calidad general.

Como retos a afrontar con posterioridad a 2005, se apuntaba la insuficiencia de las inversiones en TIC, la falta de interoperabilidad entre muchos de los servicios, las diferencias entre las normas y las prácticas administrativas vigentes en los distintos países, las dificultades relacionadas con la gestión de la identidad o el grado de fiabilidad y seguridad de las redes disponibles.

Asimismo, dentro de los retos se señalaban algunos relacionados directamente con el desarrollo del mercado único. Por una parte, se indicaba la necesidad de mejoras para superar la carga administrativa desproporcionada que sufrían las empresas, para lo que se proponía que todas las empresas, y en particular las más pequeñas, tuviesen la posibilidad de poder realizar el mayor número posible de trámites en línea, para lo que habría de permitirse la presentación de documentos con firmas electrónicas autorizadas. En este mismo sentido se insistía en la necesidad de fomentar la dimensión transfronteriza de los servicios públicos, en concreto, la inscripción de sociedades y las ventanillas únicas de movilidad de los ciudadanos.

## 5. El Plan de acción *i2010*: la sociedad de la información como motor del crecimiento y del empleo

### 5.1. Objetivo y contenido del Plan de acción *i2010*

Como consecuencia de la renovación de la Estrategia de Lisboa en 2005, se hizo necesario llevar a cabo un replanteamiento de la política sobre sociedad de la información. Esta revisión surge de las Conclusiones del Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo de 2005, que marcan el inicio de una nueva etapa en la que se pretende construir una sociedad de la información plenamente integradora, basada en la generalización de las TIC en los servicios públicos, las PYME y los hogares.

Este nuevo período viene estructurado bajo un marco estratégico plurianual que alcanza nuestro días, que se presentó bajo la denominación: “*i2010* - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM (2005) 229 final], de 1 de junio de 2005. Este Plan de acción *i2010* elaborado por la Comisión Europea constituye el núcleo de la Estrategia de Lisboa, renovada en favor del crecimiento y el empleo.

La Iniciativa *i2010* parte de las circunstancias derivadas del desarrollo y extensión del uso de las TIC que, en torno al año 2005, apuntaban a un crecimiento masivo de la sociedad de la información y de los medios de comunicación, propiciado por la generalización de las comunicaciones de alta velocidad y la posibilidad de conexión a través de múltiples dispositivos. Se trataba de un nuevo contexto de convergencia digital de los servicios, redes y dispositivos de la sociedad de la información y de los medios de comunicación, que exigía una convergencia política y una voluntad de adaptar los marcos reguladores para mantener su coherencia con la economía digital emergente.

Para hacer frente a estos nuevos retos, se determinan, como objetivos de la Iniciativa *i2010*: a) la construcción de un Espacio Único Europeo de la Información, que promueva un mercado interior abierto y competitivo para la sociedad de la información y los medios de comunicación; b) el refuerzo de la innovación y la inversión en la investigación sobre las TIC, con

el fin de fomentar el crecimiento y la creación de más empleos y de más calidad; c) el logro de una sociedad europea de la información basada en la inclusión, que fomenta el crecimiento y el empleo de una manera coherente con el desarrollo sostenible, y que da la prioridad a la mejora de los servicios públicos y de la calidad de vida.

En este último apartado, como parte esencial de la sociedad europea de la información, destacan los servicios públicos en línea, por la relevancia de su actividad sobre la economía europea, por lo que se pretende conseguir que estos servicios públicos, basados en las TIC, sean más eficaces, más accesibles, más transparentes y más rentables.

Sin embargo, este objetivo seguía encontrando obstáculos como, principalmente, los derivados de la fragmentación entre los sistemas utilizados, no ya en cada Estado, sino por cada Administración, lo cual se pone de manifiesto en la ausencia de interfaces comunes, de sistemas de autenticación homogéneos, que dificulta el acceso e impide la conservación de la identidad de un sistema a otro. También se identifican problemas estructurales para la recepción de las TIC por las administraciones públicas, como la falta de adaptación de la organización y de los procesos públicos, así como de la capacitación de sus responsables.

Por ello se propuso, dentro del Plan de acción *i2010*, abordar estas cuestiones de manera integrada, a través de un plan de acción sobre la Administración electrónica –que se analiza a continuación– y unas orientaciones estratégicas sobre servicios públicos basados en las TIC.

### 5.2. El Plan de acción sobre Administración electrónica *i2010*

Al igual que ocurriera con los planes precedentes, en el marco del Plan de acción *i2010* también se han desarrollado iniciativas específicas relativas a la Administración electrónica, que se contienen en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Plan de acción sobre Administración electrónica *i2010*: Acelerar la Administración electrónica en Europa en beneficio de todos” [COM (2006) 173 final], de 25 de abril de 2006.

Como en documentos similares, la Comunicación comienza poniendo de manifiesto la relevancia estratégica

de la Administración electrónica para alcanzar los objetivos de competitividad y empleo propuestos en la revisión de la Estrategia de Lisboa, así como para la modernización y la innovación necesarias para afrontar los retos derivados de una realidad cada vez más compleja y cambiante (envejecimiento de la población, el cambio climático, etc.).

De este modo se plantea el objeto del Plan, que es acelerar la obtención de resultados tangibles para ciudadanos y empresas en la aplicación de la Administración electrónica, garantizando la interoperabilidad que evite la fragmentación nacional y permita alcanzar una Administración electrónica a nivel de la UE, haciendo posible la obtención de economías de escala en las iniciativas de los estados miembros, y garantizando la cooperación de todas las partes interesadas en la UE en su concepción y realización.

Los ejes del Plan de acción de la Administración electrónica, que se habrán de desarrollar hasta 2010, son los siguientes:

a) Inclusión social. Ningún ciudadano debe quedarse atrás, por lo que la Administración electrónica debe fomentar la inclusión, de manera que, para 2010, todos los ciudadanos se beneficien de unos servicios de confianza e innovadores, así como de un acceso sencillo para todos. Para cumplir este objetivo, se propone identificar, junto a los estados miembros, los colectivos que pueden beneficiarse de la Administración electrónica y las plataformas a través de las que pueden acceder.

b) Resultados tangibles. La eficiencia y la eficacia deben hacerse realidad, contribuyendo de forma significativa, para 2010, a la satisfacción de los usuarios, a la transparencia y la rendición de cuentas, al aligeramiento de la carga administrativa y a la mejora de la eficiencia. Se propone establecer un marco de medición de la Administración electrónica común, una evaluación comparativa de su impacto, y garantizar la sostenibilidad financiera y operativa a largo plazo del intercambio de experiencias, infraestructuras y servicios.

c) Servicios estratégicos de gran repercusión para los ciudadanos y las empresas. En concreto, la contratación pública, que debe estar plenamente disponible en forma electrónica para 2010, y con una utilización al cincuenta por ciento. Para cumplir este objetivo, se fijan unos objetivos e hitos medibles, se establecen especificaciones comunes de elementos clave para

la contratación pública electrónica transfronteriza, y se desarrollan, evalúan y revisan proyectos piloto de contratación pública electrónica transfronteriza en los estados miembros.

d) Acceso autenticado cómodo, seguro e interoperable, para lo que se acuerda con los estados miembros una hoja de ruta hacia un marco europeo sobre identificación electrónica (eIDM) para 2010, así como unas especificaciones comunes para una eIDM interoperable en la UE. Estas acciones se complementan con proyectos piloto a gran escala de eIDM interoperables en los servicios transfronterizos, y unas especificaciones aprobadas de común acuerdo.

e) Fortalecer la participación democrática. Se trata de demostrar, antes de 2010, que existen unas herramientas que permiten el debate y la participación del público efectivos en la adopción de decisiones democráticas. Con este objetivo, se propone someter a prueba herramientas basadas en las TIC, que faciliten la transparencia y la participación pública en la adopción de decisiones democráticas, poner en marcha una acción preparatoria sobre herramientas basadas en las TIC para mejorar la adopción de decisiones parlamentarias, y situar las formas avanzadas de democracia electrónica como prioridad en los programas de investigación.

De forma complementaria, dentro del Plan de acción i2010, se han adoptado otras medidas más específicas, dirigidas a superar la fragmentación entre administraciones, garantizando la interoperabilidad. Así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Interoperabilidad de los servicios paneuropeos de Administración electrónica" [COM (2006) 45 final], de 13 de febrero de 2006, se define la interoperabilidad como la capacidad de conectar sistemas de tratamiento de la información y sistemas de trabajo, y de comprender y reutilizar la información de otras organizaciones, dentro de la cual se puede identificar una interoperabilidad organizativa, técnica y semántica. La interoperabilidad se identifica así como un requisito previo a la puesta a disposición de servicios de Administración electrónica a través de las fronteras nacionales y organizativas, ya que facilita la comunicación, la interacción y la transacción entre diferentes entidades o socios, y permite a las organizaciones mantener su independencia y, a la vez, ser permeables a la información y las transacciones.

Por esta razón, la Comisión establece en su Comunicación los requisitos básicos de aplicación de la interoperabilidad paneuropea de los servicios de Administración electrónica, perfila las prioridades en un conjunto estructurado de políticas y medidas para lograr la interoperabilidad de los servicios de Administración electrónica en un contexto paneuropeo, y, por último, propone nuevas medidas a modo de primeros pasos para completar este marco.

### 5.3. La evolución inicial del Plan de acción *i2010*: primer y segundo Informe anual

El desarrollo de las reformas contenidas en el Plan de acción *i2010* –incluidas las específicas sobre Administración electrónica– se ha caracterizado por estar sometidas a un proceso de seguimiento y actualización continuo mediante las revisiones anuales.

La primera de las revisiones anuales se llevó a cabo mediante la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Iniciativa “*i2010* - Primer Informe anual sobre la sociedad de la información europea” [COM (2006) 215 final], de 19 de mayo de 2006, en la que se ponía de manifiesto un cierto fracaso ante la ausencia de un cambio de tendencia o aceleración en materia de TIC, que permitiera situar a la UE en una senda de crecimiento y competitividad sostenidos.

Por esta razón, la Comisión exigía un salto cualitativo que debía venir de situar la Iniciativa *i2010* como motor de la Estrategia de Lisboa renovada. La Comisión vincula explícitamente las prioridades en materia de TIC y los objetivos de la Estrategia de Lisboa revisada. En concreto, se señala cómo, para el cumplimiento de los objetivos propuestos en su Informe de evolución anual sobre crecimiento y empleo de 2006, referidos a “liberar el potencial empresarial” y “hacer frente a la globalización y al envejecimiento de la población”, resultaban pertinentes las medidas sobre Administración electrónica adoptadas por los estados miembros.

A este respecto, la Comisión se plantea tres objetivos para el período 2006-2007: desarrollar el Plan de acción sobre Administración electrónica y proponer orientaciones estratégicas en relación con unos servicios públicos basados en las TIC; crear el portal sobre salud pública de la Unión Europea y elaborar una reco-

mendación sobre interoperabilidad en el ámbito de la salud electrónica; y poner en marcha proyectos piloto a fin de ensayar, a escala operativa, soluciones tecnológicas, legales y organizativas para la prestación de servicios públicos en línea.

En la segunda revisión de la Iniciativa *i2010*, contenida en el Documento: “*i2010* - Informe anual sobre la sociedad de la información 2007”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM (2007) 146 final], de 30 de abril de 2007, las conclusiones fueron más positivas, ya que la Comisión estimó que los principales indicadores evolucionaban en la dirección correcta, manteniendo a las TIC como un motor fundamental del crecimiento y la innovación.

La Comisión identifica un crecimiento progresivo que se plantea mantener: las iniciativas de los estados miembros en materia de Administración electrónica nacional van avanzando, y estos cooperan en actividades comunes a nivel comunitario, con vistas a lograr los objetivos del Plan de acción sobre Administración electrónica en 2010. Por esta razón, la Comisión se plantea, como acciones inmediatas, continuar prestando apoyo a la aplicación de este Plan de acción de la Administración electrónica, mantener también sus esfuerzos para integrar y transformar su propia Administración, revisar el Marco europeo de interoperabilidad (con especial atención a la interoperabilidad en el ámbito sanitario), e impulsar proyectos piloto a gran escala al amparo del PIC.

### 5.4. La revisión intermedia del Plan de acción *i2010*

Una vez alcanzado el ecuador del Plan de acción *i2010*, se ha procedido a su revisión, a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Preparar el futuro digital de Europa - Revisión intermedia de la Iniciativa *i2010*” [COM (2008) 199 final], de 17 de marzo de 2008.

La Comisión confirma que Europa figura entre los líderes mundiales en el desarrollo de la economía digital, pero que la sociedad de la información sigue fragmentada. Así lo deduce de su Informe de 2007 sobre la Estrategia de Lisboa, en el que destaca la relevancia de las TIC para la consecución de las

reformas estructurales, y el consiguiente refuerzo, por una parte de los estados miembros, de sus políticas de I+D y TIC, si bien también muchas partes de la UE siguen a la zaga en lo que se refiere a la adopción de las TIC.

Como resultado de esta revisión, la Comisión propone explotar el potencial de las TIC para abrir el mercado único en beneficio de los ciudadanos, las empresas y las autoridades públicas. Se pretende promover la libre circulación de conocimientos e innovaciones como una "quinta libertad" en el mercado único.

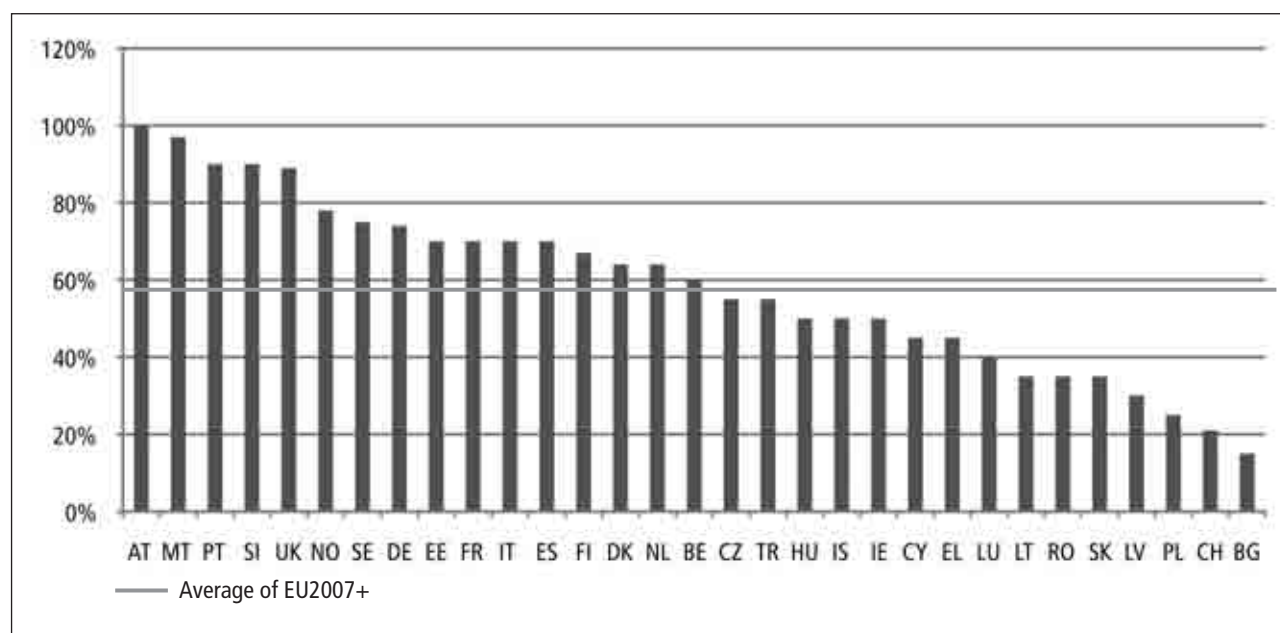
Así, se indica como prioridad colmar las importantes lagunas del mercado único, particularmente en el caso de los servicios, a través de la simplificación de los procedimientos, la reducción de la carga administrativa y el impulso al acceso a mercados transfronterizos, en particular para la contratación pública. Entre las medidas para alcanzar estos objetivos, se proponen la prestación interoperable de servicios paneuropeos de Administración electróni-

ca y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas.<sup>14</sup>

Esta Comunicación venía acompañada del Informe anual sobre la sociedad de la información 2008 [SEC (2008) 470], en el que se ponen de manifiesto dos problemas de asimetría en el proceso de extensión de la Administración electrónica.

Por una parte, el distanciamiento en la penetración de la Administración electrónica entre las empresas, que gozan de mejores recursos, y los ciudadanos, que no siempre están suficientemente dotados: existe así una diferencia de un 30% entre unas y otros en cuanto al uso de la Administración en línea. Por otra, la diferencia entre los estados miembros en cuanto a la accesibilidad de los servicios en línea (un 50% entre el primero y el último) y el grado de complejidad de los procesos disponibles (un 80% entre el primero y el último). Así se puede comprobar comparando las tablas siguientes extraídas del referido Informe, y que se refieren a la situación de las empresas y de los ciudadanos respectivamente.

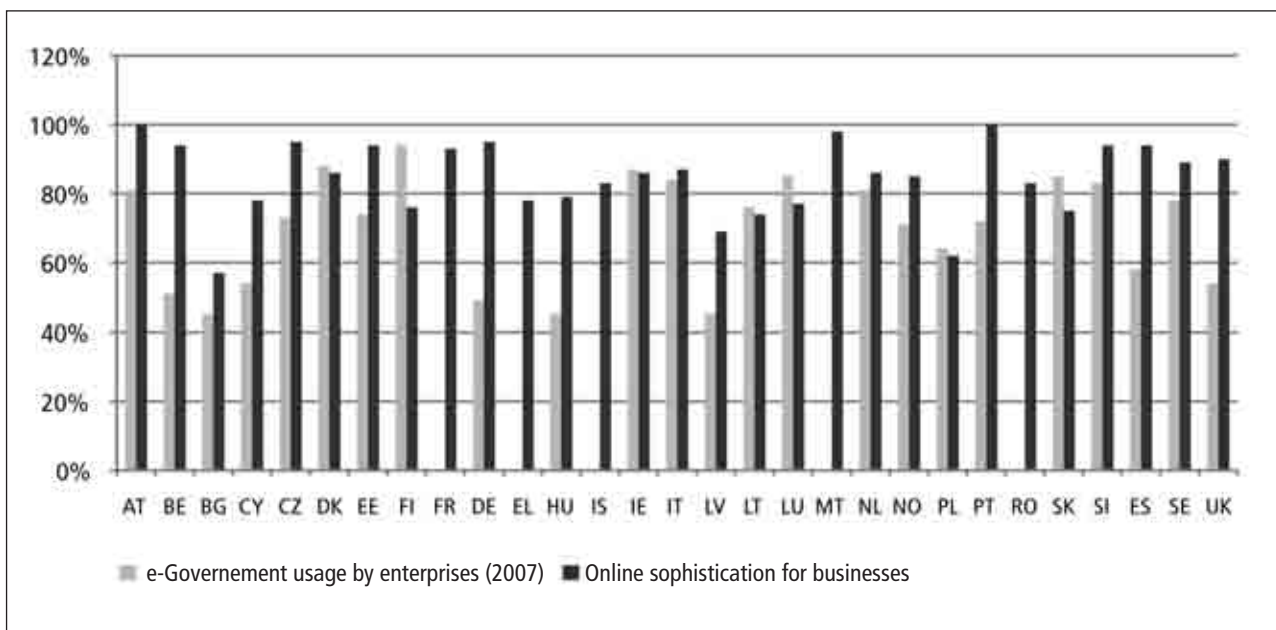
#### Online availability for all services



Fuente: Cap Gemini, *The User Challenge. Benchmarking the supply of online public services, 2007.*

14. En cuyo cumplimiento se ha adoptado la reciente Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único" [COM (2008) 798 final], de 28 de noviembre de 2008.

Supply vs take up - businesses



Fuente: Cap Gemini, *The User Challenge. Benchmarking the supply of online public services, 2007.*

Estos han sido los últimos problemas y objetivos identificados en el desarrollo de las líneas políticas generales de la Administración electrónica dentro de los sucesivos planes de acción. Sin embargo, los mayores avances en la implantación de la Administración electrónica en los estados miembros se han conseguido a través de acciones concretas planteadas en la política de mercado único, como podrá comprobarse a continuación.

**6. El impulso a la Administración electrónica a través de la realización del mercado interior de servicios**

**6.1. La Directiva de servicios del mercado interior**

La Estrategia de Lisboa incluía, entre las reformas económicas, la consecución de un mercado interior acabado y plenamente operativo. En cumplimiento de lo acordado en el Consejo Europeo de Lisboa, se preparó la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Una estrategia para el mercado interior de servicios" [COM (2000) 888 final], de 29 de diciembre de 2000. En desarrollo de esta Estrategia, se fueron adoptando diversas medidas, que culminarían con la propuesta de Directiva de servicios del mercado interior.

En efecto, tras un largo período de actuaciones preparatorias, la Comisión presentó su propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior [COM (2004) 2 final], el 13 de enero de 2004, que fue rechazada en primera vuelta por el Parlamento Europeo en su votación de 16 de febrero de 2006. Tras la elaboración por la Comisión de una propuesta modificada, el Parlamento Europeo procedió a una segunda lectura positiva, que permitió su aprobación como Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

El objetivo de la Directiva es alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre estados miembros. La Directiva pretende, por tanto, reducir cargas administrativas y otorgar mayor seguridad jurídica a aquellos que desean prestar un servicio a través de un establecimiento permanente (libertad de establecimiento) o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de circulación de servicios). En definitiva, pretende también ampliar la posibilidad de elección de los destinatarios y mejorar la calidad de los servicios, tanto para los consumidores como para las empresas usuarias de servicios.

Se trata de una Directiva de alcance general –dirigida tanto a los prestadores como a los destinatarios de los servicios, a servicios intermedios para empresas y

a servicios finales para los consumidores, y abarcando todas las fases del proceso empresarial–, con proyección horizontal –su contenido se configura de forma abstracta sin distinguir entre sectores–, y con un planteamiento global –parte de la inclusión de todos los servicios en general, para excluir posteriormente algunos de ellos–.

El contenido de la Directiva se divide en distintos apartados que se dedican, respectivamente, a:

a) La simplificación administrativa, que incluye tanto simplificación de procedimientos, como el desarrollo de la ventanilla única y los procedimientos electrónicos, que analizaremos en detalle más adelante.

b) La libertad de establecimiento de los prestadores, con respecto a la que se establece, como regla general, que cualquier prestador de servicios establecido legalmente en un Estado miembro podrá establecerse en cualquier otro país de la Unión, por lo que, solo excepcionalmente, podrá supeditarse el acceso o ejercicio de una actividad de servicios a un régimen de autorización cuando concurren determinadas condiciones.

c) La libre circulación de servicios, que exige a los estados miembros garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en su territorio, por lo que, solo excepcionalmente, podrán imponerse requisitos adicionales, si estos no son discriminatorios, resultan proporcionados y están justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

d) La calidad de los servicios, que abarca aspectos tan dispares como la información sobre los prestadores y sus servicios, el régimen de seguros y garantías, de las comunicaciones, de la calidad (en sentido estricto), de los litigios y de los códigos de conducta.

e) Cooperación administrativa para la implementación del contenido de la Directiva.

f) Medidas para la implantación de su contenido.

Dentro de su contenido relativo a la simplificación administrativa, al que se refiere el capítulo II de la Directiva, las modificaciones que se prevén en sus tres ejes –simplificación de procedimientos, ventanilla única y procedimientos electrónicos– están llamadas a alterar en profundidad el modo de actuar de todas las administraciones públicas.

En cuanto a la simplificación de los procedimientos, basta mencionar la supresión, de forma generalizada, de requisitos formales como la presentación de documentos originales, copias o traducciones compulsadas, excepto cuando está justificado por razón imperiosa de interés general (considerando 47 y artículo 5.3), lo cual, si bien es cierto que no es un objetivo novedoso, sí es la primera vez que su cumplimiento se plantea de forma sistemática y obligatoria. Asimismo, se exige que las autorizaciones den acceso a una actividad de servicios en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento o se limite a una parte específica del territorio nacional (considerando 47 y artículo 10.4).

La ventanilla única se impone como un elemento para la simplificación, al garantizar que todo prestador de servicios disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (considerando 48 y artículo 6).<sup>15</sup>

Si bien las ventanillas deben ser únicas desde la perspectiva del prestador de servicios, pueden ser varias en atención a la existencia de distintas instancias territoriales (ya que no se afecta a las competencias de cada una de ellas) o, incluso, de los distintos servicios de que se trate. En todo caso, los estados miembros han de disponer las ventanillas únicas para todos los prestadores de servicios, independientemente de que estos se encuentren establecidos en su territorio o en el de otro Estado miembro.

Debe notarse que la Directiva no exige que se trate de ventanillas únicas electrónicas, aunque la propia Comisión recomienda esta opción en su Manual de transposición de la Directiva, para evitar el establecimiento de toda la infraestructura que conlleva una sede física; sí afirma asimismo que estas deben estar apoyadas con una cierta infraestructura física, para facilitar su utilización a los prestadores que no estén familiarizados con los medios electrónicos.

En el caso de las ventanillas únicas electrónicas, la Comisión recomienda establecer una estructuración clara de la información y de los procedimientos en sitios *web* o en herramientas electrónicas similares, en los que se faciliten orientaciones comprensibles refe-

15. El Manual de transposición de la Directiva de servicios, elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea en 2007, especifica que las ventanillas se conciben como interlocutores institucionales únicos desde la perspectiva del prestador de servicios, de modo que este no tenga que ponerse en contacto con varias autoridades u órganos competentes para recabar toda la información pertinente y completar lo necesario para el ejercicio de sus actividades de servicio.

ridas a la totalidad de los procedimientos y trámites que han de seguirse para el acceso a las actividades de servicio y para su ejercicio. A través de estas ventanillas únicas de formato electrónico se debe facilitar a los prestadores la identificación de todos los procedimientos y trámites aplicables a sus solicitudes en concreto, así como la obtención de una visión general uniforme de las que se encuentran en curso, por lo que no bastará con incluir una mera relación o compilación de vínculos de Internet en un sitio *web* central. Asimismo, recomienda establecer una línea de asistencia a la que recurrir en caso de dificultad.

En cuanto a los procedimientos electrónicos como medida para la simplificación administrativa, debe tenerse en cuenta que la incorporación de medios electrónicos va más allá, ya que en la propia Directiva se hacen constantes referencias a su utilización no solo por las autoridades públicas nacionales, sino por los prestadores de servicios y por los destinatarios de los mismos.

Sin embargo, destaca su aplicación a la actividad de las administraciones públicas bajo la referida forma de procedimientos electrónicos, ya que se prevé de forma específica para facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado único, dentro del objetivo de la simplificación administrativa (considerando 46). En este sentido, la Directiva reconoce que la creación de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica resulta fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios (considerando 52). Esto no impide que se complete con otros medios (no electrónicos) para la tramitación de los procedimientos, cuando resulte necesario.

El cumplimiento de esta obligación relativa a los procedimientos electrónicos –que puede requerir la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios–, se encuentra limitado en varios sentidos: en primer lugar, se trata de una obligación de resultado que ha de permitir efectuar los procedimientos y trámites a distancia, tanto de forma

interna como a nivel transfronterizo; asimismo, esta obligación no se impone cuando por la naturaleza del procedimiento o del trámite no puede cumplirse –por ejemplo, cuando resulta necesaria una entrevista del solicitante para comprobar la integridad personal–; y tampoco ha de afectar a la política interna sobre uso de las lenguas a nivel estatal.

Las obligaciones concretas establecidas en la Directiva de servicios con respecto a la Administración electrónica se desglosan en dos: el acceso a la información y a la asistencia de las autoridades públicas a través de medios electrónicos, y la tramitación de los procedimientos por vía electrónica.

El acceso a través de medios electrónicos a la información pública y a la orientación por parte de las autoridades nacionales, se dispone en el artículo 7.3. Como derecho de información para los prestadores y destinatarios de los servicios, se reconoce la posibilidad de permitirles el acceso a determinados datos relacionados con la actividad de ordenación y supervisión de las autoridades públicas, así como a la ayuda de estas.<sup>16</sup> Asimismo, también se dispone que los estados miembros donde residan los destinatarios puedan obtener de estas informaciones similares a través de medios electrónicos (artículo 21.1).

La Comisión indica que, para cumplir esta obligación, los estados miembros deben organizar la información de manera clara, independientemente de las bases de datos y las herramientas de información en línea existentes (p. ej., por sectores de actividad, y diferenciando entre los requisitos que han de cumplir los que deseen establecerse y los que solo pretendan prestar servicios de manera transfronteriza), velando por que se ofrezca en un lenguaje sencillo e inequívoco y se presente de un modo coherente, comprensible y estructurado (no basta una mera referencia a los textos legales pertinentes, o la reproducción de los mismos). Además, se exige a los estados miembros que revisen y actualicen la información periódicamente.

En cuanto a la tramitación de los procedimientos por vía electrónica, se identifica como un elemento

16. En el Manual de transposición de la Directiva de servicios se detalla la información que debe estar disponible, que debe ser, ante todo, los requisitos exigibles a los prestadores para prestar servicios en un Estado miembro, a lo que se añaden los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios –como los registros de sociedades, las bases de datos sobre profesiones reguladas o las bases de datos públicas sobre estadísticas de servicios–. Deben facilitarse también los datos de las autoridades competentes, incluidas las que tengan competencia en materias relacionadas con el ejercicio de actividades de servicio, así como los de las asociaciones y organizaciones a las que prestadores y destinatarios pueden dirigirse para obtener ayuda práctica o información adicional. Debe suministrarse, además, información sobre las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio.

esencial para la simplificación administrativa, que coincide con uno de los objetivos que se habían venido persiguiendo a través de los programas de acción eEurope, pero que, en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios, adopta una fecha determinada para su realización.

En efecto, la tramitación por vía electrónica se exige para todos los procedimientos y trámites relativos al acceso y ejercicio de una actividad de servicios (artículo 8), quedando solamente excluidas aquellas actuaciones personalísimas (inspecciones del servicio, de los medios utilizados o de la capacidad o integridad del prestador). La Comisión aclara, en su Manual de transposición, que debe ofrecerse la posibilidad de usar medios electrónicos en todo el proceso administrativo, desde la solicitud inicial y la presentación de documentos hasta la recepción de la respuesta final, en su caso, de la autoridad competente. Lógicamente, esto no significa que la totalidad de los procedimientos relativos a la prestación de servicios deba realizarse por medios electrónicos, sino que deberán coexistir diversos medios para la realización de los procedimientos y trámites administrativos.

Se incluyen los procedimientos y trámites exigidos para el establecimiento, así como los que puedan resultar necesarios en caso de prestación transfronteriza de servicios, por lo que deben ofrecerse, no solo a los prestadores residentes o establecidos en el Estado miembro de la Administración, sino también a los que residan o se encuentren establecidos en otros estados miembros.

De conformidad con el artículo 8, deberá disponerse de procedimientos electrónicos tanto para las transacciones que se realicen a través de las ventanillas únicas como para las directas con las autoridades competentes. En términos prácticos esto implica, en primer lugar, que deberán ofrecerse procedimientos electrónicos para la totalidad de procedimientos administrativos que los prestadores de servicios puedan realizar a través de las ventanillas únicas. En segundo lugar, deberá brindarse a estos la posibilidad de comunicarse directamente con una autoridad pertinente si así lo eligen, por ejemplo, en casos en los que solo intervenga una autoridad competente y resulte más fácil tratar directamente con ella.

Para el cumplimiento de este objetivo, en el artículo 8 se le reconoce específicamente a la Comisión competencias ejecutivas para adoptar normas de desarrollo con el fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los estados miembros, teniendo

en cuenta las normas comunes ya desarrolladas a escala comunitaria.

Se trata así de cohesionar las iniciativas existentes desarrolladas en el marco de los planes de acción (eEurope 2002, eEurope 2005, i2010), por lo que la propia Comisión afirma que esta obligación, recogida en la Directiva, debe percibirse como una oportunidad para impulsar los esfuerzos presentes, y para ayudar a los estados miembros a concentrar su atención y alcanzar los objetivos que se han fijado en el campo de la Administración electrónica.

La principal preocupación es la interoperabilidad, ya que requiere una intensa coordinación y cooperación entre los estados miembros para superar las diferencias existentes a escala nacional, en cuanto a los requisitos y mecanismos jurídicos, organizativos, semánticos y técnicos referidos a los procedimientos electrónicos existentes o previstos (vinculados a la identificación, la autenticación, el intercambio y reconocimiento de documentos electrónicos, etc.). La Comisión no espera de los estados miembros que armonicen sus soluciones respecto a la Administración electrónica o que utilicen un único modelo, ya que son libres de elegir sus modelos, aunque siempre teniendo en cuenta que deben ofrecer procedimientos electrónicos tanto a sus propios nacionales y residentes como a prestadores de servicios de otros estados miembros que, en principio, deben tener la posibilidad de utilizar sus medios nacionales para tratar con las autoridades públicas pertinentes. El principal temor es la fragmentación que puede resultar del hecho de que los estados exijan, para el acceso a los servicios de Administración electrónica, utilizar medios (de identificación y autenticación) de ese Estado miembro, e incluso medios específicos, uno para cada solicitud. Por lo que, al considerar esta cuestión, se requiere a los estados miembros para que eviten la creación de cargas adicionales y la adopción de soluciones que ralenticen la introducción de servicios de Administración electrónica interoperables transfronterizos a largo plazo.

Precisamente para facilitar la implantación de soluciones interoperables, la Comisión debe desempeñar un papel activo, asistiendo a los estados miembros en el establecimiento de procedimientos electrónicos, aprovechando las sinergias existentes entre las iniciativas de Administración electrónica adoptadas al amparo de la estrategia i2010 y el objetivo de aplicación de procedimientos electrónicos en toda la UE para finales de 2009.

## 6.2. El proceso de transposición de la Directiva de servicios

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, entró en vigor al día siguiente de su publicación el 27 de diciembre de 2006, y para ella se ha previsto un período de transposición de tres años, en concreto hasta el 28 de diciembre de 2009.

El proceso de transposición de la Directiva de servicios ha sido asumido en España como una ocasión idónea para llevar a cabo una reforma administrativa. En el Libro Blanco para la reforma del sector servicios se presenta este proceso de transposición como una oportunidad para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de la actividad en determinados sectores, contribuyendo así a un ambicioso programa de simplificación administrativa y de incremento de la transparencia. Por tanto, se producirá una mejora del marco regulatorio, de la que se derivarán ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para las empresas y ciudadanos.

Con estas premisas, el 8 de marzo de 2007 la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos creó un Grupo de Trabajo al que le encomendó preparar un programa de trabajo para impulsar la transposición de la Directiva de servicios. Este programa de trabajo fue presentado en julio de 2007 y se basa en una acción horizontal mediante la que se establece un marco general y unas acciones específicas de adaptación normativa.

La primera consiste en la aprobación de una Ley Horizontal de transposición, o Ley Paraguas, con el fin de promover una aplicación amplia de los principios generales de la Directiva –en concreto los principios de justificación y proporcionalidad de los requisitos– con pocas restricciones, asegurando así que la futura normativa sea compatible con los mismos. El Proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio fue presentado por el Gobierno al Congreso el 23 de marzo de 2009, y

actualmente se encuentra en plazo de presentación de enmiendas.

El contenido del Proyecto de Ley Paraguas se asemeja en gran medida al de la Directiva de servicios, lo cual es lógico, ya que comparten una naturaleza común en cuanto norma general de carácter horizontal para todo el sector servicios. Sin embargo, se pueden apreciar en la Ley Paraguas concreciones de algunos aspectos dispuestos en la Directiva que sí suponen una verdadera adaptación de su contenido a nuestro ordenamiento jurídico, e implican importantes novedades en la ordenación de los servicios, y casi podría decirse que de las actividades privadas en general, dado el peso relativo de los servicios en nuestra economía.<sup>17</sup>

En cuanto a las adaptaciones normativas que deben seguirse a todos los niveles, estatal, autonómico y local, se desarrollan en tres fases, que son: una fase de identificación, que consiste solo en detectar la normativa potencialmente afectada, sin prejuzgar si se requerirá un cambio normativo; una fase de evaluación (enero-marzo de 2009), que consiste en determinar la compatibilidad o no de la normativa identificada con el contenido de la Directiva; y una última fase de modificación y adaptación de las normas que se consideren necesarias tras su evaluación, que debe concluir a lo largo de 2009 –si bien es previsible que se demore algo más, a pesar de que haya vencido el plazo de transposición–.

A nivel estatal, las modificaciones de las normas con rango de Ley identificadas se van a llevar a cabo en su mayoría a través de una norma única, que es el Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes (47 en total) para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que es la conocida como “Ley Ómnibus”, que las adaptará a los principios de la Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. Asimismo, se llevará a cabo, por separado, la reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista. Por otra parte, al margen de estas reformas de normas con rango de Ley, es necesario adaptar al menos 117 reales decretos y órdenes ministeriales.

Todo esto por lo que respecta al nivel estatal, ya que las comunidades autónomas están siguiendo una proceso paralelo con respecto a los ámbitos que son

17. Así ocurre con los procedimientos de autorización para el establecimiento o la prestación de actividades de servicios, que deberán tener carácter reglado, con lo cual se expulsa definitivamente todo resto de discrecionalidad de este ámbito de decisiones públicas (artículo 5 Ley 11/2007). Otro tanto ocurre con el régimen del silencio administrativo, con respecto al que se introduce un cambio de tendencia que puede terminar con esa excepción que es el silencio negativo, que se convierte en regla, al extenderse a través de previsiones específicas, ya que la Ley exige que los supuestos de silencio negativo deben ahora justificarse por razones imperiosas de interés general (artículo 6 Ley 11/2007).

propios de su competencia. Asimismo, a nivel local, se están siguiendo estas fases de identificación, evaluación y modificación, coordinadas por la FEMP.

### 6.3. En concreto, las medidas de transposición relativas a la Administración electrónica

Por lo que respecta a las obligaciones relativas a la Administración electrónica contenidas en la Directiva de servicios, ya se indicó con anterioridad que la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos ha cumplido formalmente con su transposición.

De forma temprana –apenas transcurrido medio año de los tres previstos para su transposición–, la tramitación de la Ley 11/2007 permitió incorporar la transposición de dichas obligaciones. En concreto, su exposición de motivos señala que los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva pueden considerarse transpuestos por esta Ley.

De hecho, la propia Ley 11/2007 prevé una obligación de adaptación para que todas las administraciones públicas garanticen que los derechos reconocidos en su artículo 6 –esto es, el derecho de acceso electrónico a las administraciones públicas y todos los demás parejos– puedan ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 (disposición final tercera). De este modo, coincide –con un mínimo desfase de tres días– con la fecha límite de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Directiva de servicios.

No obstante, el cumplimiento de esta obligación no se manifiesta de forma absoluta con respecto a las comunidades autónomas y las entidades locales, ya que, para unas y otras, se establece en los mismos términos, aunque se añade la salvedad de que será así “siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.”

No debe interpretarse esta referencia como una posibilidad para incumplir los postulados de la Directiva, sino más bien como una manifestación de respeto al ámbito de autonomía que tienen reconocido. En concreto, para las entidades locales se añade que las diputaciones provinciales, o en su caso los cabildos y consejos insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que

no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarla.

Por lo que respecta a las administraciones locales, el cumplimiento de esta obligación ha sido considerado dentro de las Directrices adoptadas por el Ministerio de Administraciones Públicas para la transposición de la Directiva de servicios. En la Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectada, elaborada por el Ministerio con la colaboración de la FEMP y de COSITAL, se hace una valoración positiva de la obligación de que todas las administraciones dispongan de todos los procedimientos accesibles a través de medios electrónicos. De hecho, se considera una oportunidad para la construcción de la ventanilla única, ya que, tras diversos proyectos fracasados, por fin, todas las administraciones dispondrán de un acceso electrónico a todos sus procedimientos. La construcción de la ventanilla se centra, pues, en la coordinación e integración de la información y el acceso electrónico a los trámites, proporcionados por todas y cada una de las administraciones responsables de ellos.

La puesta en marcha de esta ventanilla única requiere de la participación activa de todas las administraciones, tanto para integrar la información de cada una de ellas, como para poner a disposición las tramitaciones que se deban realizar. En la Guía elaborada por el Ministerio se formulan los siguientes principios para llevar a cabo su desarrollo, y cumplir con la transposición de las obligaciones:

a) Existencia de un interlocutor único: En forma de portal nacional, al que los proveedores de servicios puedan dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites necesarios para su instalación y desarrollo de actividad, de una manera electrónica, sin necesidad de tener que recurrir a los portales de múltiples instituciones de diferentes administraciones para conocer o tramitar su petición.

b) Aprovechamiento de las iniciativas en funcionamiento de las diferentes administraciones: Los trabajos ya desarrollados para facilitar el acceso electrónico a los trámites y servicios que afecten a la Directiva de servicios serán aprovechados por la ventanilla, y, a la vez, las funcionalidades de la ventanilla se pondrán a disposición de todas y cada una de las administraciones.

c) Responsabilidad de todas las administraciones: La ventanilla única no debe interferir en el reparto de competencias de las diferentes administraciones. Por ello, cada autoridad competente es responsable de la información sobre el trámite que la compete, de ejecutar

dicho trámite y de prestar asistencia a otras autoridades competentes de los países miembros.

d) Garantía del mantenimiento, actualización y calidad de la información y de los servicios: La obligación de ofrecer una información completa y actualizada requiere crear una red de responsables de contenidos y mecanismos de actualización de la información sobre procedimientos y trámites. Igualmente, se ha de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios que los implementan en cada sistema de la correspondiente Administración competente.

Estas son las líneas generales que fueron propuestas inicialmente para cumplir con el contenido de la Directiva de servicios. Sin embargo, tal y como se están desarrollando los acontecimientos, se habrá de estar al desarrollo que se lleve a cabo de la Ley 11/2007, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, para saber cómo encajará el desarrollo de la Administración electrónica a nivel local.

## 7. Bibliografía

AIBAR PUENTES, E. y URGELL, F., *Estado, burocracia y red: Administración electrónica y cambio organizativo*, Ariel, Barcelona, 2007.

ALABAU MUÑOZ, A., *La Unión Europea y su política para el desarrollo de la Administración electrónica: tras los objetivos de la Estrategia de Lisboa*, Fundación Vodafone, Madrid, 2004. Accesible en <http://personales.upv.es/aalabau/>

AMUTIO GÓMEZ, M. A., "Los servicios paneuropeos de Administración electrónica", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, p. 4-22.

BARRIUSO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid, 2007.

BARROSO BARRERO, J., "La Administración electrónica en España: un análisis de sus sectores clave", *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 813, 2004, p. 55-72.

BLASCO DÍAZ, J. L., "La regulación local de la Administración electrónica", en FABRA VALLS, M. y BLASCO DÍAZ, J. L. (coordinadores): *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, 2007, p. 159-184.

CASES PALLARÉS, J., "Análisis de la evolución del proceso de implantación de la Administración electrónica", *Revista de Estudios Locales*, núm. 87, 2005, p. 14-20.

CASTAÑO SUÁREZ, R. "El desarrollo de la Administración electrónica en Europa: especial consideración de la implantación de los servicios públicos on-line en España", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 243, abril 2005, p. 71-81.

CIERCO SEIRA, C., "Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2008.

ENTRENA RUIZ, D., "La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios", en QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (director), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 41-82.

FUNDACIÓN RETEVISIÓN: *Informe sobre la evolución de los servicios públicos electrónicos dentro de la Unión Europea. Estudio encargado por la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002. Accesible en [http://www.csi.map.es/csi/pdf/eGov\\_Esp\\_definitivo.pdf](http://www.csi.map.es/csi/pdf/eGov_Esp_definitivo.pdf)

GALVÁN RUIZ, J. y GARCÍA LÓPEZ, P., *La Administración electrónica en España*, Fundación Telefónica-Ariel, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., "La inserción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública", *Diario La Ley*, 2009, núm. 7190.

HARTO DE VERA, F., "La política en la sociedad de la información: Administración y Gobierno electrónico", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 184-185 (2005), p. 173-190.

HERNÁNDEZ ALONSO, J. V., "El despegue de los servicios públicos on-line en Europa", *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, núm. 162, 2003, p. 39-41.

ITURRIOZ FANJUL, L., "La Administración electrónica en el marco de la sociedad de la información", *Abaco: Revista de cultura y ciencias sociales*, núm. 48, 2006, p. 64-68.

JIMÉNEZ BARRUL, S., "La revolución tecnológica. Nuevos retos para la Administración local. La Administración electrónica", en PARADA VÁZQUEZ, J. R. y FUENTETAJA PASTOR, J. A. (coordinadores): *Reforma y retos de la Administración local*, 2007, p. 11-14.

LIKANEN, E., "Administración electrónica y la Unión Europea", *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, núm. 162, 2003, p. 13-16.

MOREIRO GONZÁLEZ, C. J., "Un plan imaginario para el derecho a una buena Administración: a propósito

del Plan de acción sobre Administración electrónica i2010", *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 11, octubre 2006.

OLLER RUBERT, M., "La Administración electrónica en Europa", en FABRA VALLS, M. y BLASCO DÍAZ, J. L. (coordinadores), *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, 2007, p. 43-70.

PALOMAR OLMEDA, A., *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos. A propósito de la Ley de acceso electrónico a las administraciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RAMOS LLANOS, A. J., "Implantación de la Administración electrónica en la Unión Europea", en DE TOMÁS MORALES, M. S., DEL RIEGO, C. H. y VAQUERO LAFUENTE, M. E. (coordinadores), *El día de Europa: las transformaciones de la Unión Europea: la ampliación y la convención europea: actas de las II jornadas en conmemoración del Día de Europa de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 8 y 9 de mayo de 2003*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 131-142.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. y PUNZÓN MORALEDA, J., "El uso de las nuevas tecnologías en la Administración pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE", *REDETI: Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, vol. 8, núm. 24, 2005, p. 63-96.

VALERO TORRIJOS, J., "La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, 2007, p. 207-246.

VILLAREJO GALENDE, H., "La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, p. 47-82.

ZATARAIN DEL VALLE, R., "La Administración electrónica: un futuro de cooperación interadministrativa", *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, núm. 162, 2003, p. 10-12. ■



# La gestión electrónica del procedimiento administrativo

Isaac Martín Delgado

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo.*

*Doctor Europeo en Derecho.*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## 1. Planteamiento: la importancia de la Administración electrónica

## 2. La gestión del procedimiento administrativo por medios electrónicos

2.1. Disposiciones comunes a la gestión electrónica del procedimiento administrativo

2.1.1. Impulso del empleo de los medios electrónicos y simplificación administrativa. 2.1.2. Las exigencias de constancia, identificación, sellado de tiempo y neutralidad

2.2. Iniciación

2.2.1. A instancia de parte y de oficio: el requisito del consentimiento. 2.2.2. La necesidad de buenos formularios.

2.2.3. La aportación de documentos adjuntos. 2.2.4. El derecho de subsanación

2.3. Instrucción

2.3.1. Los requisitos básicos de la instrucción del procedimiento por medios electrónicos. 2.3.2. Una grave omisión de la LAE: especial consideración al acceso a la información por medios electrónicos

2.4. Resolución

## 3. Conclusión

## 1. Planteamiento: la importancia de la Administración electrónica

“Hablar hoy de Administración pública es hablar necesariamente de Administración electrónica.” En estas palabras de la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se aprueba la imagen promocional de las actividades de Administración electrónica y se establecen criterios para su utilización (Orden APU/959/2003, de 11 de abril), se resume perfectamente una idea previa de la que debe partirse al hablar de esta cuestión: la aparición de nuevas tecnologías ha dado lugar a una revolución tecnológica de indudables consecuencias en el ámbito económico y social que terminará afectando sustancialmente –ya lo está ha-

ciendo, de hecho– a la Administración<sup>1</sup> y, con ello, a la propia forma de entender algunas de las instituciones más importantes del Derecho administrativo, principalmente al procedimiento administrativo.

La aplicación de las nuevas tecnologías al Derecho administrativo plantea dos retos: un reto tecnológico y un reto jurídico. El reto tecnológico consiste en crear programas y sistemas que se adecuen a las exigencias constitucionales, legales y, en general, normativas que caracterizan al Derecho administrativo, ámbito en el que van a ser aplicados; el reto jurídico consiste en establecer tales exigencias (adaptar en algunos casos, crear en otros) en el marco de las nuevas tecnologías y en determinar el régimen jurídico de su aplicación.

1. Por pura lógica, pues, como señala A. PALOMAR OLMEDA, “la Administración de nuestros días no puede mantenerse en un proceso prestador de servicios que por su inadecuación con los tiempos y, por tanto, por su desconexión con el ámbito social en el que se inserta obligue a los ciudadanos a relacionarse con ella en forma diferente a como lo hacen con el resto de operadores sociales”, “Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común de base tecnológica”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 3, 2003, p. 91.



La validez de esta afirmación se comprueba claramente en relación con el procedimiento administrativo: se deben crear programas y sistemas informáticos y técnicos que sean capaces de permitir una tramitación telemática del procedimiento con respeto de las garantías mínimas que este debe cumplir por definición (audiencia de los interesados, imparcialidad de los órganos intervinientes, transparencia, gratuidad, etc.) y, al mismo tiempo, se debe concretar el régimen jurídico del procedimiento administrativo electrónico, ponderando siempre entre las ventajas que aporta y los inconvenientes que puede generar –esto es, entre la celeridad de la gestión de los trámites administrativos<sup>2</sup> y los perjuicios para la garantía de los derechos e intereses de los administrados–,<sup>3</sup> con el fin de agilizar el proceso administrativo sin perder las necesarias garantías. Ello es así porque el fin que debe ser perseguido no es el uso de la tecnología en la Administración pública, sino su utilización, como medio, para la mejora de la eficacia

y de la eficiencia en las relaciones entre Administración y administrado<sup>4</sup> en el marco de la satisfacción del interés general. No se trata, pues, de informatizar el procedimiento administrativo tal y como está previsto actualmente, sino de replantearlo, partiendo de una concepción distinta.<sup>5</sup>

Ello queda patente en el propio concepto de Administración electrónica, que se define oficiosamente como el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas.<sup>6</sup>

Al cumplimiento de esta finalidad –aunque no exenta de deficiencias– dedica la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en adelante LAE, sus artículos 33 y ss., que son el objeto de análisis de las presentes líneas.

2. Celeridad que se deriva del principio de eficacia de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 103 CE y concretado en el artículo 75 de la Ley 30/92.

3. En palabras de BAUZÁ MARTORELL, “deberá combinar sabiamente el régimen jurídico general del procedimiento administrativo, junto con los requisitos específicos del procedimiento sectorial y los propios de las comunicaciones electrónicas”, *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002, p. 23.

4. Así lo indican el *Plan de Choque*, *op. cit.*, p. 7, y el documento de la ASTIC sobre *Análisis y propuestas para la modernización de la Administración pública*, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión sobre *El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, *op. cit.*, p. 7, señala que la Administración electrónica es un factor que hace posible una administración mejor y más eficiente, mejora la elaboración y aplicación de las políticas públicas y ayuda al sector público a hacer frente al difícil problema de prestar más y mejores servicios con menos recursos.

Y así lo prueban los datos. Baste simplemente indicar que la contratación y facturación electrónicas podrían generar un ahorro del 5% en los costes totales de la contratación y reducir en un 10% los costes de transacción (datos ofrecidos en la Comunicación de la Comisión sobre el *Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos*, COM (2006) 173 final, p. 8).

5. Para una perspectiva general sobre el procedimiento administrativo electrónico o ciberprocedimiento, puede verse BAUZÁ MARTORELL, *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002; M. TINTÓ GIMBERNAT, “Administración electrónica y ciberprocedimiento”, *Quaderns Obsei*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006; J. OCHOA MONZÓ, “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 151 y ss.; y, más recientemente, A. PALOMAR OLMEDA, *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos. A propósito de la Ley de acceso electrónico a las administraciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, y, sobre todo, VALERO TORRUIOS, *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2.ª edición, Comares, Granada, 2007.

6. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre *El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, COM (2003) 567 final, p. 7. En un sentido muy similar, aunque más restrictivo en cuanto al alcance de la definición, la OCDE define la Administración electrónica como “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y particularmente Internet, como una herramienta estratégica para lograr una mejor Administración pública”, *La Administración electrónica, un imperativo*. Estudios de la OCDE sobre Administración electrónica, p. 1 (el Informe está disponible en [www.oecdbookshop.org](http://www.oecdbookshop.org). Última fecha de consulta: 10/5/2009). Esta definición fue la asumida en nuestro país por el *Plan de choque para el Impulso de la Administración electrónica en España*, Ministerio de Administraciones Públicas y Ministerio de Ciencia y Tecnología, 8 de mayo de 2003, p. 4 (en adelante, se hará mención al mismo como *Plan de Choque*, simplemente). Ya están proliferando en nuestro ordenamiento jurídico normas que recogen la definición de la Comisión Europea, dotándola de oficialidad. Es el caso de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, aprobada por el Pleno el 30 de enero de 2009.

Sobre el concepto y, en general, el origen de la Administración electrónica, *vid.* R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Administración electrónica: origen, definición institucional y contexto actual”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 14, 2007, p. 79 a 100.

## 2. La gestión del procedimiento administrativo por medios electrónicos

La Administración electrónica no es algo diferente, en sustancia, de la Administración pública: se trata de la misma organización, destinada a cumplir la misma función, pero con una estructura modernizada y nuevos medios de actuación. Como consecuencia de ello, se introducen especialidades en nuestro ordenamiento jurídico, pero asegurando el mantenimiento de las garantías básicas de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

La LAE apuesta ciertamente por la implantación de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo, tanto en el ámbito puramente interno cuanto respecto de sus manifestaciones externas. Es consciente de que la gestión electrónica del procedimiento administrativo conlleva importantes ventajas para los ciudadanos y para la propia Administración: mejor satisfacción de derechos ya reconocidos en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en adelante la LPC, tales como el acceso a la información administrativa, el acceso al expediente, la consulta del estado de tramitación o la reducción de la carga documental-, y mayores facilidades en los procesos de trabajo internos –conexión entre expedientes, consulta simultánea de un mismo expediente sin necesidad de desplazamiento del mismo, ahorro de tiempo y costes, mayor eficacia en el marco de las relaciones interadministrativas–. Sin embargo, tal apuesta no es del todo firme, por dos razones: en primer lugar, porque la mayor parte de los preceptos que dedica la LAE a esta cuestión no tiene carácter básico; en segundo lugar, porque las exigencias podrían haber ido más allá, dado que las soluciones tecnológicas permiten la gestión electrónica del procedimiento sin pérdida de garantías jurídicas. El tenor literal del artículo 33 (en el sentido de afirmar que “se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y actuaciones administrativas”), es muy similar al del intrascendente artículo 45.1 de la LPC, que parece más declaración programática que exigencia normativa.

Ello lleva a la necesidad de mantener que el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, propiciado por el artículo 6 de la LAE, debe modular tal declaración y estar muy presente en las decisiones políticas de telematización de procedimientos y actuaciones administrativas.<sup>7</sup>

### 2.1. Disposiciones comunes a la gestión electrónica del procedimiento administrativo

#### 2.1.1. Impulso del empleo de los medios electrónicos y simplificación administrativa

El artículo 33 de la LAE precisa que “la gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración pública que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad.” Sin embargo, añade que “a estos efectos, y en todo caso bajo criterios de simplificación administrativa, se impulsará la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativos.” Dicho sencillamente, la Administración no solo está obligada a realizar las actuaciones necesarias para satisfacer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, telematizando sus procedimientos y actuaciones para que surtan efectos *ad extra* a lo dispuesto en la LAE, sino que, además, debe igualmente impulsar el uso de los medios electrónicos en sus actuaciones procedimentales puramente internas, pues, en relación con ellas, están en juego muchos de los derechos que completan el estatuto del ciudadano administrado electrónicamente.

En relación con este extremo, se hace valer la propia definición de Administración electrónica. No se trata solo de implantar las TIC en la organización y en los procesos de actuación de las administraciones públicas. Se pretende, además, introducir nuevas actitudes y cambios organizativos con el fin de mejorar los servicios públicos. En relación con el procedimiento administrativo, ello se traduce, tal y como reconoce el

7. Por ello resulta ciertamente interesante el contenido del artículo 20.1 de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, en virtud del cual “el Ayuntamiento de Barcelona garantiza el ejercicio del derecho a relacionarse con la Administración por medios electrónicos y del resto de los derechos reconocidos en el artículo 4 de esta Ordenanza con relación a los trámites y procedimientos cuya tramitación se haga por medios electrónicos.”

artículo 34 de la LAE, en la necesidad de realizar previamente análisis de rediseño funcional y de simplificación de procedimientos y trámites en la prestación de estos servicios, con el fin de reducir y/o suprimir documentación innecesaria que puede obtenerse directamente por la Administración a través de medios electrónicos, introducir mecanismos de participación de los ciudadanos, fomentar la transparencia administrativa, ofrecer información, reducir plazos y tiempos de respuesta y racionalizar cargas de trabajo, de tal modo que se cumplan los principios de eficacia y de eficiencia constitucionalmente consagrados.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ambos preceptos no poseen carácter básico. El legislador ha entendido que los diferentes aspectos relativos a los procesos de trabajo de las diferentes organizaciones administrativas son cuestión puramente organizativa y, en consecuencia, su regulación corresponde a la propia Administración actuante. Sin embargo, teniendo en cuenta que, en el fondo, el contenido de los mismos simplemente está reconociendo dos principios generales (consagrados, por otra parte, en el artículo 4 de la LAE, que sí tiene carácter básico), como son el principio de simplificación administrativa y el principio de transparencia y publicidad del procedimiento, y que el artículo 3 –igualmente básico– reconoce como finalidades de la Ley facilitar a los ciudadanos el acceso por medios electrónicos a la información y al procedimiento administrativo, y contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las administraciones públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, la conclusión es evidente: todas las administraciones públicas están obligadas, como norma de principio, a aplicar las TIC en sus procedimientos internos de actuación y a gestionar electrónicamente sus procedimientos bajo criterios de simplificación, transparencia, publicidad y eficacia, correspondiendo a cada una de ellas concretar los medios para cumplir con esta obligación. Además, no debe olvidarse que la gestión interna del procedimiento administrativo tiene manifestaciones en el exterior, en tanto que afecta a

derechos de los ciudadanos reconocidos en la LPC y, en su versión electrónica, en la propia LAE, y que pueden ser exigidos jurisdiccionalmente (el ejemplo más claro es el derecho a no aportar documentos, proclamado en los artículos 35 f) de la LPC y 6.2 b) de la LAE). Por otra parte, un repaso de las distintas normativas autonómicas que regulan la implantación de los medios informáticos, telemáticos y electrónicos en el respectivo ámbito territorial, permite comprobar el mimetismo normativo del legislador autonómico, y hace presagiar que el contenido de los artículos 33 y 34, aun no siendo básicos, tendrá sus equivalentes en el nivel autonómico y local.<sup>8</sup>

Por señalar un ejemplo, así ha ocurrido con la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, que reconoce expresamente el principio de impulso de medios electrónicos, en virtud del cual la Administración municipal impulsará de manera preferente el uso de los medios electrónicos en el conjunto de sus actividades.

Alguna consideración especial merece la posibilidad de reducir los plazos y los tiempos de respuesta en los procedimientos tramitados por medios electrónicos que contempla el artículo 34 c). La introducción de las nuevas tecnologías en la gestión del procedimiento administrativo permite ahorrar tiempo, y, en consecuencia, ello debe traducirse necesariamente en que los plazos de los diferentes trámites y el plazo para resolver puedan acortarse.<sup>9</sup> Sin embargo, no debe olvidarse que, desde el momento en que el uso de los medios electrónicos, salvo cuando se haya decretado reglamentariamente su obligatoriedad, es decisión del ciudadano, en los casos en que existan varios interesados en el procedimiento puede darse la circunstancia de que unos opten por el uso de las nuevas tecnologías y otros, en cambio, no. La duda que se plantea en estos supuestos es si la reducción de los plazos puede suponer vulneración del principio de igualdad.

Efectivamente, el artículo 4 de la LAE dispone que “la utilización de las tecnologías de la información (se *ajustará*) a los siguientes principios:... b) Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso

8. Junto con todo ello, tendrá un protagonismo fundamental en el diseño de los procedimientos administrativos en materia de servicios del mercado interior, la Directiva 123/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que contiene importantes exigencias de simplificación y de telematización de los procedimientos administrativos relacionados con las actividades económicas de servicios.

9. Es lo que hace, por señalar un ejemplo, la LCSP en sus artículos 96.2 b) y 125.4, en el sentido de permitir la reducción de los plazos para la presentación de proposiciones por parte de los contratistas cuando el procedimiento de contratación se vaya a gestionar por medios electrónicos.

de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las administraciones públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos.” (La cursiva es nuestra.) Por su parte, el artículo 74.2 de la LPC es contundente al determinar que “en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza.” Es evidente que, en el caso de procedimientos de concurrencia competitiva o similares, no resulta posible que los plazos de tramitación y resolución sean diferentes en función de los medios de gestión empleados si ello tiene consecuencias en cuanto al fondo de la decisión administrativa final. En cambio, cuando se trate de procedimientos de otro tipo, debe entenderse que el uso de los medios electrónicos es criterio objetivo de diferenciación y, en consecuencia, no existe vulneración del principio de igualdad.<sup>10</sup> En este caso, no obstante, resulta de aplicación el segundo inciso del citado precepto, en virtud del cual será necesario que “por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada (*relativa al cambio de prelación temporal*) de la que quede constancia.” (La cursiva es nuestra.)

Estamos en un periodo transitorio de implantación de las TIC en la Administración pública y, por esta razón, las normativas reguladoras de los procedimientos y los órganos encargados de su tramitación deberán ser especialmente sensibles con relación a este extremo, dado que seguirán siendo numerosos los procedimientos híbridos, en los que la tramitación se efectúe por medios electrónicos y por medios convencionales, en función de la opción del ciudadano. El paso del tiempo, la generalización del uso de las nuevas tecnologías por parte de los ciudadanos y de la Administración y las nuevas regulaciones normativas que se establecerán entonces harán que esta situación no tenga lugar. El aumento del número de procedimientos que se van incluyendo en la relación de procedimientos y actuaciones adaptados a la LAE, cuya publicidad exige la disposición final tercera de esta norma, es la prueba más evidente de ello.

### 2.1.2. Las exigencias de constancia, identificación, sellado de tiempo y neutralidad

Aunque no se contemplan bajo el epígrafe de “Disposiciones comunes” dentro del título relativo a la gestión electrónica de los procedimientos administrativos, las exigencias de constancia, identificación, sellado de tiempo y neutralidad deben predicarse respecto de todo procedimiento. Así se deriva de lo dispuesto en los artículos 27, 36 y 35 de la LAE, respectivamente.

Efectivamente, como requisito de validez aplicable a toda comunicación electrónica, el artículo 27.3 exige que se garanticen la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido de las comunicaciones y la identidad de remitente y destinatario. Por su parte, el artículo 36 exige que las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la gestión del procedimiento aseguren el control de tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables del procedimiento y la tramitación ordenada de los expedientes. De este modo, la iniciación del procedimiento –sea de oficio, sea a instancia del interesado–, las actuaciones realizadas durante la instrucción del mismo –alegaciones de los interesados, actuaciones de impulso del procedimiento por el órgano responsable, pero también las que impliquen a otros órganos o, incluso, a otras administraciones, como ocurre en los casos de emisión de informes–, las notificaciones que se practiquen en su seno y la resolución final deberán satisfacer estos requisitos.

En particular, merecen cierta atención los relativos a la identificación y autenticación de los ciudadanos y de la Administración actuante, y el sellado de tiempo.

La acreditación de la identidad del interesado y la autenticación de la voluntad por este expresada, es requisito de toda comunicación que dirija a la Administración. Por otro lado, el ejercicio de la competencia por el órgano que la tiene legalmente encomendada, y la autenticación de los actos administrativos por él emanados es exigencia para la validez de la actuación administrativa. Ambas exigencias se cumplen mediante el uso de sistemas de firma electrónica, que regula la LAE en sus artículos 13 y ss., tomando como referencia la previa regulación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en adelante la LFE.<sup>11</sup>

10. Comparto así lo defendido por VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración...*, op. cit., p. 186.

11. Para un estudio de estos preceptos puede verse mi trabajo “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., *La Ley de Administración electrónica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 317 y ss.

Respecto del sellado de tiempo, se define como la acreditación a cargo de un tercero de confianza de la fecha y hora en que se ha realizado cualquier operación o transacción por medios electrónicos. La LAE, a la hora de dar esta definición, está pensando en el intercambio de documentos en el marco de una concreta relación administrativa. Pero la introducción de una referencia temporal a una actuación electrónica puede darse en otro tipo de circunstancias, principalmente cada vez que la Administración lleva a cabo un trámite en el marco de un procedimiento y la Ley le exige una referencia temporal. Por ello resulta más adecuada la definición que se contiene en el artículo 4 de la LFE, que, al hablar de las garantías adicionales que pueden introducirse en el uso de la firma electrónica en el marco de las relaciones jurídico-administrativas, recoge como una de ellas la imposición de fechas electrónicas, entendiendo por tal “el conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados.”

El sellado de tiempo (notaría electrónica) se efectúa a través de una tercera parte confiable, y la hora oficial se toma del Real Instituto y Observatorio de la Armada (Real decreto 1308/1992; [www.armada.mda.es](http://www.armada.mda.es)), a través de cuya conexión se garantiza el mantenimiento de la hora oficial en los servidores conectados.

Finalmente, el artículo 35.1 de la LAE hace referencia al requisito de la neutralidad como exigencia de los modelos o sistemas electrónicos de solicitud disponibles para los ciudadanos en la sede electrónica de la Administración correspondiente. Esa misma neutralidad, no obstante, debe predicarse respecto de toda comunicación entre Administración y ciudadano, pues así se deriva de lo dispuesto en el artículo 4 i), que consagra el “principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas, garantizando

la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las administraciones públicas”, del cual se deriva la obligación de la Administración de utilizar estándares abiertos y, de forma complementaria, estándares de uso generalizado por los ciudadanos, y el consiguiente derecho del ciudadano a elegir entre los mismos [artículo 6.2 j)].<sup>12</sup>

Este es uno de los grandes retos tecnológicos que conlleva la implantación de la Administración electrónica, muy conectado con la cuestión relativa a la interoperabilidad. En el contexto de las TIC, la interoperabilidad es definida como “la capacidad de los sistemas basados en tecnologías de la información y la comunicación y de los procesos empresariales basados en ellos de intercambiar datos y permitir la puesta en común de información y conocimientos.”<sup>13</sup> La propia LAE reproduce esta misma definición en su anexo: es la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos. La interoperabilidad, pues, abarca tanto los medios técnicos en sí como los propios sistemas que utilizan esos medios.<sup>14</sup>

## 2.2. Iniciación

### 2.2.1. A instancia de parte y de oficio: el requisito del consentimiento

Como es de todos conocido, tal y como establece el artículo 68 de la LPC, los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada. La iniciación de oficio tendrá lugar mediante acuerdo del órgano competente, mientras que la iniciación a instancia de parte exige la presentación en el registro del órgano competente de la correspondiente solicitud con un determinado contenido y acompañada de los documentos requeridos por la normativa aplicable.

12. Sobre la cuestión relativa a la neutralidad, puede verse el artículo de A. Boix, “La neutralidad tecnológica como exigencia regulatoria en el acceso a los servicios administrativos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 16, 2007.

13. *European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services*, disponible en <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/3473/5887> (última fecha de consulta: 27/5/2009). Este documento pretende ser un instrumento definidor de los estándares y las líneas de actuación que las distintas organizaciones públicas han acordado o deben de acordar para interactuar las unas con las otras, con la finalidad de proveer servicios electrónicos centralizados a través de la interoperabilidad de servicios y sistemas entre las administraciones públicas y los ciudadanos.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *Interoperabilidad de los servicios paneuropeos de Administración electrónica*, COM (2006) 45 final, de 13 de febrero, adopta esa misma definición.

14. Sobre la interoperabilidad como instrumento imprescindible para la implantación de la Administración electrónica, *vid.* A. CERRILLO, “Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la Administración electrónica”, en *op. cit.*, *La Ley de Administración electrónica...*, p. 495 y ss.

La LAE regula la iniciación por medios electrónicos del procedimiento administrativo en su artículo 35, pero con una particularidad: solo menciona expresamente la iniciación a instancia del interesado. Efectivamente, este precepto dispone que “la iniciación de un procedimiento administrativo a solicitud del interesado por medios electrónicos requerirá la puesta a disposición de los interesados de los correspondientes modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica”. Esta omisión solo se entiende si se tiene en cuenta que el eje central de la Ley es el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y que, en consecuencia, toda relación entre unos y otras por estos medios exige manifestación de voluntad. Efectivamente, como ya ha sido anticipado, el artículo 27 de la LAE, en coherencia con el artículo 6, señala que los ciudadanos podrán elegir en todo momento la forma de comunicarse con la Administración, sea o no por medios electrónicos –salvo en los casos en que por ley se imponga el uso de los medios tradicionales o por reglamento se imponga el uso de los medios electrónicos–, y que su opción inicial no les vincula, de tal modo que a lo largo del procedimiento pueden optar por cambiar de medio. En consecuencia, las administraciones públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos “siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente.” Se requiere, pues, que el ciudadano manifieste, de forma activa o pasiva, su voluntad en el sentido de optar por la telemática como medio de relación con la Administración.

El modelo actualmente vigente en la Administración General del Estado es el de suscripción de procedimientos. El ciudadano, a través de la página web 060.es, puede consultar los procedimientos adaptados a la LAE y, previa identificación electrónica, suscribir aquellos en los que desea que sus relaciones con la Administración sean por medios electrónicos, con independencia de que los mismos se inicien de oficio o a instancia de parte.

Junto con ello, y en ausencia de suscripción de procedimientos, la presentación de una solicitud por medios electrónicos supone en sí misma manifestación de voluntad en este sentido. El consentimiento expreso, por tanto, guarda relación directa con los procedimientos iniciados de oficio –respecto de los cuales no ha existido suscripción previa–, en los que el órgano actuante, una vez dictado acuerdo de iniciación, deberá dirigirse al interesado por medios convencionales y requerirle si consiente el uso de medios electrónicos.

En consecuencia, a pesar de la omisión del artículo 35 de la LAE, debe entenderse que tanto los procedimientos que pueden iniciarse a instancia del interesado como los que pueden iniciarse de oficio se sustanciarán por medios electrónicos cuando el interesado haya solicitado o consentido expresamente el uso de los mismos.<sup>15</sup>

Ello, claro está, salvo en el caso de que por vía reglamentaria se haya establecido la obligatoriedad de comunicarse con la Administración por medios electrónicos, donde no será necesario consentimiento del administrado. Efectivamente, según lo dispuesto en el artículo 27.6 de la LAE, para los casos en que los interesados sean personas jurídicas o colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad técnica o económica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizado el acceso y la disponibilidad de las tecnologías precisas, es posible imponer el empleo de medios electrónicos para relacionarse con la Administración, algo que se hará por vía reglamentaria.<sup>16</sup> Es evidente que el empleo de las TIC en las relaciones administrativas contribuye a la eficacia y eficiencia de la actuación de la Administración, de ahí que resulte absolutamente razonable la previsión de tal posibilidad, siempre que concurra el requisito de la garantía de acceso a los medios electrónicos. Sin embargo, la invocación normativa de esta posibilidad debe hacerse con cautela. Por esta razón, debe entenderse que si el ciudadano, por el perfil al que pertenece, carece de las tecnologías necesarias, no podría ser obligado a utilizar las mismas en sus relaciones con la Administración.

15. A. PALOMAR OLMEDA, “Gestión electrónica de los procedimientos”, en *La Ley de Administración electrónica...*, op. cit., p. 422 y 425.

16. Ya existían precedentes sobre esta cuestión. La disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 24/2001, imponía el uso de medios telemáticos a las empresas en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido y las relaciones con la Seguridad Social. Aplicación de esta previsión es la Orden ITC/105/2007, de 25 de enero, por la que se desarrolla la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, para el ámbito del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

La Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona reconoce esta posibilidad, que deberá concretarse por decreto de alcaldía.

### 2.2.2. La necesidad de buenos formularios

A pesar del antiformalismo que caracteriza al Derecho administrativo, que permite que el procedimiento pueda iniciarse mediante la presentación de un simple escrito que únicamente ha de reunir una serie de datos de contenido, pero no de forma, el artículo 70.4 de la LPC exige a la Administración el establecimiento de modelos y sistemas normalizados de solicitudes “cuando se trata de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos”, modelos que deberán estar disponibles para los ciudadanos en las dependencias administrativas del órgano competente. Así pues, con el fin de facilitar la gestión de procedimientos comúnmente “utilizados” por los ciudadanos, la forma adquiere importancia. En desarrollo de esta previsión, el artículo 5 del Real decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de oficinas de registro, añade, a la obligatoriedad indicada en la LPC, la posibilidad de establecer modelos normalizados de solicitud “cuando se estime conveniente para facilitar a los ciudadanos la aportación de los datos e informaciones requeridos o para simplificar la tramitación del correspondiente procedimiento.” Dentro de este mismo ámbito territorial, el Real decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado, ha desarrollado esta previsión, determinando el contenido de los modelos normalizados de solicitud,<sup>17</sup> y exigiendo la publicidad de los mismos a través del BOE y su incorporación a un

catálogo que deberá ofrecerse al público permanentemente actualizado.<sup>18</sup>

Estos modelos normalizados de solicitud, tal y como indica el propio artículo 5.2 del Real decreto 772/1999, podrán integrarse en sistemas normalizados de solicitud que permitan la transmisión por medios telemáticos de los datos e informaciones requeridos, sistemas que deberán ser aprobados por orden del Ministerio correspondiente, previo informe favorable del Ministerio de Administraciones Públicas.

En línea con esta realidad, el artículo 35 de la LAE, como acaba de mencionarse, exige –con carácter básico– la puesta a disposición de los interesados, a través de la sede electrónica de la correspondiente Administración, de los preceptivos modelos o sistemas electrónicos de solicitud para hacer posible la iniciación del procedimiento a instancia de parte por medios electrónicos. Aunque parece totalmente lógico que así sea, el tenor literal de la norma es ciertamente restrictivo, pues parece dar a entender que no cabe iniciación a instancia de parte si no es mediante el uso del modelo normalizado determinado por la Administración. Así deberá ser en procedimientos concretos –los amparados por el artículo 70.4 de la LPC–, o en los casos en que con ello se facilite el trámite al administrado o se simplifique la tramitación, pero no en todos los casos, pues, de lo contrario, solo habrá posibilidad de iniciar un procedimiento por medios electrónicos cuando la respectiva Administración haya adaptado a la LAE el concreto procedimiento. Dicho sencillamente, ¿por qué no habilitar el sistema de registros electrónicos para permitir que a través del mismo sean presentados –y recibidos correctamente– no solo los formularios configurados por la Administración, sino cualquier solicitud? Bastará, en este sentido, si se opta por los

17. El artículo 8 del Real decreto determina que, junto con el encabezamiento, el título expresivo del objeto de la solicitud y los espacios para la fecha de entrada y de registro, aparezcan espacios para los datos del solicitante, los datos de la solicitud, los datos de notificación y el listado de documentos preceptivos que deben acompañar a la solicitud.

18. Resulta ciertamente desesperanzador comprobar cómo en la web del Ministerio de Administraciones Públicas (ahora Ministerio de Política Territorial, aunque la dirección electrónica del MAP se mantiene), en el apartado Servicios y en el subapartado Formularios, tras la indicación “Descárguese los formularios que necesite para cumplimentar distintos trámites”, aparecen solo referencias genéricas a los distintos documentos que puede emanar un órgano administrativo, incluyendo su denominación y su definición –y, por supuesto, sin posibilidad de descargar nada– y se omite toda información sobre formularios a disposición de los ciudadanos para poder sustanciar trámites ante la Administración. Véase <http://www.map.es/servicios/formularios.htm>.

Ejemplo de buena práctica es el caso del Gobierno de Aragón. En cumplimiento de lo dispuesto en la Orden de 30 de diciembre de 2008, del Consejero de Presidencia, por la que se crea el Catálogo de modelos normalizados de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración de la Comunidad de Aragón, no solo se ha puesto el mencionado Catálogo a disposición pública, sino que, además, es posible descargarse los formularios de iniciación de todos los procedimientos en él incluidos. Véase [https://servicios.aragon.es/desforc-web/filtro\\_busqueda.do?](https://servicios.aragon.es/desforc-web/filtro_busqueda.do?). En el Portal del Gobierno de Aragón aparecen los procedimientos clasificados por fecha de publicación en el Boletín Oficial de Aragón o por departamentos: <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/DGA/Catalogo>.

formularios, con poner a disposición de los ciudadanos un formulario absolutamente genérico al uso, donde el interesado haga constar sus datos, los hechos y razones de su petición, la concreta solicitud, y el órgano al que va dirigido el escrito.

Es la opción del artículo 22.1 de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, que, tras reproducir el primer apartado del artículo 35, en el sentido de declarar la obligatoriedad de poner a disposición de los ciudadanos los formularios electrónicos, añade que “para los trámites y procedimientos para los cuales no se haya establecido un modelo o sistema electrónico de solicitud específico, el Ayuntamiento de Barcelona se obliga expresamente a poner a disposición de los interesados un modelo o sistema electrónico de solicitud genérico”.

La razón de la insistencia en esta cuestión no es baidí. Bastará con la no habilitación del registro electrónico para la admisión de la solicitud que desee presentar el ciudadano, para que este se vea impedido en su derecho a optar por los medios electrónicos para iniciar un procedimiento administrativo, algo totalmente contrario al espíritu y al contenido de la LAE. La propia LPC es consciente de esta realidad, al permitir que, cuando se haga uso de modelos y sistemas normalizados de solicitud, los solicitantes puedan aportar adicionalmente “los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan”. La parquedad de la LAE, la taxatividad de su tenor literal y, sobre todo, la aplicación que se está haciendo de la misma por las diferentes administraciones<sup>19</sup> hacen especialmente importante resaltar esta necesidad, que deberá tener necesariamente su equivalente cuando se haga uso de medios electrónicos.

Esta exigencia es la que explica que el artículo 24.2 de la LAE, al regular los registros electrónicos, establezca que estos podrán admitir documentos electrónicos normalizados correspondientes a los servicios,

procedimientos y trámites que se especifiquen en la norma de creación del registro, pero también “cualquier solicitud, escrito o comunicación distinta de los mencionados en el apartado anterior dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro”,<sup>20</sup> previsión que hoy por hoy no se cumple en absoluto.

También en relación con los formularios, el primer apartado del artículo 35 exige la accesibilidad de los mismos sin restricciones tecnológicas. Así debe ser, en cumplimiento de los principios de accesibilidad a la información y a los servicios y de neutralidad tecnológica y adaptabilidad al progreso consagrados en el artículo 4, y en atención al derecho a la elección de las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración, que conlleva el uso obligado de estándares abiertos o, al menos, de uso generalizado por los ciudadanos [artículo 6.2 j)].

Además, se permite que, con el objeto de facilitar y promover su uso, el sistema normalizado de solicitud se ofrezca al interesado complementado en todo o parte. Así ocurre ya en la versión en papel de los modelos normalizados de solicitud, donde, por ejemplo, tal y como dispone el artículo 8 del RD 1465/1999, pueden aparecer impresos los hechos y las razones en que el ciudadano fundamenta su solicitud, siempre que sean homogéneos y uniformes para el concreto procedimiento y se permita al solicitante la posibilidad de modificarlos o realizar adiciones. La diferencia radica en que el uso de las TIC permite mayores posibilidades, como el propio artículo 35 de la LAE reconoce: no solo el formulario puede ponerse a disposición del interesado ya pre-complementado, sino que, además, pueden incluirse comprobaciones automatizadas de la información aportada cuando los datos se encuentran almacenados en bases de datos de la propia Administración actuante o, incluso, de otra diferente. Está claro que ello contribuye a facilitar la labor del ciudadano, y

19. Basta con visitar cualquier página web de titularidad de una administración pública para comprobar que, dentro del apartado trámites on line –o expresiones similares– aparece siempre un listado de procedimientos que pueden iniciarse por medios electrónicos, en número bastante inferior al de procedimientos que tramita esa Administración. Si bien es cierto que todas las administraciones territoriales tienen de plazo hasta el 31 de diciembre de 2009 para adaptar sus procedimientos para que puedan ejercerse en su seno los derechos consagrados en la LAE, no menos cierto es que, como permite augurar la proximidad de la fecha y la realidad actual, la situación cambiará poco a corto plazo.

20. El término “podrán” que emplea el precepto no debe entenderse en el sentido de que la LAE atribuye a las diferentes administraciones territoriales la posibilidad de decidir sobre los escritos y comunicaciones que admiten sus registros electrónicos, sino en el sentido de “estarán capacitados” o “estar habilitados”. Así se deduce de la conexión entre el registro electrónico de documentos y el derecho del administrado a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

permite aumentar la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa, pero debe insistirse en que los formularios nunca deben ser tan rígidos como para impedir modificaciones, adiciones o cualesquiera cambios que el interesado desee realizar.

### 2.2.3. La aportación de documentos adjuntos

El segundo apartado del artículo 35 establece que “los interesados podrán aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos” (se entiende, aquellos que se deban acompañar a la solicitud o que el ciudadano desee presentar como complemento a la misma). La fidelidad con el original se garantiza a través de la firma electrónica avanzada, sin perjuicio de que el órgano actuante pueda requerir al ciudadano el cotejo de original y copia, y, con carácter excepcional, ante la imposibilidad del cotejo, la presentación del original. Se reconoce de este modo la validez de las copias digitales de documentos que obran en poder del administrado, en coherencia con el artículo 46 de la LPC.

Sin embargo, el artículo 30 de la propia LAE, al regular las copias electrónicas, solo otorga el carácter de auténticas a las copias de documentos –hayan sido emitidos por el interesado o por la Administración– que obren en poder de la Administración, debidamente firmados y con sellado de tiempo.

Uno de los aspectos más importantes de la Administración electrónica es, sin duda alguna, el documento electrónico y el archivo electrónico de los documentos administrativos.<sup>21</sup> La LPC fue consciente de ello y reconoció en su artículo 46 la validez de los documentos administrativos electrónicos y de las copias electrónicas, otorgándoles la misma validez jurídica y eficacia que los documentos en papel.

La LAE, consciente además de la vinculación de esta cuestión con algunos de los derechos reconocidos a los ciudadanos administrados electrónicamente,<sup>22</sup> regula ampliamente tanto el documento electrónico como las copias electrónicas, en sus artículos 29 y 30.

Define el documento electrónico como la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado, y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Es el paquete de información (sea esta texto, gráficos, sonidos, imágenes, etc.). De este modo, soporte (electrónico), mensaje (información de cualquier naturaleza) e individualización (tratamiento diferenciado) se constituyen en la base de la definición de documento electrónico. En coherencia con ello, se reconoce la validez jurídica de los documentos emitidos por la Administración por medios electrónicos (insistiendo a tal fin en la necesidad de incorporar las firmas electrónicas correspondientes para garantizar la identidad del firmante del documento y autenticar su voluntad) y, como requisito adicional, se exige la inclusión de una referencia temporal, cuando la naturaleza del documento así lo requiera. Como puede comprobarse, la Ley intenta en todo momento garantizar que la versión electrónica del documento administrativo cumple con las exigencias aplicables al documento en papel.

Mayor atención aún se dedica a las copias electrónicas de documentos electrónicos emitidos por las administraciones públicas o por los propios interesados, otorgándoles la consideración de copias auténticas con eficacia jurídica plena.<sup>23</sup> No podía ser de otro modo si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con el soporte papel, las copias de los documentos electrónicos en nada se diferencian de su original. Para que esto sea así, no obstante, es preciso que las copias reúnan dos requisitos: que el documento original se encuentre en poder de la Administración (para poder comprobar su autenticidad); y que la información sobre firma electrónica y, en su caso, sellado de tiempo, permitan comprobar la coincidencia. De este modo, la autenticidad de la copia se obtiene sobre la base de la firma electrónica. La razón de esta exigencia es consecuencia necesaria de la imposibilidad de distinguir entre original y copia en la versión electrónica de los documentos;

21. Sobre los documentos electrónicos, véase el trabajo de F. J. SANZ LARRUGA, “Documentos y archivos electrónicos”, en *La Ley de Administración electrónica...*, op. cit., p. 455 y ss.

22. La regulación del documento administrativo electrónico está sin duda alguna relacionada con el derecho de acceso a la información por medios electrónicos.

23. La regulación de las copias electrónicas también está relacionada con algunos derechos de los ciudadanos, como es el derecho a la obtención de copias de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente o, incluso, con el derecho a no presentar documentos que obren en poder de las administraciones públicas, que deberán recabarlos por medios electrónicos.

con la firma electrónica y el sellado de tiempo se garantiza que ese nuevo documento es copia del original electrónico. Además, se atribuye también la consideración de copia auténtica a las copias de documentos administrativos en papel realizadas por medios electrónicos, así como a las digitalizaciones de documentos presentados por los ciudadanos en papel. Bastará con que se asegure la integridad y autenticidad y se garantice la conservación de la copia electrónica. Es la denominada compulsión electrónica, en la que el funcionario, en lugar de limitarse a cotejar el original en papel con la copia en papel presentada, realiza una copia electrónica del original en papel para incorporarla al expediente y procede a firmar la misma mediante un sistema de firma electrónica con el fin de garantizar su autenticidad.<sup>24</sup>

Sin embargo, el artículo 35.2 de la LAE no está haciendo referencia ni a copias de documentos que obren en poder de la Administración ni a copias de documentos aportados por los ciudadanos realizadas por la propia Administración, sino a copias digitalizadas de documentos, simplemente. La duda que se plantea es doble: en primer lugar, si esas copias pueden ser consideradas válidas a efectos de acreditar su contenido; en segundo lugar, si las mismas tendrán el carácter de auténticas. En mi opinión, tales copias son válidas, pero no podrán gozar del carácter de auténticas. Esto es lo que explica que el mencionado precepto habilite a la Administración para exigir su cotejo con el original y, en su caso, la exhibición del original. Solo entonces adquirirán tal carácter.

#### 2.2.4. El derecho de subsanación

Antes se hacía mención al riesgo que lleva aparejado la conexión de solicitudes de iniciación de procedimientos con sistemas de registro electrónico. Este riesgo se hace patente en relación con la posibilidad de subsanar las omisiones en que se haya incurrido en el momento de presentar una solicitud ante la Administración.

El artículo 71 de la LPC es claro al señalar que si la solicitud no cumple con todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable (falta de datos u omisión de documentos preceptivos) "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." En la práctica, el requerimiento para subsanación se ha convertido en una práctica habitual y, en cierto modo, en un derecho del administrado.

Sin embargo, en relación con los procedimientos iniciados a solicitud del interesado por medios electrónicos, están proliferando en exceso los sistemas y aplicaciones informáticas que admiten solo las solicitudes que estén totalmente completas, lo que, en la práctica, supone imposibilitar el ejercicio del "derecho de subsanación." Así debe ser cuando se trate de datos o de documentos que, por exigencia de la normativa aplicable, sean condición de admisión de la solicitud, pero no en el resto de los casos.

Además, como se verá a continuación, puede darse la circunstancia de que, durante la tramitación del procedimiento, el interesado desee aportar nuevos documentos o plantear alegaciones, o la propia Administración requiera al administrado a estos efectos, con lo que, si se ha optado por los medios electrónicos, deberá existir la posibilidad de remitirlos y aceptarlos por estos medios.

En definitiva, es tarea –y derecho– del ciudadano dirigir a la Administración cuantos datos y documentos considere precisos, y es labor de la Administración admitir unos y otros y tomarlos en cuenta en el momento de resolver la solicitud. No en vano, el artículo 89 de la LPC establece que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y las derivadas del mismo; de este modo, la finalidad del interesado es influir, mediante los datos y documentos que presenta, en esa resolución final, para que sea conforme a la petición por él planteada.

Ello lleva a la reivindicación de la necesidad de apertura permanente del sistema general de registro con capacidad para admitir cualquier tipo de solicitud en relación con procedimientos en tramitación, con el fin de hacer valer el principio de mantenimiento de las garantías consagrado en el artículo 4 de la LAE.

### 2.3. Instrucción

#### 2.3.1. Los requisitos básicos de la instrucción del procedimiento por medios electrónicos

Iniciado un procedimiento, su tramitación puede ser llevada a cabo por medios electrónicos. Aunque la tramitación del procedimiento administrativo tiene conse-

24. Véase, a modo de ejemplo, la Orden ITC/1475/2006, de 11 de mayo, sobre utilización del procedimiento electrónico para la compulsión de documentos en el ámbito del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

cuencias *ad extra*, y puede implicar a los interesados, a otros órganos administrativos o, incluso, a cualquier ciudadano, se trata principalmente de procesos de trabajo internos del órgano actuante. Esto explica la parquedad de la regulación por la LAE de la cuestión relativa a la instrucción del procedimiento por medios electrónicos y, además, que la misma no posea carácter básico.

La tramitación electrónica requiere de aplicaciones y sistemas de información que permitan la sustanciación de los diferentes trámites. Pues bien, el artículo 36 de la LAE exige que estos garanticen tres extremos: el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables de los procedimientos y la tramitación ordenada de los expedientes. El primero de ellos se consigue con el sellado de tiempo; el segundo, con la firma electrónica del órgano o de la Administración actuante; el tercero, con un diseño adecuado del programa utilizado. En realidad, estos requisitos son reiteración de lo exigido en otros preceptos –de carácter básico– de la Ley. Efectivamente, el sellado de tiempo es requisito para la validez del documento electrónico cuando la referencia temporal sea elemento esencial de la correspondiente actuación (artículo 29 de la LAE); las administraciones públicas deben utilizar sistemas de firma electrónica para su identificación por medios electrónicos y para la autenticación de los documentos electrónicos que produzcan (artículo 13.3 de la LAE); la prelación temporal de los expedientes en función del momento de su incoación se reconoce en el artículo 74.2 de la LPC, que también resulta de aplicación cuando la gestión del expediente se efectúa por medios electrónicos.

Asimismo, deberán tenerse muy presentes en el diseño y ejecución de los mencionados sistemas de información, los principios de simplificación administrativa y publicidad del procedimiento, cuestión esta última que conecta directamente con el derecho de acceso de los interesados a la información sobre el estado de tramitación del expediente, regulado en el artículo 37 de la LAE.

En cualquier caso, deberán habilitarse sistemas que permitan al administrado plantear alegaciones por medios electrónicos y a la Administración sustanciar el trámite de audiencia por estos mismos medios. La LAE simplemente afirma que, en tales casos, “se emplearán

los medios de comunicación y notificación previstos en los artículos 27 y 28 de esta Ley.” El primero de ellos regula las comunicaciones electrónicas, limitándose a definir los requisitos que deberán cumplir las mismas, pero sin hacer mención alguna a sistemas concretos. El segundo contempla las notificaciones electrónicas y tampoco se refiere a los distintos sistemas de notificación que pueden emplearse. Lo que en realidad quiere decir el artículo 36.3 de la LAE es que en el diseño de los sistemas que permitan sustanciar los trámites de alegaciones y audiencia por medios electrónicos, deberán cumplirse las condiciones que contienen los citados preceptos: constancia de la transmisión y recepción y del contenido del mensaje, identificación, sellado de tiempo y acreditación del conocimiento por el destinatario.

Por ello, hubiera sido más recomendable una regulación como la del artículo 25.2 de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, según el cual “los órganos administrativos deberán garantizar que los derechos de audiencia de las personas interesadas y de información pública a los ciudadanos y las ciudadanas se pueden ejercer a través de medios electrónicos, cuando proceda.”

### 2.3.2. Una grave omisión de la LAE: especial consideración al acceso a la información por medios electrónicos

El artículo 37 de la LAE, en coherencia con el reconocimiento del derecho de quienes tengan la condición de interesados a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación del procedimiento, declara la obligación del órgano encargado de la tramitación del procedimiento de poner a disposición del interesado “un servicio electrónico de acceso restringido donde este pueda consultar, previa identificación, al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, salvo que la normativa aplicable establezca restricciones a dicha información.” Esa información comprenderá en todo caso la relación de actos de trámite realizados, su contenido y la fecha en que fueron dictados.<sup>25</sup>

La mencionada obligación, sin embargo, solo se exige respecto de los procedimientos gestionados en

25. El artículo 25.4 de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona reconoce la posibilidad de hacer cumplir el derecho a conocer el estado de tramitación del expediente mediante la remisión por parte de la Administración municipal de avisos sobre el estado de tramitación, a las direcciones electrónicas de contacto indicadas por el interesado.

su totalidad por medios electrónicos. En cambio, para el resto de procedimientos simplemente se requiere que el servicio de información comprenda la fase en la que se encuentra el procedimiento y el órgano o unidad responsable.

Al conformarse simplemente con garantizar el acceso a la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, la LAE descuida la regulación de otras manifestaciones del derecho a la información de los ciudadanos, presupuesto imprescindible para la participación en el procedimiento administrativo y, más en general, en el ejercicio de la potestad administrativa. Es excesivamente parca la regulación de la posibilidad de plantear alegaciones y efectuar el trámite de audiencia por medios electrónicos, y se omite toda mención a la posibilidad de permitir la participación en el trámite de información pública por medios electrónicos, así como a la práctica de la prueba por estos medios.

No obstante, ello no significa en absoluto que la deficiente regulación impida el uso de los medios electrónicos en relación con los citados trámites. Al contrario, debe afirmarse que el derecho a hacer uso de los medios electrónicos en las relaciones con la Administración se proyecta sobre toda la actividad administrativa con efectos fuera de la esfera puramente organizativa, de tal modo que deberán habilitarse sistemas que permitan la citada posibilidad.

Modelo a seguir en este sentido es nuevamente la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del Ayuntamiento de Barcelona, cuyo artículo 4.1 f) reconoce el "derecho a participar en los procesos de toma de decisiones y en la mejora de la gestión municipal a través de medios electrónicos y de recibir respuesta a las peticiones y consultas formuladas." Además, en su artículo 6 bis j) consagra el principio de participación, que implica la obligatoriedad de la Administración municipal de promover el uso de los medios electrónicos en el ejercicio de los derechos de participación, tanto en el marco del procedimiento administrativo como, en general, en el ejercicio de la actividad administrativa.

Efectivamente, las TIC aportan nuevos medios para cumplir los mismos fines que tiene atribuidos el Derecho administrativo en el siglo XXI. En este sentido, uno de esos fines es, junto con la regulación del poder y del control de ese poder, la participación de los ciudadanos

en la toma de decisiones públicas. Las nuevas tecnologías, sin duda alguna, contribuyen al cumplimiento de este fin, pero ello exige una regulación decidida del acceso a la información por medios electrónicos.

Es más. Podría afirmarse, incluso, que el acceso a la información es el presupuesto inexcusable de la Administración electrónica: sin información no hay Administración electrónica, porque aquella es la premisa necesaria para que el ciudadano pueda relacionarse con la Administración para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas.

De hecho, esta afirmación se encuentra totalmente arraigada en la propia definición de Administración electrónica, varias veces reiterada en estas páginas: "uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes", con el fin de mejorar "los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas."

La LAE, en este punto, si bien contiene elementos que contribuyen a la participación por vía telemática, no ofrece una regulación expresa de esta cuestión (ni siquiera se incluye la participación entre los derechos del artículo 6), de ahí que considere que deba ser objeto de crítica en relación con este extremo.<sup>26</sup> La Administración electrónica debe servir no solo para la modernización de las estructuras administrativas y para la mejora de los servicios que presta a los ciudadanos, sino también para la democratización del poder público, algo que se consigue a través de la participación.

El acceso a la información, en general, y a la información por medios electrónicos, en concreto, es, pues, un reto aún pendiente de solución.

La idea se encuentra muy presente en el contenido del artículo 105 CE que, como es sabido, regula la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, el acceso a archivos y registros administrativos y la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo. En este sentido, podría afirmarse que el acceso a la información tiene su fundamento constitucional en este precepto, donde viene configurado como una obligación de la Administración y como un presupuesto para la participación, elementos imprescindibles para que podamos hablar de Estado democrático.

26. Y, desde luego, no basta con foros de participación como los que contiene la web del Ministerio de Administraciones Públicas sobre el 060, cuyo área de participación ciudadana ofrece temas de discusión (por cierto, muy poco empleados, como puede comprobarse en las respuestas a los temas planteados).

Pero no debe olvidarse, por otro lado, que el acceso a la información es también un instrumento necesario desde la óptica del principio de legalidad, en el doble sentido de influencia en la decisión administrativa final, durante su procedimiento de formación y de impugnación de la misma, cuando es contraria a Derecho. Por esta razón, puede afirmarse que también tiene su fundamento en este principio.

A pesar de la importancia de la información como premisa de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y del control de la legalidad de la actuación administrativa, carece de una regulación general y de una garantía constitucional fuerte. Se trata de una cuestión de pura configuración legal que queda en manos del legislador. Y ni el legislador de la Ley 30/92 ni el de la LAE han aprovechado para ofrecer esa regulación general. Hoy por hoy, por tanto, simplemente tenemos determinados preceptos que imponen ciertas obligaciones de información y consagran concretos derechos, pero no es posible hablar de un derecho general de acceso a la información por medios electrónicos. Sin embargo, sí debe afirmarse que se trata de una premisa para el ejercicio de derechos legalmente consagrados.

Efectivamente, debe tenerse muy en cuenta la existencia de concretos derechos de acceso a información específica, que tienen sus correspondientes pasivos en la obligación de la Administración de facilitar esa información.

A esta realidad responden los derechos, reconocidos en el artículo 6 de la LAE, a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en que se tenga la condición de interesado, o el derecho a obtener copias electrónicas de documentos electrónicos que formen parte del expediente o, en el caso de actividades de servicio, a obtener información sobre los procedimientos y trámites necesarios para el acceso y el ejercicio de estas actividades, sobre los datos de las autoridades competentes, los medios y condiciones de acceso a los registros relativos a presadores, o las vías de recurso en caso de litigio. Pero también las obligaciones de poner a disposición de los ciudadanos información sobre el titular de las sedes administrativas electrónicas o la posibilidad de formular sugerencias y quejas sobre el listado de solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse en los correspondientes registros electrónicos de cada administración, o el derecho del ciudadano a recibir la notificación de los actos administrativos que le tengan

por destinatario por medios electrónicos. La misma consideración puede realizarse respecto de la obligación consagrada en el artículo 42 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, de asegurar el acceso público a la información relativa a la actividad contractual de cada administración pública (el denominado Perfil del Contratante).

## 2.4. Resolución

El procedimiento administrativo puede terminar por desistimiento, renuncia al derecho en que se funde la solicitud, acuerdo o convenio, caducidad o, lo más habitual, resolución administrativa. Aunque la LAE no contiene mención alguna sobre la posibilidad de utilizar los medios electrónicos en relación con la terminación del procedimiento administrativo, está claro que cabe su empleo.

El artículo 38 simplemente establece que la resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos garantizará la identidad del órgano competente mediante el uso de algún sistema de firma electrónica de los contemplados en la Ley. El documento electrónico que contiene la resolución finalizadora del procedimiento, por tanto, deberá estar debidamente firmado por el órgano actuante, lo cual es perfectamente lógico. De hecho, se trata de una disposición totalmente prescindible, en cuanto que se deduce de otros preceptos de la LAE.

Lo verdaderamente relevante en relación con las resoluciones adoptadas en el marco del procedimiento, es que podrán ser adoptadas y notificadas de forma automatizada cuando así se prevea.

No en vano, de los diferentes retos que trae consigo la Administración electrónica, uno de los más importantes es el relativo a la construcción del concepto y del régimen jurídico de la actuación administrativa realizada íntegramente por medios electrónicos, sin intervención de persona física, denominada en la LAE actuación administrativa automatizada.

Se trata de una institución jurídica ya existente en nuestro ordenamiento con anterioridad a esta Ley. Efectivamente, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT), contempla en su artículo 96 –bajo el título de “Utilización de tecnologías informáticas y telemáticas”– el empleo por parte de la Administración tributaria de las nuevas tecnologías en el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus

competencias. Concretamente, en el tercer apartado de ese mismo artículo hace una mención directa a la posibilidad de adopción de decisiones de forma automatizada, al precisar que “cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada, se garantizará la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse.”

A pesar de que han transcurrido varios años desde la entrada en vigor de esta previsión normativa, ahora ampliada al conjunto de la actuación de las administraciones públicas, son muchas las cuestiones que quedan por resolver. Además, la LAE no se ha atrevido a ofrecer un mayor desarrollo de esta posibilidad, sino que se ha limitado simplemente a reproducir, si bien con alguna variación más o menos relevante, lo que ya se decía en la LGT.<sup>27</sup>

La letra a) del anexo de definiciones de la LAE (al cual hay que acudir en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, que remite a él para comprobar el sentido de las distintas expresiones contenidas en la Ley), define la actuación administrativa automatizada como “la actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular.”

Las palabras empleadas en el anexo no pueden ser más iluminadoras: la actuación administrativa automatizada es, desde la perspectiva de su naturaleza, actuación administrativa, es decir, actividad llevada a cabo por una administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa en función de las competencias que tiene encomendadas. La diferencia respecto a cualquier otra actividad realizada por medios convencionales radica precisamente en su fuente de producción. En este caso, la producción corresponde a un sistema de información programado y no a una persona física. Ahora bien, la ausencia de persona física no es total, sino “en cada caso singular”, esto es, en cada concreto supuesto en que se hace uso de ese sistema de información para desarrollar la correspondiente actuación administrativa exigida por el ejercicio de la potestad.

27. Llama la atención en este sentido que la exposición de motivos de la LAE no dedique ningún comentario a la actuación administrativa automatizada.

28. O, en todo caso, mixtos. Pensemos, por ejemplo, en la remisión de un documento solicitado por otra Administración, o en la notificación telemática. Se trata de actuaciones que implican –cuando se hacen por medios ordinarios– una actividad material (desplazamiento), actividad que, en su versión electrónica, supone desplazamiento, pero susceptible de ser asumido por la red. Aun así, desde el punto de vista formal, son actividades jurídicas.

Son, tanto ese carácter administrativo de la actuación como la inclusión del inciso “en cada caso singular”, elementos que confirman la imputación de su autoría a una administración y, con ello, la validez de la teoría del órgano y la validez del concepto clásico de acto administrativo.

Así pues, actuación administrativa automatizada es toda declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, plasmada en soporte electrónico, realizada por una administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa mediante el empleo de un sistema de información adecuadamente programado y adoptada en el caso concreto, sin necesidad de intervención de una persona física.

La consecuencia de esta definición es que la actuación administrativa automatizada, junto con los preceptos que integran el contenido de la LAE, se regirá por los recogidos en la LPC con carácter general para toda actuación administrativa.

El anexo de definiciones, tras definir qué se entiende por actuación administrativa automatizada, precisa que la misma “incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación.”

Está claro, pues, que la automatización de actuaciones administrativas no se refiere solo al momento decisorio, sino a todas las actuaciones administrativas que puedan darse en el marco de un procedimiento administrativo. Además, junto con lo anterior, también resulta manifiesto –como no podría ser de otro modo– que no cabe automatización del ejercicio de la potestad reglamentaria, dado que solo se habla de actos administrativos.

Sin embargo, es preciso ir más allá y concretar los límites en los que debe moverse la automatización de la actividad administrativa.

Un primer límite a las posibilidades de la actuación administrativa automatizada es el que se deriva del carácter de la actividad: aquella solo podrá ser empleada en el marco de la actividad administrativa formalizada, es decir, en el marco de un procedimiento administrativo, puesto que la máquina solo podrá llevar a cabo actuaciones jurídico-formales, y nunca aquellas otras que sean puramente materiales.<sup>28</sup>

El segundo límite y, sin duda alguna, el principal, es el que viene determinado por la naturaleza de la potestad ejercida.<sup>29</sup>

Tomando como referencia el concepto y el significado de la actuación administrativa automatizada, está claro que la mayor parte de sus posibilidades de aplicación se concentrarán en la adopción de actos administrativos de trámite<sup>30</sup> o, en todo caso, en relación con procedimientos sencillos,<sup>31</sup> en los que el sentido de la resolución viene determinado por la aplicación automática de unos parámetros ya delimitados y no hay margen alguno de desvío respecto de la resolución que hubiera adoptado el órgano administrativo por medios convencionales. Ello conduce a delimitar el marco del empleo de las TIC en el proceso decisorio al ejercicio de potestades regladas.

La pregunta que cabe plantearse es si cabe la actuación automatizada más allá de la actuación automática, en el sentido de reglada.<sup>32</sup> Unida a la misma, es posible añadir una segunda cuestión: dado que la actuación administrativa automatizada supone parametrizar los elementos configuradores de la decisión administrativa mediante la introducción de los criterios que la aplicación informática tendrá en cuenta y manejará para la adopción de la resolución, ¿puede ello

conllevar la transformación de potestades discrecionales en potestades regladas? O, dicho de otra manera, ¿resulta posible introducir en el programa informático que sirve de base a la actuación automatizada todas las eventuales variables que permiten adoptar la solución más acorde con el interés general en el caso concreto, sin necesidad de examinar las circunstancias específicas concurrentes en el mismo en el momento de aplicar la norma?

Es evidente que, si se circunscribe el ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada exclusivamente al campo de las potestades regladas, no ha lugar a la duda. Sin embargo, no debe descartarse el uso de sistemas de información en el ejercicio de potestades discrecionales en las que la discrecionalidad sea de baja intensidad. Me estoy refiriendo, en concreto, a la discrecionalidad técnica. No es difícil parametrizar en estos casos. Los méritos que reúne el aspirante a una plaza de funcionario público, o la puntuación que debe obtener una oferta para la adjudicación de un contrato administrativo, aun cuando son susceptibles de valoración por el órgano llamado a concretarlos, esa valoración, técnicamente hablando, puede ser llevada a cabo por una máquina en uso de una aplicación informática debidamente configurada. En consecuencia,

29. Muy bien lo expresa VALERO TORRIJOS, para quien, cuando el acto tenga carácter estrictamente declarativo o certificador, cabe admitir sin problemas su completa automatización, algo que no siempre ocurre cuando aquel posea efectos constitutivos de una relación jurídica, supuesto en el que habrá que tomar en consideración el carácter discrecional o reglado de la potestad. En su opinión, solo en este último caso cabe la automatización. *El régimen jurídico de la e-Administración...*, *op. cit.*, p. 74 y 75. En esta misma línea, LINARES GIL, "Identificación y autenticación...", *op. cit.*, p. 311 y A. PALOMAR OLMEDA, "Gestión electrónica de los procedimientos", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS J.: *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 433.

Para URIOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO, "la resolución automatizada de procedimientos administrativos habría de ser excepcional y debidamente justificada", lo que también les lleva a excluir esta posibilidad allí donde exista discrecionalidad y a limitarla, en consecuencia, a los supuestos reglados. No obstante, van más allá y señalan que esa misma exclusión debe tener lugar igualmente "en todos aquellos supuestos en que exista un elemento subjetivo, valoración o motivación en la actuación administrativa, pues en caso contrario, se estarían vulnerando los principios generales del procedimiento administrativo y, por otro lado, se produciría una rebaja en los derechos de los ciudadanos que no estaría amparada por la Ley 11/2007." "Los límites a la utilización del sello del órgano...", *op. cit.*, p. 8 y 9, respectivamente.

30. A modo de ejemplo, URIOS APARISI y ALAMILLO DOMINGO incluyen en su trabajo una serie de supuestos en que cabe el uso del sello de órgano. La mayor parte de ellos son actos de trámite: expedición de recibos de presentación de documentación por parte del registro electrónico; actos automáticos de impulso del procedimiento; actuaciones de comprobación; foliado automático de expedientes administrativos electrónicos; apertura y cierre de libros electrónicos; emisión de copias auténticas de documentos electrónicos; digitalización de documentos en soporte papel; actos de comunicación por medios electrónicos; migraciones y cambios de formato automáticos; o intercambio de datos entre administraciones en entornos cerrados. En realidad, solo mencionan un acto resolutorio: la expedición de certificaciones administrativas. "Los límites a la utilización del sello del órgano...", *op. cit.*, p. 10 y 11.

31. DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO, siguiendo a CERVANTES, "Regulación de la informática decisional...", *op. cit.*, p. 7.

32. La expresión "automática" en relación con el carácter reglado del acto es de LINARES GIL, para quien "mientras que la 'actuación automatizada' puede entenderse como la producción de actos administrativos (de trámite o resolutorios) mediante sistemas de información adecuadamente programados y sin la intervención directa en el acto concreto de una persona humana (informática decisional), la 'actuación automática' pretende enfatizar una actuación reglada sin margen de discrecionalidad administrativa", "Identificación y autenticación...", *op. cit.*, p. 306.

también cabría la automatización de la decisión en el ejercicio de una potestad administrativa discrecional cuando la libertad decisoria se concreta en criterios técnicos y no políticos.

Efectivamente, la discrecionalidad debe ser entendida como *modus operandi*:<sup>33</sup> el ordenamiento jurídico encomienda a un órgano administrativo en cuestión la realización de elecciones –políticas, científicas, técnicas, etc.– para la satisfacción del interés público, dentro de un ámbito de poder de decisión reconocido y atribuido por el propio ordenamiento, con el límite del respeto a la legalidad. Es, pues, un instrumento para el ejercicio de una función constitucionalmente encomendada.<sup>34</sup> De esta forma, la Administración posee libertad para valorar la concurrencia de los hechos que integran el supuesto de hecho habilitante de la norma, para decidir si, concurriendo el supuesto, actúa o no actúa (discrecionalidad de actuación) y, en caso afirmativo, determinar por cuál de entre las distintas alternativas legítimas opta (discrecionalidad de elección).<sup>35</sup> Por tanto, la discrecionalidad abarca no solo la elección de una consecuencia jurídica de entre las distintas posibles e igualmente legítimas, sino también la elección de los propios criterios determinantes de esa consecuencia jurídica.<sup>36</sup>

En cierto modo, dado que –insisto en ello– la discrecionalidad implica también la elección de los criterios que va a tener en cuenta el órgano administrativo actuante a la hora de decidir en ejercicio de la potestad que tiene encomendada, podría entenderse que la parametrización de la discrecionalidad técnica, en los supuestos en que resulte viable, supone adelantar esos

criterios del momento de la decisión al momento de la programación del sistema de información que se va a encargar de valorarlos. No hay, pues, transformación de potestad discrecional en potestad reglada, sino anticipación de una parte del ejercicio de la discrecionalidad y cambio en quien se encarga materialmente de la valoración de los criterios. La adopción de decisiones de forma automatizada en ejercicio de potestades de baja discrecionalidad es posible.

No debe olvidarse que la LAE consagra el principio de proporcionalidad en su artículo 4 g), principio que se traduce en la exigibilidad solo de aquellas garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Por su parte, el artículo 33.1 apuesta decididamente por el impulso de la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo, y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa, siempre que ello sea técnica y jurídicamente posible. La combinación de ambos principios actúa como instrumento de ruptura de las reticencias hacia la adopción de decisiones administrativas de manera automatizada.

En conclusión, la clave para la determinación del ámbito de aplicación de la actuación administrativa automatizada, en relación con la cuestión de la discrecionalidad, radica en el cumplimiento de dos presupuestos: de un lado, la inalterabilidad en la adopción de la decisión o, dicho en otras palabras, el manejo por parte del sistema de información de los mismos criterios utilizados por las personas físicas integrantes del órgano que tiene encomendada la competencia decisoria;<sup>37</sup> de otro, el respeto de todas y cada una de las

33. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997, p. 69. La autora entiende así la discrecionalidad como un instrumento a través del cual el órgano “realiza elecciones para la satisfacción del interés público dentro de un ámbito de poder de decisión reconocido y atribuido por el ordenamiento jurídico” (p. 80).

34. Y, como instrumento, posee carácter limitado en función de su ámbito de actuación y de su propio carácter instrumental. En este sentido, DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...*, op. cit., p. 59.

35. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 122.

Igualmente, M. BACIGALUPO, que define la discrecionalidad administrativa “como ‘margen de volición’ para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse”. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 116.

36. Así, M. BACIGALUPO, *ibidem*, p. 183.

37. Como muy bien expresa A. PALOMAR OLMEDA, la actuación administrativa automatizada, para ser válidamente emitida, debe “conseguir la representación gráfica y con una mínima seguridad de que el proceso de decisiones que se plasma en el programa contiene el conjunto de alternativas que se derivan de la aplicación de la norma en cuestión y que, por tanto, el proceso tecnológico no ha limitado el conjunto de interpretaciones sino que únicamente ha modificado al titular de dichas decisiones”. En otras palabras, solo ha de haberse producido un cambio en el aspecto operativo, pero no en el aplicativo. *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos...*, op. cit., p. 61.



garantías derivadas de los principios de legalidad, seguridad jurídica y defensa de los administrados. Siendo esto así, solo cuando exista discrecionalidad política o discrecionalidad técnica no parametrizable, le estará vedado a la Administración el uso de medios electrónicos en la adopción de su actuación administrativa sin intervención de persona humana.

En definitiva, deberá ser la concreta norma reguladora del procedimiento, que es la encargada de habilitar la automatización de la actuación administrativa, la que delimite su ámbito de actuación en atención a los criterios que acaban de ser expuestos.

### 3. Conclusión

La LAE constituye la apuesta más decidida del legislador español para conseguir la implantación definitiva de la Administración electrónica en nuestro país. Así lo pone de manifiesto la lectura de sus preceptos pero, sobre todo, su contenido de conjunto, que parte del reconocimiento del derecho subjetivo –invocable jurisdiccionalmente– a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, que constituye la gran novedad de la Ley y una novedad absoluta en el panorama del Derecho comparado. Como contrapartida del mismo, las administraciones públicas están obligadas a hacer uso de las TIC en sus procesos internos y en sus procedimientos administrativos.

No se trata de informatizar la Administración, sino de aprovechar la oportunidad para repensar procedimientos y formas de actuación, modernizando, pero también innovando, y desde un justo equilibrio entre técnica y Derecho.

Por esta razón, la cuestión relativa a la gestión del procedimiento por medios electrónicos no debe quedar en manos de la voluntad política, sino que ha de entenderse como un aspecto fundamental de la Administración electrónica, directamente conectado con el ejercicio de derechos, que tanto la LPC como la LAE reconocen a los ciudadanos. ■



# El registro electrónico

Domènec Sibina Tomàs

Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

- 1. El tránsito de la regulación de los registros para presentar en forma presencial solicitudes, escritos y comunicaciones, a la regulación del registro electrónico en la LAE**
- 2. Las funciones de los registros**
- 3. Breve síntesis de la regulación del registro electrónico en la LAE**
  - 3.1. La derogación expresa de los preceptos de la LRJPAC reguladores de los registros telemáticos, y régimen jurídico aplicable a los registros electrónicos existentes y a los de nueva creación
  - 3.2. El contenido, a vuela pluma, de los artículos 24, 25 y 26 de la LAE, todos ellos dictados al amparo del artículo 149.1.18 CE, salvo el artículo 24.4 de la LAE
- 4. La necesidad de contextualizar el registro electrónico en el marco de la legislación de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en el que debe integrarse el, aún hoy, régimen jurídico especial de las administraciones públicas electrónicas y la regulación especial del procedimiento electrónico administrativo común)**
  - 4.1. Determinar las normas con rango legal y las relaciones ordinamentales aplicables a los aspectos nucleares del objeto de estudio (en este caso, los registros electrónicos)
    - 4.1.1. El carácter de Ley especial de la LAE frente a la LRJPAC, respecto de la regulación del registro electrónico.
    - 4.1.2. La LRJPAC y la LAE son leyes generales respecto del resto del ordenamiento jurídico estatal, que regulan aspectos del régimen jurídico y del procedimiento administrativo. El carácter prevalente de la legislación estatal especial (por ejemplo, la contratación electrónica).
    - 4.1.3. La aplicación, con carácter supletorio, de los preceptos de la LAE que no se dictan al amparo del artículo 149.1.18 CE
  - 4.2. Los derechos reconocidos en la LRJPAC y en la LAE, y su relación con los registros electrónicos
    - 4.2.1. El carácter voluntario de la relación electrónica y las posibilidades de variar de medio de relación: el mantenimiento del consentimiento como criterio general para la relación electrónica y la obligación o no de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la relación electrónica. Su incidencia en los registros electrónicos.
    - 4.2.2. El derecho a la copia sellada y a acuses de recibo acreditativos de la relación electrónica realizada.
    - 4.2.3. El ejercicio electrónico del derecho a formular alegaciones y derecho a aportar documentos adicionales (a tener presente en la gestión de los registros electrónicos).
    - 4.2.4. El derecho a conocer electrónicamente el estado de los procedimientos, electrónicos o no.
    - 4.2.5. El derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las administraciones públicas
- 5. La necesidad de contextualizar el registro electrónico respecto de las novedades más transformadoras que aporta la nueva legislación de la Administración electrónica en la relación ciudadano-Administración pública, y en su organización y funcionamiento. En especial, la actuación administrativa automatizada**
- 6. La obligación de crear registro(s) electrónico(s) en las AAPP que integran el ámbito subjetivo de aplicación de la LAE**
- 7. La creación de un registro electrónico**
- 8. Los tipos de documentos que pueden admitir los registros electrónicos**
- 9. El funcionamiento de los registros electrónicos**
  - 9.1. La información, relativa al registro electrónico, que debe obrar en la sede electrónica del registro
  - 9.2. La emisión de recibos acreditativos de la presentación de documentos
  - 9.3. El cómputo de plazos

## Abreviaturas

LAE	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada parcialmente por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
LPA 1958	Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958.
ROF 1986	Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

## 1. El tránsito de la regulación de los registros para presentar en forma presencial solicitudes, escritos y comunicaciones, a la regulación del registro electrónico en la LAE

El registro electrónico regulado en la LAE (artículos 24, 25 y 26) es un registro administrativo, y dentro de esta categoría,<sup>1</sup> se circunscribe al concreto tipo de registro cuya función principal es la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones que se dirigen a las AAPP y que estas dirigen a los ciudadanos, entendiendo por AAPP las definidas en el artículo 2 de la LRJPAC y en el artículo 2 de la LAE. Este tipo de registro ya se regulaba en la LPA de 1958<sup>2</sup> y se regula en el artículo 38 de la LRJPAC, que establece sus elementos estructurales (mediante una norma de carácter básico, amparada en el artículo 148.1.18 CE). Este precepto atiende de manera principal el aspecto organizativo u orgánico del registro, que no es al que se ha prestado mayor atención desde la doctrina administrativista, más atenta a su funcionalidad respecto del procedimiento administrativo. Concretamente, la doctrina administrativista habitualmente examina el registro al ponderar, en el procedimiento iniciado a instancia de parte, las importantes consecuencias procedimentales y sustantivas

1. MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho administrativo. Tomo II. La actividad de las AAPP. Su control administrativo y jurisdiccional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, ISBN 84-8410-363-3, p. 36 a 63, clasifica los registros entre:

–los que sirven a la protección del tráfico jurídico privado (registro civil, registro mercantil, registro de la propiedad, registro de fundaciones, etc.), que denomina la Administración pública del Derecho privado;

–los que sirven para dar publicidad y en ocasiones capacidad de obrar a instituciones que canalizan el ejercicio de libertades públicas (el registro de confesiones religiosas, el registro de partidos políticos o el registro de sindicatos); y finalmente,

–los registros y ficheros de datos que se utilizan para llevar a cabo las relaciones jurídico-administrativas, que habitualmente comportan el conocimiento de datos de carácter personal y el sometimiento a la Ley orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos personales.

En relación a los registros administrativos de titularidad pública, conforman un abanico muy grande de instrumentos distintos, entre los que destacan los registros fiscales (del que el más importante, señala, es el que acredita el código de identificación fiscal de personas jurídicas y entidades, y el código de identificación fiscal de las personas físicas, además de toda clase de padrones registros para cada uno de los impuestos y tributos); las historias clínicas; los ficheros policiales; el registro central de penados y rebeldes; el registro de intereses de los cargos electos y los censos y registros profesionales.

Todos los registros administrativos solo tendrían en común, señala este autor, la regulación hecha a través de la Ley orgánica de protección de los datos personales sometidos a tratamientos automatizados.

2. Artículo 65 de la LPA 1958: "1.º En todo Ministerio u Organismo autónomo se llevará, para todas sus dependencias radicadas en un mismo inmueble, un único Registro, en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito, comunicación u oficio que sea presentado o que se reciba en cualquiera de dichas dependencias, y de los proveídos de oficio que hayan de iniciar el procedimiento cuando así lo acordare la autoridad que los adopte. 2.º Las dependencias centrales que radiquen en inmuebles distintos y las de ámbito territorial menor, llevarán su correspondiente Registro cada una de ellas. 3.º En la anotación del Registro constará, respecto de cada documento, un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de presentación, nombre del interesado u oficina remitente y Dependencia a la que se envía, sin que deba consignarse en el Registro extracto alguno del contenido de aquellos. 4.º En el mismo día en que se practique el asiento en el Registro General se remitirá el escrito, comunicación u oficio a la Sección o Servicio a que corresponda, que acusará el oportuno recibo."

ligadas con el deber de resolver que impone la LRJPAC a la Administración, que conlleva la presentación en el registro de la solicitud que lo inicia.

En el ámbito organizativo, del artículo 38 de la LRJPAC, es preciso destacar:

–Que el precepto diferencia entre el registro general de uno o varios órganos administrativos y los registros auxiliares del general, al que comunicarán toda anotación que efectúen (y, por tanto, ello conlleva, en principio, una numeración propia e independiente de los asientos que se practiquen en el registro auxiliar). Una vez practicados los asientos en el registro auxiliar, se vierte la información al registro general, lo que permitirá acreditar la totalidad de asientos practicados en ambos.

–Que la actividad de recepción y remisión de escritos y comunicaciones que realiza el registro se configura como un trámite: “Los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los escritos y comunicaciones, e indicarán la fecha del día de la recepción o salida (...) Concluido el trámite de registro, los escritos y comunicaciones serán cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas” (artículo 38. 2 de la LRJPAC). De hecho, en el procedimiento iniciado a instancia de parte, se trata del primer acto de trámite que se practica.

–Que los registros, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 38, deberán instalarse en soporte informático mediante un sistema que garantizará: a) la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra, y b) la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo.

Esta informatización del registro es ahora ya prácticamente una realidad en todas nuestras AAPP, a pesar de que la DA 2.ª de la LRJPAC estableció su implantación gradual al prever que sería efectiva en la forma y plazos que determinaran el Gobierno, los órganos de Gobierno de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, en función del grado de desarrollo de los medios técnicos de que disponían. Esta informatización de los registros ha comportado ya un cambio cualitativo y muy significativo en el funcionamiento de los registros.<sup>3</sup>

–Que los ciudadanos pueden presentar en los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado o a cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, y en las oficinas de Correos, las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a cualquiera de los órganos de las administraciones públicas (todo ello sin perjuicio de los convenios que se firmen con los entes locales para el uso, con la misma finalidad, de sus registros). Esto exige que estos registros hagan llegar posteriormente estas comunicaciones al órgano al que se dirigen.

–Que cada Administración pública establecerá los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus registros, y deberá hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas de registro propias o concertadas, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento.

La LRJPAC ha sido desarrollada en el ámbito autonómico mediante leyes de régimen jurídico y de administración de las CCAA. En algunas de ellas se regula el registro, y en lo que se refiere al plano organizativo que ahora planteamos, procederemos a destacar las normas siguientes:

–La Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (posterior a la entrada en vigor de la LAE), que regula los registros y archivos en los artículos 82 a 87. El artículo 82<sup>4</sup> establece, al igual que la LRJPAC, la existen-

3. Respecto a la importancia, matizada, de este cambio, DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, “Los registros administrativos, informáticos y telemáticos”, en la obra colectiva *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, coordinada por JESÚS PUNZÓN MORALEDA, 2005, ISBN 84-8406-672-X, p. 139.

4. Artículo 82. Registros. “1. En todas las consejerías de la Junta de Andalucía existirá un registro general y los registros auxiliares que se establezcan. Asimismo, en las agencias administrativas, en las delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, en las delegaciones provinciales de las consejerías y en los órganos de ámbito inferior a la provincia que, en su caso, se creen existirá un registro general o un registro de carácter auxiliar. Reglamentariamente se establecerán los días y horarios en que deberán permanecer abiertas las oficinas de registro dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía. 2. Los registros generales de los ayuntamientos actuarán como registros de entrada para la recepción de documentos dirigidos a la Administración de la Junta de Andalucía.”

cia de los registros generales y auxiliares, y prevé la singularidad de que los registros generales de los ayuntamientos actuarán como registros de entrada para la recepción de documentos dirigidos a la Administración de la Junta de Andalucía. A su vez, el artículo 83 regula los registros telemáticos (terminología ya no utilizada en la LAE), que estarán habilitados para la recepción o transmisión de documentos electrónicos relativos a los procedimientos, las actividades o los servicios contemplados en las disposiciones autonómicas que establezcan la tramitación telemática de los mismos (no se trata del sistema de registros electrónicos que prevé el artículo 24.3 de la LAE, cuando establece: "... en cada Administración pública existirá, al menos, un sistema de registro suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública"). El artículo 85 diferencia el registro del libro de sugerencias y reclamaciones ("En todas las consejerías, delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, delegaciones provinciales de las consejerías y agencias estará a disposición de la ciudadanía un libro en el que podrán formularse sugerencias o reclamaciones, sin que estas últimas tengan el carácter de recurso administrativo.")

–La Comunidad Autónoma de Asturias aprobó la Ley 2/1995, de 13 marzo, del régimen jurídico de la Administración de Asturias, en la que también diferencia entre registros generales y auxiliares.<sup>5</sup>

–La Comunidad Autónoma de Illes Balears aprobó la Ley 3/2003, de 26 de marzo, del régimen de la Administración de las Illes Balears, que no regula de manera específica el registro, sin perjuicio de referirse a él cuando regula el derecho de presentar documentos.<sup>6</sup> En el mismo sentido, la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de Navarra<sup>7</sup> (ello sin perjuicio de que se regule el registro electrónico en el artículo 5 de la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la implantación de la Administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra).

–La Comunidad Autónoma de Cantabria aprobó la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de régimen jurídico de Gobierno y Administración de Cantabria, que prevé un registro general, adscrito a la Consejería de Presidencia, y registros auxiliares del anterior, dependientes de la Secretaría General de cada Consejería (artículo 105). Asimismo, ha aprobado el Decreto 152/2005, de 9 diciembre, de la Carta de Derechos de la Ciudadanía.<sup>8</sup>

5. Artículo 8. Registros. "1. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación básica del régimen jurídico de las administraciones públicas, cada una de las consejerías que integran la Administración del Principado llevará su propio registro de documentos, con independencia de la existencia de un registro general. 2. Asimismo, en cada Consejería se podrán crear registros propios en aquellos órganos administrativos que, por razón de su ubicación física o especialidad de sus funciones, así lo exijan para facilitar a los ciudadanos la presentación de escritos. Dichos registros serán auxiliares del registro de la Consejería respectiva al que comunicarán toda anotación que efectúen. 3. (...) 5. La relación de oficinas de registro propias de la Administración del Principado de Asturias, así como la relación de oficinas de registro concertadas y sus sistemas de acceso y comunicación y horario de funcionamiento, se hará pública por Resolución de la Consejería competente."

6. Artículo 37. Derecho de presentación de escritos y documentos. "1. Cualquier ciudadano tiene derecho a presentar escritos y documentos en cualquier registro dependiente de la Administración autonómica, así como a obtener constancia de dicha presentación. Los encargados de los registros no podrán limitar o impedir la presentación por razones formales o derivadas del contenido del escrito, salvo en el caso de que del mismo documento no puedan extraer la información mínima necesaria para su tramitación."

7. El artículo 9 ("Presentación de documentos") de la Ley Foral 15/2004 establece que: "1. Cualquier ciudadano tiene derecho a presentar, previa acreditación de su identidad, escritos y documentos en cualquier registro dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, así como a obtener constancia de dicha presentación. 2. Los encargados de los registros no podrán limitar o impedir la presentación por razones formales o derivadas del contenido del escrito. En el caso de que del documento no se pueda extraer la información mínima necesaria para su tramitación, lo pondrán en conocimiento del interesado, y si este no subsanara la carencia, podrán rechazar la admisión del documento, haciéndolo constar, en su caso, en el documento en cuestión. 3. Los órganos administrativos que por error reciban instancias, peticiones o solicitudes de los ciudadanos darán traslado de las mismas al órgano o unidad que resulte competente para conocer de dichos documentos. 4. Los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya obren en poder de la Administración de la Comunidad Foral. A tal efecto, los ciudadanos podrán identificar el expediente en el que se halle el documento; pudiendo igualmente los órganos competentes requerir a los interesados con tal fin."

8. Esta Carta establece, entre otros derechos, el de acceder a los registros y archivos públicos, con las limitaciones legalmente establecidas y sin vulnerar el derecho a la intimidad de las personas (artículo 1.5 del anexo del Decreto); obtener en cualquier oficina de registro una copia compulsada, previo cotejo con el original, de cualquier documento que deba presentar ante la misma, independientemente de cuál sea la Administración que lo hubiera expedido (artículo 1.6 del anexo del Decreto); presentar en cualquier registro de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria documentos dirigidos a cualquiera de sus órganos, a la Administración General del Estado, a cualquier Comunidad Autónoma o a una entidad local (artículo 1.7 del anexo del Decreto).

–La Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña. En los artículos 68 a 73 se regulan los registros comunes (que se configuran como el registro general de la Comunidad Autónoma) y las oficinas de gestión unificada. En los registros comunes se admitirán las peticiones e instancias que se dirijan a cualquier Departamento de la Administración de la Generalidad, a sus organismos autónomos y, si procede, a los entes locales, y los tramitarán al destinatario dentro del plazo de cuarenta y ocho horas (artículo 69.2).<sup>9</sup> La Ley 13/1989 exige que se creen tantas oficinas de gestión unificada como procedimientos complejos haya establecidos y así lo aconseje el volumen o la incidencia económica y social de estos (artículo 70). A su vez, las oficinas de gestión unificada, con relación a dichos procedimientos, ejercerán la función de oficina de registro, se encargarán del seguimiento de expedientes y proporcionarán información a los interesados, y sustituirán, además, a los órganos tradicionales de gestión, si el Decreto de creación no lo dispone de otra forma (artículo 71).<sup>10</sup>

–La Comunidad Autónoma de Murcia, en la Ley 1/1982, de 18 de octubre, del Gobierno y Administra-

ción pública de Murcia, estableció un sistema complejo de registros,<sup>11</sup> que intenta resolver el artículo 32 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de la organización y régimen jurídico de la Administración de Murcia, que crea un sistema unificado de registro (según indica la norma, para la debida constancia de cuantos escritos o comunicaciones se reciban o expidan por la Administración pública de la Comunidad Autónoma, existirá un sistema unificado de registro, que contará con las unidades necesarias para hacer real y efectivo el principio de proximidad a los ciudadanos).

En el ámbito estatal y autonómico, las leyes generales de régimen jurídico y procedimiento administrativo que hemos reseñado se limitan a prever, en el plano organizativo, la existencia de una o varias unidades administrativas que realizan el doble trámite de: a) recibir documentos y entregar el recibo de la recepción de los mismos, y practicar el asiento de entrada, para remitirlos al órgano que corresponda, y b) practicar el asiento de salida de los documentos para cursarlos luego a sus destinatarios. Entre estas unidades se diferencia entre el registro general (que en la LRJPAC se refiere al registro del órgano y en las leyes autonómicas a la Administración autonómica) y los registros auxiliares.

9. Como régimen de estos registros se prevé: a) que la entrada de un documento en el registro común producirá los mismos efectos, en cuanto al cómputo de plazos, que la entrega directa al órgano o ente que sea el destinatario (artículo 69.3) y b) que cada uno de los registros comunes tendrá una oficina de información, con las funciones que se establezcan reglamentariamente (artículo 69.4).

10. Un ejemplo de la organización de estas unidades de gestión unificada en la Generalidad es la Oficina de Gestión Empresarial, que depende orgánicamente de la Secretaría General del Departamento de Innovación y Empresa. La información sobre esta Oficina, accesible desde <http://www.gencat.cat/oge/index.html> stoe

Un ejemplo, desde el punto de vista conceptual, y nacido en el ámbito de la colaboración interadministrativa y las cámaras de comercio, es la ventanilla única empresarial (que es una iniciativa conjunta de todas las administraciones públicas –Administración General del Estado, las comunidades y ciudades autónomas, las administraciones locales– y las cámaras de comercio), que puede consultarse en <http://www.ventanillaempresarial.org/>

Hasta el momento se han abierto treinta y una ventanillas únicas empresariales, en Valladolid, Palma de Mallorca, Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas de Gran Canaria, Madrid, Getafe, Burgos, Murcia, Oviedo, Zamora, Navarra, Segovia, Toledo, Sevilla, Valencia, Ávila, Zaragoza, Cartagena, Salamanca, Ciudad Real, Albacete, Miranda de Ebro, Cuenca, León, Santander, Guadalajara, Ceuta, Melilla, Palencia, La Rioja - Logroño y Soria.

Sus objetivos son:

a) Facilitar la tramitación, acercando la Administración al ciudadano. En un solo espacio físico, es posible realizar los trámites necesarios para la puesta en marcha de una empresa cuya competencia corresponde a: Hacienda, la Tesorería de la Seguridad Social, la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento.

b) Informar y orientar al emprendedor. El emprendedor recibe un asesoramiento integral en los diversos aspectos que comporta la creación de una empresa: sobre los trámites necesarios para la constitución de empresas, sobre las posibles formas jurídicas, los medios de financiación, las ayudas y subvenciones públicas para la creación de empresas y el autoempleo.

La organización se estructura en tres áreas sucesivas de atención al emprendedor (información y direccionamiento, asesoramiento y tramitación), que satisfacen las demandas de información y de tramitación. Técnicos expertos en cada materia se encargan de asegurar la agilidad en la realización de los trámites y un servicio de asesoramiento personalizado.

En cuanto a la información para crear una empresa, puede accederse a:

[http://www.060.es/060\\_empresas/crear\\_una\\_empresa/Tramites\\_Administrativos-ides-idweb.html](http://www.060.es/060_empresas/crear_una_empresa/Tramites_Administrativos-ides-idweb.html)

11. Artículo 26.2: "Sin perjuicio del registro existente en cada Consejería, toda instancia o escrito dirigido a cualquier órgano de la Administración regional, podrá presentarse en la Consejería de Presidencia."

Estas normas permiten observar que en la relación con la Administración de manera presencial y en base a documento de papel, la sede física del registro articula todas las cuestiones organizativas, en especial la tan reiterada previsión en las normas reseñadas de un registro general y de registros auxiliares. Esta sede física también explica la regulación de las oficinas de gestión unificada (que se dotan de registro propio), en la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña (hoy superadas por la "posibilidad" de una ventanilla única electrónica<sup>12</sup> y la "posibilidad" de tramitar electrónicamente, y de manera coordinada, los procedimientos a que se refiere la Ley indicada).

De hecho, la sede física y la necesidad de actuar de manera presencial también explican la regulación del apartado 4 del artículo 38 de la LRJPAC y, de manera singular, su previsión de que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones públicas puedan presentarse en los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a cualquier Administración de las comunidades autónomas, y en las oficinas de Correos.

Hasta la generalización de la utilización de las técnicas informáticas, la organización y funcionamiento del registro gira entorno a los problemas que genera su

sede física. El primer paso para simplificar los problemas que genera la existencia de distintas dependencias lo establece la LRJPAC, al obligar a instalar los registros en soporte informático, que ya permite la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo. Una vez generalizado el uso de las tecnologías de la información, se simplifica aún más la relación entre el registro general y los auxiliares, y se diluye su diferencia, porque pueden operar a efectos de numeración y asientos como un único registro,<sup>13</sup> adoptando las necesarias cautelas que garanticen, en caso de caída o error del sistema que interrelaciona los registros, el derecho de los ciudadanos a presentar documentos y a obtener la copia sellada de los que han presentado, o a su cotejo.

De alguna de estas normas se deduce la estrecha relación entre el registro y los puntos de información. Así, el artículo 69.4 de la Ley catalana 13/1989 establece que cada uno de los registros comunes tendrá una oficina de información, con las funciones que se establezcan reglamentariamente. Esta información en el registro, la puerta de entrada de los documentos a las AAPP, es importante para el ciudadano, que sabrá la forma de actuar, pero también para las AAPP, que actúan con mayor eficacia si se realiza un filtro de calidad en las peticiones y documentos presentados.

12. Una explicación al respecto se puede encontrar en PINTO MOLINA, María y GÓMEZ CAMARERO, Carmen, *La ciberadministración española en la sociedad de la información. Retos y perspectivas*, Editorial Trea, 2004, ISBN: 978-84-9704-121-8, p. 243.

El proyecto ventanilla única I se inició con Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de abril de 1997 (BOE de 14 de abril), para la progresiva implantación de un sistema intercomunicado de registros entre la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, y abogó por la conversión de los registros de las administraciones públicas en auténticas "ventanillas únicas" de acceso al conjunto de prestaciones y servicios públicos, independientemente de cuál sea en cada caso la Administración competente. Tal mandato implicó, desde el punto de vista técnico, la puesta en marcha de un importante proyecto, cuyas funcionalidades clave se resumen en los siguientes apartados:

Interconexión y transmisión de asientos registrales y, en su caso, de documentos completos entre las distintas unidades registrales de las administraciones públicas que hayan firmado o se hayan adherido a los convenios marco de colaboración.

Acceso, desde cualquier punto remoto, a las bases de datos públicas y a cualquier otra información de interés para los ciudadanos que proceda de cualquiera de las administraciones públicas.

Posibilidad de realización de trámites administrativos (simples, complejos y de tramitación compartida) desde el lugar de trabajo del ciudadano o incluso desde su hogar.

El día 8 de noviembre de 1997 se publicó en el BOE la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento que anunciaba, por el procedimiento abierto de concurso, la consultoría y asistencia para la puesta en marcha del proyecto piloto "Ventanilla Única" de la Acción PISTA (Promoción e Identificación de Servicios Emergentes de Telecomunicaciones Avanzadas) en el sector de las administraciones públicas.

En el año 2000, el Secretario de Estado para la Administración pública dictó Resolución de 15 de febrero de 2000 nombrando al Grupo de Usuarios que participaron en el Proyecto PISTA.

13. El artículo 4 de la Ordenanza reguladora de la organización y el funcionamiento del registro de la Diputación Provincial de Zamora y del registro electrónico, establece que "el registro general y los registros auxiliares estarán instalados en soporte informático, sobre una base de datos única para todos ellos, debiendo estar garantizada su plena interconexión, así como la integración automática en el Registro General de las anotaciones que efectúen los registros auxiliares, estableciéndose una numeración única de los asientos en función del orden temporal de recepción o salida." La Ordenanza fue aprobada el 15 de octubre de 2008, y es accesible desde <http://www.diputaciondezamora.es/index.asp?MP=8&MS=150&MN=2&TR=A&IDR=1&iddocumento=756>

En el ámbito local, el ROF 1986, de aplicación supletoria en caso de inexistencia de norma autonómica o local, regula el registro general de la entidad local en los artículos 151 a 162. Este Reglamento establece que: a) en todas las entidades locales habrá un registro general para que conste la entrada y salida de todos los documentos que tengan como destinatario o expida la entidad local; b) la existencia de un único registro general se entenderá sin perjuicio de su organización desconcentrada, adaptándolo a las características de la organización de los servicios de la entidad local; c) toda persona que presente un documento en el registro podrá solicitar recibo gratuito donde conste día y hora de presentación, número de entrada y sucinta referencia del asunto o, alternativamente, si lo solicita, una copia sellada del escrito presentado, y d) si el documento presentado a registro no reuniera los datos exigidos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, se requerirá a quien lo hubiera firmado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, se archivará sin más trámite.

Son diversas y numerosas las ordenanzas locales que regulan el registro previsto en el artículo 38 de la LRJPAC,<sup>14</sup> las que regulan el registro general y el electrónico de manera conjunta y las que regulan el registro electrónico (a las que haremos referencia a lo largo del trabajo). Entre estas ordenanzas, en las más recientes se constata que las nuevas tecnologías de la información superan las limitaciones de las sedes físicas diferenciadas del registro general presencial y desdibujan la diferencia entre registro general y registros auxiliares.<sup>15</sup>

Antes de la aprobación de la LAE, este marco general se completaba con la regulación, ahora derogada por la LAE, de los registros telemáticos en el apartado 9 del artículo 38 de la LRJPAC. De acuerdo con lo que establecía el artículo 38.9 de la LRJPAC, los registros telemáticos debían respetar las exigencias previstas para los registros administrativos, es decir, debían garantizar la constancia, en cada asiento que se practicara, de un número, epígrafe extensivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procediese, y persona u órgano administrativo al que se enviara, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registrara (LRJPAC, artículo 38.3).

Desde la perspectiva de las limitaciones a que se encontraban sujetas las actuaciones que se podían realizar a través de los registros telemáticos, el artículo 38.9 de la LRJPAC estableció dos: la primera, de carácter subjetivo, puesto que solo se podrán realizar actuaciones en el registro que corresponda a la competencia del órgano o entidad que lo ha creado, y la segunda, desde una perspectiva objetiva, que los procedimientos y trámites que admitían la comunicación telemática debían haberse especificado previamente en la norma de creación del registro. Como veremos, la LAE mantiene la primera limitación, pero no la segunda.

La regulación contenida en la LRJPAC conllevó que los registros telemáticos creados durante la vigencia de su artículo 38.9 se configuren como registros auxiliares (con una numeración y asientos propios diferenciados) y especializados (para concretos procedimientos con modelos normalizados de solicitud, una posibilidad prevista con carácter general en el artículo 70.4 de la

14. A modo de ejemplo, citaremos dos, que regulan de manera conjunta el registro general y el registro electrónico. Una es la Ordenanza citada en la nota anterior, de la Diputación de Zamora, y la otra, la Ordenanza reguladora del funcionamiento del Registro General de la Diputación Provincial de Ciudad Real, de su Sección de Registro de Proposiciones de Licitadores, y de la creación y regulación de un Registro Auxiliar Electrónico, aprobada en la sesión plenaria ordinaria de 27 de febrero de 2009 (publicada en el BOP de Ciudad Real de 9 de marzo de 2009, [www.dipucr.com](http://www.dipucr.com)).

15. El artículo 1 de la Ordenanza de la Diputación de Ciudad Real define el registro del siguiente modo: "El Registro General de la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real se corresponde con el registro previsto en el artículo 38.1 de la LRJPAC, y surte los efectos previstos en el mencionado artículo y resto de disposiciones aplicables. El registro se llevará en sistema electrónico y tendrá carácter único, sin perjuicio del acceso indistinto de los documentos a través de las unidades desconcentradas y auxiliares que puedan existir."

El artículo 3 de la Ordenanza de la Diputación de Zamora establece: "*Registro General y Registros Auxiliares*. 1. La Diputación Provincial de Zamora dispone de un sistema automatizado de Registro General, único y común para todos sus servicios y centros dependientes, en el que se hará constar la entrada de los documentos que se reciben y la salida de los que se despachan definitivamente. 2. La existencia de este Registro General único se entiende sin perjuicio de su organización desconcentrada en los registros auxiliares que se establecen en la presente Ordenanza. 3. Los registros auxiliares serán en todo caso atendidos por el personal del Servicio o Centro donde se hallen ubicados. 4. Tanto el Registro General como los registros auxiliares dependen funcionalmente del Jefe del Servicio de Actas y Registro General y, en última instancia, del Secretario General de la Diputación Provincial, como directores del Registro único."

LRJPAC). Esta sigue siendo en la práctica la configuración de los registros que se crean una vez aprobada la LAE, pero no se corresponde con el diseño legal, ni con la conformación final de los registros electrónicos, que conllevará el reconocimiento pleno del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración (disposición final tercera de la LAE).

## 2. Las funciones de los registros

Antes de adentrarnos en la regulación de la LAE, nos detendremos en la función del registro (del general y del electrónico) y en su consideración como unidad administrativa u órgano administrativo que de ello se deriva.

Las funciones que, de acuerdo con la LRJPAC, como mínimo, debe realizar el registro son:

–La recepción, y la anotación del asiento de entrada, de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se dirijan a cualquiera de los órganos de las administraciones públicas (en el caso de la AGE y de las CCAA) y de los dirigidos a los órganos de los entes locales titulares del registro y a las AAPP con las que estos entes hayan suscrito convenio.

–La anotación del asiento de salida de los escritos y comunicaciones de los órganos de la propia Administración titular del registro que se dirigen a terceros.

–La expedición de recibos acreditativos de la presentación en el registro de las solicitudes, escritos y comunicaciones.

–La remisión de los escritos y comunicaciones a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes.

–La expedición de copias selladas de los originales presentados en el registro y la realización de los cotejos, y la expedición de las copias compulsadas, para dar cumplimiento al apartado 5 del artículo 38, que establece que: “Para la eficacia de los derechos reconocidos en el artículo 35 c) de esta Ley a los ciudadanos, estos podrán acompañar una copia de los documentos que presenten junto con sus solicitudes, escritos y comunicaciones. Dicha copia, previo cotejo con el original por cualquiera de los registros (...), será remitida al órgano destinatario, devolviéndose el original al ciudadano. Cuando el original deba obrar en el procedimiento, se entregará al ciudadano la copia del mismo, una vez sellada por los registros mencionados y previa comprobación de su identidad con el original.”

Las funciones que la LAE asigna a los registros electrónicos coinciden en lo relativo a “la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones” (artículo 24.1 de la LAE), y por ello la disposición de creación de este tipo de registros debe establecer la clase de documentos (tasados o no) que admitirá el registro en cuestión, información que, debidamente actualizada, habrá de facilitarse obligatoriamente en la sede electrónica de acceso al registro (artículo 25.2 de la LAE). La función de recepción de documentos es la principal de los registros electrónicos, pero no la única. Dispersas por la LAE se encuentran otras funciones que igualmente se encomiendan a estos registros, como son la de expedición de recibos de la presentación de los referidos documentos (artículo 25.3 de la LAE), o la de anotación de los asientos de entrada al registro (la atribución de esta función se deduce del artículo 25.3 de la LAE, que establece que los recibos de presentación tendrán que incluir “el número de entrada de registro”, e implícitamente, el de los asientos de salida).

El núcleo de funciones común de ambos tipos de registro es la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones, y la anotación de los asientos de entrada y salida. La diferencia de funciones atribuidas en la LRJPAC a los registros en general y en la LAE a los registros electrónicos, se circunscribe:

a) Los registros electrónicos solo admiten documentos (electrónicos) dirigidos a órganos de la Administración titular del registro;

b) Sin perjuicio de que deba existir un sistema de registro suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones electrónicas dirigidos a cada Administración pública, el resto de registros electrónicos pueden establecer de manera tasada los documentos electrónicos normalizados que admiten y los procedimientos respecto de los que cabe presentar estos documentos;

c) El recibo que se libra de la recepción de los documentos (electrónicos) tiene un contenido más amplio (el recibo no consiste en una copia sellada, sino en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro);

d) Los registros electrónicos (salvo en el caso de los registros previstos en el artículo 24.2 de la LAE, en los que la norma de creación solo permite presentar concretos documentos electrónicos normalizados) deberán admitir los documentos que se acompañen a la solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los

estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad, y también deberán generar recibos acreditativos de la entrega de estos documentos, que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados (artículo 25.4 de la LAE).

e) Este último extremo puede ser objeto de interpretación en el sentido que hemos indicado: que el artículo 24.2 a) de la LAE, al establecer el tipo de registro electrónico que solo admite de manera tasada los documentos electrónicos normalizados, cumplimentados de acuerdo con formatos preestablecidos, y operativos para los concretos procedimientos previstos en su norma de creación, excluye para estos registros la presentación de los documentos que prevé el artículo 25.4 (que podrán presentarse en el sistema de registros electrónicos que cada Administración pública debe habilitar para admitir todo tipo de documentos electrónicos que se le dirijan, o en los registros que

específicamente lo prevean); o, alternativamente, interpretar que el artículo 25.4 es la réplica en el procedimiento electrónico del artículo 70.4 de la LRJPAC, y que todos los registros electrónicos deben admitir los documentos que se acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación. Volveremos a ello en el apartado en que examinamos la obligatoriedad, o no, de utilizar modelos electrónicos normalizados en la relación electrónica, pero ya podemos advertir que: a) entre las ordenanzas que regulan registros electrónicos examinadas, las hay que admiten de manera expresa la posibilidad de aportar documentos electrónicos complementarios a la solicitud normalizada, y otras que establecen formulaciones poco precisas,<sup>16</sup> y b) en el caso del Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda, la posibilidad de presentar documentos adjuntos a los modelos formalizados es una decisión discrecional que adopta cada ente gestor, pero no un derecho del ciudadano.<sup>17</sup>

16. La Ordenanza reguladora del funcionamiento del Registro General de la Diputación Provincial de Ciudad Real, de su Sección de Registro de Proposiciones de Licitadores y de la creación y regulación de un Registro Auxiliar Electrónico establece, en su artículo 14.5, lo siguiente: "Cualquier solicitud, escrito o comunicación que el interesado presente ante el registro telemático de la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real no relacionado con los trámites y procedimientos que figuren en el anexo no producirá efecto alguno y se tendrá por no presentado, comunicándose al interesado tal circunstancia con indicación de los registros y lugares que para su presentación habilita el artículo 38.4 de la LRJPAC."

El Reglamento regulador de la Administración electrónica en el Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria, tiene idéntica regulación, pero admite expresamente la presentación de documentos adjuntos: "Artículo 16. Registro Electrónico de entrada y salida de documentos. 1. (...) c) Cualquier solicitud, escrito o comunicación que los interesados presenten a través del Registro Electrónico y que no esté relacionado con los procedimientos y asuntos mencionados, no producirá ningún efecto, y se tendrá por no presentado, comunicándose al interesado esta circunstancia e indicándole los registros y, en su caso, los lugares habilitados para su presentación, de acuerdo con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. (...) f) Podrán aportarse documentos que acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperatividad y de Seguridad."

Contrariamente, la Ordenanza reguladora del registro electrónico del Ayuntamiento de Valencia podría entenderse que abre la posibilidad de no permitir la presentación de documentos distintos a los normalizados: "Artículo 2. Ámbito de aplicación (...) El Registro estará habilitado únicamente para la presentación de escritos y solicitudes, así como de documentación en formato electrónico que pueda completar los escritos y solicitudes, respecto de los trámites y procedimientos que se relacionen en la web municipal. Los escritos y comunicaciones de trámites no relacionados en la web carecerán de efectos jurídicos y se tendrán por no presentados, comunicándose al interesado dicha circunstancia, por si considera conveniente utilizar cualesquiera de las formas de presentación de escritos ante el Ayuntamiento que prevé la legislación de procedimiento administrativo común."

17. El artículo 2 (documentos admisibles) de la Orden EHA/693/2008, de 10 de marzo, que regula el Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda, establece:

"1. El Registro Electrónico podrá admitir:

"a) Documentos electrónicos normalizados, presentados por personas físicas o jurídicas correspondientes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifican en el anexo de esta Orden. Estos documentos deberán presentarse necesariamente mediante la cumplimentación de los formularios normalizados de las correspondientes aplicaciones gestoras de los procedimientos. El portal de Internet del Ministerio de Economía y Hacienda, en la dirección <http://www.meh.es/>, incluirá de forma sistemática y ordenada la relación actualizada de los procedimientos y trámites que se especifican en el anexo de esta Orden, así como de las direcciones y enlaces con las aplicaciones mencionadas en el párrafo anterior. Los formularios normalizados a que se refiere este apartado serán objeto de aprobación y, en su caso, modificación, mediante acuerdo del titular del órgano directivo responsable de la tramitación del procedimiento a que se refiera, acuerdo que será publicado en el 'Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda', en el portal de Internet del Ministerio de Economía y Hacienda, y en el portal que constituya la sede electrónica que en cada caso corresponda. Dicho acuerdo podrá especificar datos cuya cumplimentación resulte obligatoria a los efectos de lo previsto en el artículo 24.2.a de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

La LAE no prohíbe que los registros electrónicos desempeñen otras funciones, entre las que Rego Blanco,<sup>18</sup> a título indicativo, señala la de expedición de copias selladas de los documentos electrónicos originales de necesaria presentación, o la de cotejo y expedición de copias compulsadas de documentos electrónicos originales, o la de expedición de avisos de puesta a disposición de notificaciones electrónicas a los interesados. Es, entiendo, un aspecto al que se debe estar especialmente atento: la posibilidad de ampliar las funciones del registro electrónico en general, y en especial en el ámbito de los procedimientos que se configuran de manera completa como actuaciones administrativas automatizadas.

Las funciones que se atribuyan a los registros también determinan su consideración como órganos (que el artículo 5.2 de la LOFAGE define como las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo) o unidades administrativas. En el ámbito de la Administración General del Estado, los registros se configuran, con carácter general, como unidades administrativas que tienen la consideración de órganos administrativos, por tener su actuación efectos jurídicos frente a terceros.<sup>19</sup> Este extremo, que estableció el artículo 11 del RD 772/1999, no fue modificado por la regulación específica en la AGE de los registros telemáticos, realizada en el RD 209/2003.<sup>20</sup>

“b) Cualquier solicitud, escrito o comunicación distinto de los mencionados en el apartado anterior, dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro, con el alcance establecido en el apartado 2.b) del artículo 24 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. La tramitación de estos documentos se realizará conforme a lo dispuesto en la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda que apruebe el procedimiento para su presentación en el Registro, la cual asimismo aprobará el formulario correspondiente, que será objeto de publicación en la sede del Ministerio de Economía y Hacienda. La presentación por esta vía de solicitudes, escritos o comunicaciones dirigidos a órganos o entidades fuera del alcance del Registro se tendrá por no realizada. En tal caso, se comunicará al interesado tal circunstancia, indicándole los registros y lugares habilitados para la presentación conforme a las normas en vigor.

“2. Las aplicaciones gestoras de los procedimientos podrán admitir o requerir la presentación de documentos electrónicos anexos al formulario normalizado, debiendo en este caso habilitar las vías para ello.”

18. REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, citada, p. 375.

19. CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel, “Los registros telemáticos y archivos de la Administración electrónica”, en la obra colectiva *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Real Casa de la Moneda-Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y Ministerio de Economía, Madrid, 2008, p. 369, reitera esta afirmación establecida en el artículo 11 del RD 772/1999.

El Real decreto 772/1999 regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, y en su artículo 11.1 establece que: “1. Las oficinas de registro de la Administración General del Estado son unidades administrativas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, tienen la consideración de órgano administrativo por tener atribuidas funciones con efectos jurídicos frente a terceros.”

En el ámbito de la Administración estatal, la implementación de la Administración electrónica ha exigido la aprobación de las siguientes normas reglamentarias: RD 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado; RD 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro; RD 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos (que modifica parcialmente a los dos anteriores), y la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la disposición final primera del RD 209/2003. Además, habría que añadir las normas de creación de cada uno de los registros telemáticos que se han ido creando en distintos departamentos y organismos públicos.

20. El artículo 3.1 del RD 209/2003 estableció que se añade al Real decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, un nuevo capítulo VI, integrado por los nuevos artículos 14, 15, 16, 17 y 18. Los artículos 14 y 15 establecen registros telemáticos:

“Artículo 14. Creación de registros telemáticos.

“1. La creación de registros telemáticos se efectuará mediante orden ministerial o, en el caso de organismos públicos, mediante la disposición que prevea su correspondiente normativa reguladora. En todo caso, las disposiciones de creación de registros telemáticos serán publicadas en el ‘Boletín Oficial del Estado’, y su texto íntegro deberá estar permanentemente disponible para consulta en la dirección electrónica a la que haya de accederse para presentar solicitudes, escritos o comunicaciones.

“2. Las disposiciones de creación de registros telemáticos tendrán el siguiente contenido mínimo:

“a) Indicación de la dirección o direcciones electrónicas o telemáticas en las que puede accederse al registro. b) Requerimientos técnicos mínimos necesarios para el acceso y la utilización del registro. c) Sistema o sistemas de firma electrónica reconocidos por el registro para la identificación del usuario y la admisión de la solicitud, escrito o comunicación. d) Identificación orgánica del responsable de seguridad del registro y la indicación de la disponibilidad para consulta de un resumen de los protocolos de seguridad del registro y de las transacciones telemáticas. e) Especificación de los trámites y procedimientos a

En el ámbito doctrinal, Bauzá Martorell<sup>21</sup> atribuye al registro el carácter de unidad administrativa, por entender que de la actividad propia y autónoma del registro derivan efectos frente a terceros, pero imputables al órgano que actúa a través del registro, no propiamente a este. Rego Blanco afirma que el registro electrónico es un tipo de registro administrativo, esto es, un órgano administrativo (puesto que sus funciones tienen efectos jurídicos frente a terceros),<sup>22</sup> cuya función principal se resume en la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones.

Se observa, pues, que la consideración como órgano o como unidad administrativa es una cuestión que resolverá la legislación estatal y autonómica sobre Administración electrónica, cuando atribuye las

funciones al registro electrónico (según que su actuación tenga efectos jurídicos frente a terceros), y que se concretará aún más en las normas de organización de la Administración o ente en el que se integra el registro. Así, estas normas pueden profundizar en su carácter como órgano administrativo, atribuyéndole nuevas funciones (por ejemplo, el registro electrónico puede comunicar con el recibo que emite, el plazo máximo de resolución y el sentido estimatorio o desestimatorio de la no resolución en plazo –artículo 42.2, segundo párrafo de la LRJPAC–, o realizar la gestión electrónica de las notificaciones electrónicas).<sup>23</sup> De hecho, a lo largo de la exposición pondremos las funciones que se pueden atribuir a los registros electrónicos.

los que se refieren las solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse. f) Identificación del órgano competente para la aprobación y modificación de la relación de solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse en el registro, en los términos del párrafo e). g) Indicación del calendario de días inhábiles, estatal, autonómico o local, que rige el registro, a efectos de la aplicación de las reglas de cómputo del artículo 18.a).

“Artículo 15. Funciones de los registros telemáticos.

“1. Los órganos de la Administración General del Estado, así como los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella, pueden crear registros telemáticos al amparo del artículo 38.9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. La creación y funcionamiento de dichos registros se ajustarán a lo dispuesto en el presente capítulo.

“2. Los registros telemáticos realizarán las siguientes funciones:

“a) La recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones relativos a los trámites y procedimientos que se especifiquen en su norma de creación y que sean competencia del órgano que creó el registro.

“b) La anotación de los correspondientes asientos de entrada y salida, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Real decreto y en los apartados 2 y 3 del artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

“En ningún caso, realizarán funciones de expedición de copias selladas o compulsadas de los documentos que, en su caso, se transmitan junto con la solicitud, escrito o comunicación.”

21. BAUZÁ MARTORELL, Felio José, “Los registros telemáticos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, ISSN 0210-8461, núm. 118, 2003, p. 182.

22. Así lo define REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, en la obra conjunta *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, coordinadores: GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 371.

23. Así, por ejemplo, el registro electrónico, además de emitir recibos electrónicos, en el marco de la actuación administrativa automatizada y de procedimientos formalizados, puede comprobar la falta de documentación (que en el proceso de presentación electrónica ha podido exigir), y puede requerir en ese mismo recibo que se complete la documentación que falta, otorgando para ello el plazo de 10 días previsto en el artículo 71 de la LRJPAC. En el mismo sentido, el registro podría comunicar, con el recibo de la comunicación electrónica, el plazo máximo de resolución y el sentido estimatorio o desestimatorio de la no resolución dentro de plazo (artículo 42.2, segundo párrafo, de la LRJPAC). Al registro electrónico no solo puede atribuírsele la función de hacer la anotación del número de salida de los documentos electrónicos, sino también de la gestión electrónica de las notificaciones electrónicas.

En este punto, la Ordenanza reguladora del funcionamiento del Registro General de la Diputación Provincial de Ciudad Real, de su Sección de Registro de Propositiones de Licitadores y de la creación y regulación de un Registro Auxiliar Electrónico, establece:

“19.º Condiciones generales para las notificaciones telemáticas. 1.– La remisión a los interesados de escritos y comunicaciones por parte de la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real, a través del registro telemático, sólo producirá efectos jurídicos cuando el interesado haya señalado este medio como preferente para la recepción de notificaciones en su solicitud, escrito o comunicación, o bien consentido expresamente su utilización a propuesta de la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.3 de la LRJPAC y en el capítulo IV del Real decreto 263/1996, de 16 de febrero, según la redacción dada por el Real decreto 209/2003, de 21 de febrero, y en la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio. 2.– La Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real incluirá en su catálogo de procedimientos habilitados para el envío de notificaciones por vía telemática, todos aquellos procedimientos y trámites incluidos en el ámbito de aplicación de este registro telemático,

### 3. Breve síntesis de la regulación del registro electrónico en la LAE

#### 3.1. La derogación expresa de los preceptos de la LRJPAC reguladores de los registros telemáticos, y régimen jurídico aplicable a los registros electrónicos existentes y a los de nueva creación

La LAE deroga los preceptos de la LRJPAC siguientes: el apartado número 9 del artículo 38, apartados números 2, 3 y 4 del artículo 45, apartado número 3 del artículo 59 y la disposición adicional decimoctava.

Hay que tener presente que: a) el artículo 38.9 de la LRJPAC regulaba los registros telemáticos;<sup>24</sup> b) los apartados 2, 3 y 4 del artículo 45<sup>25</sup> de la LRJPAC (titulado “Incorporación de medios técnicos”) regulaban el derecho –debilitado– a relacionarse electrónicamente con las AAPP, las garantías de los procedimientos electrónicos en orden a la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce, y quién y cómo debía aprobar los programas y aplicaciones electrónicas utilizadas por las AAPP; c) el apartado 3 del artículo 59 regulaba la notificación electrónica, y d) la disposición adicional decimoctava regulaba la presentación telemática de solicitudes y

practicándose la notificación por este medio para los procedimientos señalados por el interesado. Asimismo, el interesado, una vez iniciada la tramitación del procedimiento y únicamente cuando concurren causas técnicas justificadas, podrá revocar su consentimiento a fin de que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios telemáticos, utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 de la LRJPAC, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente.”

En el mismo sentido, las ordenanzas del Ayuntamiento de Fraga y de la Diputación de Huesca (en ambos casos se regula en el artículo 13) establecen:

“Notificaciones telemáticas. 1. Los interesados podrán consentir expresamente el envío de comunicaciones y notificaciones de toda índole por parte de la Diputación Provincial de Huesca a través del sistema regulado en este artículo, señalándolo como medio preferente en la solicitud de cada procedimiento. La Diputación canalizará las notificaciones a través del Registro telemático regulado en este Reglamento, mediante los correspondientes sistemas de cifrado de datos. 2. El envío de notificaciones por vía telemática tendrá lugar mediante la puesta a disposición de los correspondientes documentos en formato .pdf, .jpg, .tif o cualquier otro que cumpla los requisitos de accesibilidad comúnmente aceptados, con la firma electrónica en la dirección electrónica del interesado, que será revisada con frecuencia diaria. 3. La notificación se entenderá practicada a todos los efectos en el momento en que se produzca el acceso al documento en la dirección electrónica. Se entenderá que la notificación ha sido rechazada y que el trámite ha sido debidamente efectuado una vez transcurridos diez días naturales desde la puesta a disposición del documento en la dirección electrónica sin que se acceda a su contenido, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso a la dirección electrónica o al documento. 4. Tanto la fecha de puesta a disposición de la notificación en la dirección electrónica como la de rechazo de la misma según lo dispuesto en el apartado precedente, así como cualesquiera otras circunstancias relativas al intento de notificación, deberán constar en el Registro de salida.”

24. “Artículo 38. Registros. (...)”

“9. Se podrán crear registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos, con sujeción a los requisitos establecidos en el apartado 3 de este artículo. Los registros telemáticos solo estarán habilitados para la recepción o salida de las solicitudes, escritos y comunicaciones relativos a los procedimientos y trámites de la competencia del órgano o entidad que creó el registro y que se especifiquen en la norma de creación de este, así como que cumplan con los criterios de disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de la información que igualmente se señalen en la citada norma.”

25. “Artículo 45. Incorporación de medios técnicos.

“1. Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.

“2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las administraciones públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

“3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.

“4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las administraciones públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.

“5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas, o los que estas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes.”

de las comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

De ello se concluye que, en relación con los registros electrónicos (denominados telemáticos en la LRJPAC), se derogan las normas específicas de la LRJPAC que los regulaba al amparo del artículo 148.1.18 CE y también la norma específica aplicable a la Administración General del Estado (DA 18).

Esta derogación expresa no conlleva ningún régimen jurídico transitorio para los registros electrónicos existentes, ya que, por imperativo de la disposición transitoria única de la LAE, los registros telemáticos existentes a la entrada en vigor de la LAE serán considerados registros electrónicos, regulándose por lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley (preceptos todos ellos básicos, salvo el apartado 4 del artículo 24, que se dictan al amparo del artículo 149.1.18 CE).

Por tanto, las normas reglamentarias y las ordenanzas locales aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LAE<sup>26</sup> solo serán aplicables en cuanto no se opongan a la LAE (en cuanto a aquellos preceptos dictados al amparo del artículo 149.1.18 CE) y a las normas con rango de ley autonómicas que la desarrollen.

### **3.2. El contenido, a vuela pluma, de los artículos 24, 25 y 26 de la LAE, todos ellos dictados al amparo del artículo 149.1.18 CE, salvo el artículo 24.4 de la LAE**

El artículo 24.1 de la LAE impone la creación de registros electrónicos para todas las AAPP, y es importante destacar, de manera conjunta con esa obligatoriedad, que el artículo 24.3 establece que ha de existir al menos un sistema de registros en cada Administración que admita todo tipo de solicitud, escrito o comunicación. Estas dos exigencias son una consecuencia del reconocimiento del derecho a relacionarse electrónicamente (artículo 6 de la LAE) con las AAPP (definidas en el artículo 2), en los términos establecidos en la DF tercera.<sup>27</sup> Una cuestión es la entrada en vigor de la Ley el mismo día de su publicación, y la otra el reconocimiento progresivo del derecho a relacionarse electrónicamente con las AAPP en los términos previstos en la indicada DF tercera.

El artículo 24.2 de la LAE ya no configura los registros electrónicos como registros auxiliares y especializados respecto del registro general presencial, dado que los registros electrónicos podrán admitir: a) documentos electrónicos normalizados correspondien-

26. Hay que diferenciar la entrada en vigor de la LAE (el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", de acuerdo con la DF octava) y la exigibilidad plena ante las AAPP de los derechos reconocidos en el artículo 6 de la LAE. A tenor de la citada DF tercera de la LAE, a partir de su entrada en vigor los derechos reconocidos en el indicado artículo 6 solo podrán ser ejercidos en relación con los procedimientos y actuaciones adaptados a lo dispuesto en la misma. A su vez, establece el 31 de diciembre de 2009: a) como el momento de esa exigibilidad plena en el ámbito de la Administración General del Estado, y b) como fecha a partir de la cual serán también exigibles ante el resto de AAPP que se incluyen en el ámbito de aplicación subjetivo de la LAE, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

27. Disposición final tercera (dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE). Adaptación de las administraciones públicas para el ejercicio de derechos.

"1. Desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con los procedimientos y actuaciones adaptados a lo dispuesto en la misma, sin perjuicio de lo señalado en los siguientes apartados. A estos efectos, cada Administración pública hará pública y mantendrá actualizada la relación de dichos procedimientos y actuaciones.

"2. En el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de esta, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009. A tal fin, el Consejo de Ministros establecerá y hará público un calendario de adaptación gradual de aquellos procedimientos y actuaciones que lo requieran.

"3. En el ámbito de las comunidades autónomas, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

"4. En el ámbito de las entidades que integran la Administración local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos, las diputaciones provinciales, o en su caso los cabildos y consejos insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos."

tes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifiquen conforme a lo dispuesto en la norma de creación del registro, cumplimentados de acuerdo con formatos preestablecidos, y b) cualquier solicitud, escrita o comunicación distinto de los mencionados en el apartado anterior, dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro. Y, como hemos dicho, el artículo 24.3 establece que en cada Administración pública existirá, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública. La única singularidad del registro electrónico, una vez sea plenamente operativo el derecho a relacionarse electrónicamente con las AAPP y admita todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones, consistirá en que el documento será electrónico, y el tipo de relación electrónica (con ello lo lógico sería integrar, mediante la utilización de los sistemas informatizados que sean precisos, un número de registro único para el registro presencial y el electrónico, y disponer de hecho de un único registro).

El artículo 25 regula la creación y el funcionamiento de los registros electrónicos. En cuanto a la creación, exige una disposición (cuyo contenido relaciona), publicada en el Boletín Oficial que corresponda, y cuyo texto debe estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro.

En cuanto al funcionamiento, el precepto establece que: a) en la sede electrónica deben figurar también los procedimientos, modelos normalizados y la indicación del tipo de documentos que admite el registro; b) los registros electrónicos emitirán automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada al registro, y c) podrán aportarse documentos que acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad, respecto de los cuales los registros electrónicos generarán recibos acreditativos de la entrega de estos documentos, que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados.

Finalmente, el artículo 26 regula las singularidades relativas al cómputo de plazos respecto de los documentos presentados en los registros electrónicos, que examinaremos en el apartado correspondiente de este trabajo.

#### **4. La necesidad de contextualizar el registro electrónico en el marco de la legislación de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en el que debe integrarse el, aún hoy, régimen jurídico especial de las administraciones públicas electrónicas y la regulación especial del procedimiento electrónico administrativo común)**

Antes de profundizar en el análisis de los registros electrónicos, debe advertirse que, respecto a este y a cualquiera de los ámbitos propios de la Administración electrónica, es oportuno afrontar, con carácter previo, una serie de cuestiones generales proyectadas en el concreto aspecto examinado. En el caso de los registros electrónicos, lo entiendo especialmente útil.

Se trata de determinar en qué aspectos la aplicación de la Administración electrónica se circunscribe solo a un cambio tecnológico, importante pero limitado a ello, y en cuáles, además, conlleva un cambio de régimen jurídico, es decir, se somete a las leyes generales del procedimiento administrativo, y además a una regulación normativa diferenciada (respecto de la LRJPAC). En concreto, a un régimen jurídico propio de la Administración electrónica y del procedimiento electrónico común, y a un estatuto de derechos del ciudadano diferenciado parcialmente del previsto para la relación "jurídico-administrativa general" del ciudadano con las AAPP.

La diferencia es importante, porque las innovaciones tecnológicas y la nueva era de la información en un caso se desarrollan y se adaptan al cauce conocido (LRJPAC), pero a su vez, desde la otra perspectiva, van construyendo un nuevo régimen jurídico que en cada momento hay que definir y que irá evolucionando hasta, previsiblemente, ser el común y propio de las AAPP.

A su vez, con la LAE se reconoce una serie de derechos a los ciudadanos que les asisten en su relación electrónica con la Administración, y, en consecuencia, un correlativo conjunto de obligaciones para esta. Del análisis de tales derechos y de lo que comportan, trasciende su diferente carácter, pues si en ocasiones se trata de una reformulación de un derecho ya reconocido, en otras encontramos nuevos derechos originados por las peculiaridades de la relación electrónica.

#### 4.1. Determinar las normas con rango legal y las relaciones ordinamentales aplicables a los aspectos nucleares del objeto de estudio (en este caso, los registros electrónicos)

El análisis de los ámbitos de actuación e instrumentos característicos de la Administración electrónica, una vez aprobada la LAE, exige examinar, en primer lugar, qué preceptos de esta norma legal resultan aplicables, su carácter de aplicación general o no y qué preceptos cabe aplicar supletoriamente de la LAE, para seguidamente establecer qué preceptos resultan aplicables directamente de la LRJPAC a las relaciones electrónicas, cuáles supletoriamente y cuáles no son aplicables en ningún caso.

Para llevar a cabo tal determinación, hay que tener en cuenta:

##### 4.1.1. El carácter de Ley especial de la LAE frente a la LRJPAC, respecto de la regulación del registro electrónico

La LAE es, respecto de la LRJPAC, una Ley especial, en cuanto que su objeto se circunscribe a una materia específica –la Administración electrónica–, respecto de la regulación de las bases del régimen jurídico de las AAPP y el procedimiento administrativo común. De ello se desprende que las normas de la LAE prevalecen en caso de conflicto respecto de las de la LRJPAC, y que la LRJPAC es supletoria de la LAE.

Ello nos permitirá resolver determinadas dudas interpretativas en la materia que nos ocupa:

–En relación a la prevalencia de la LAE respecto de la LRJPAC, este carácter explica la inaplicabilidad del apartado 4 del artículo 38 de la LRJPAC<sup>28</sup> (que no ha sido derogado expresamente por la LAE), por imperativo de los apartados 2 y 3 del artículo 24 de la LAE, que establecen que los registros electrónicos solo podrán admitir los documentos electrónicos (normalizados o no) dirigidos a

cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro, sin perjuicio que esta pueda, mediante convenios de colaboración, habilitar a sus registros para la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones de la competencia de otra Administración que se determinen en el correspondiente convenio.

–En relación a la aplicación supletoria de la LRJPAC, esta permite sostener que pueden existir registros electrónicos generales y auxiliares, porque ello no está prohibido en la LAE, y porque el artículo 38 de la LRJPAC clasifica los registros administrativos en estas dos categorías de generales y de auxiliares de registro general.

##### 4.1.2. La LRJPAC y la LAE son leyes generales respecto del resto del ordenamiento jurídico estatal, que regulan aspectos del régimen jurídico y del procedimiento administrativo. El carácter prevalente de la legislación estatal especial (por ejemplo, la contratación electrónica)

A su vez, la LRJPAC y la LAE son leyes generales respecto del resto del ordenamiento jurídico, y hay que tener presente que los preceptos de la LRJPAC, y algunos preceptos de la LAE, se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo, cuyo contenido, por tanto, vincula a las leyes autonómicas, pero no a las normas sectoriales del Estado (normas especiales respecto de la LRJPAC y la LAE), que pueden establecer determinaciones específicas en materia de Administración electrónica (por ejemplo, la Ley de contratos del sector público, mediante preceptos que no necesariamente tienen el carácter de básicos).

Este extremo se acredita en la DA 4.<sup>a</sup> de la LAE<sup>29</sup> y en la DA 19.<sup>a</sup> de la LCSP, que regulan el uso de medios

28. "4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones públicas podrán presentarse: a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan. b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las comunidades autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio. c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca. d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero. e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes."

29. "Disposición adicional cuarta. Procedimientos especiales.

"La aplicación de lo dispuesto en el título tercero de esta Ley a los procedimientos en materia tributaria, de seguridad social y desempleo y de régimen jurídico de los extranjeros en España, se efectuará de conformidad con lo establecido en las disposiciones adicionales quinta, sexta, séptima y decimonovena de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Asimismo, en la aplicación de esta Ley habrán de ser tenidas en cuenta las especificidades en materia de contratación pública, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio."

electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley. En materia de registros electrónicos, esta DA 19.<sup>a</sup> debe ponerse en relación con los distintos preceptos de la LCSP que establecen singularidades en esta materia.

Así:

–el artículo 37 de la LCSP, al regular el recurso especial en materia de contratación, exige que la presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso;

–el artículo 307 de la LCSP prevé que las comunicaciones de datos de contratos al Registro de Contratos del Sector Público se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos; o

–la indicada DA 19.<sup>a</sup> de la LCSP establece que las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, de “acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución”, por correo, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y que las solicitudes de participación en procedimientos de adjudicación podrán también hacerse por teléfono (...)

#### **4.1.3. La aplicación, con carácter supletorio, de los preceptos de la LAE que no se dictan al amparo del artículo 149.1.18 CE**

Los preceptos de la LAE que no se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, solo son aplicables supletoriamente ante la existencia de laguna legal en la aplicación del ordenamiento autonómico o, en su caso, de norma local, como parte del ordenamiento estatal de aplicación supletoria a tenor del artículo 149.3 CE.

La aplicación supletoria de las normas estatales es una cuestión compleja y poco pacífica doctrinalmente.

En lo que aquí interesa, nos referiremos a los preceptos de la LAE que no se declaran dictados al amparo de los del artículo 149.1.18 CE,<sup>30</sup> y que pueden tener alguna trascendencia, directa o indirecta, con los registros electrónicos, en concreto:

–Artículo 24.4 de la LAE. En el ámbito de la Administración General del Estado, se automatizarán las oficinas de registro físicas a las que se refiere el artículo 38 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a fin de garantizar la interconexión de todas sus oficinas, y posibilitar el acceso por medios electrónicos a los asientos registrales y a las copias electrónicas de los documentos presentados.

–Artículo 34 de la LAE. Criterios para la gestión electrónica. La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos: a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación. b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información. c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta. d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas.

–Artículo 39 de la LAE. Actuación administrativa automatizada. En caso de actuación automatizada, deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

30. Estos son: los artículos 7 (defensa de los derechos de los ciudadanos); 8.2 (garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos); 11.2 (publicaciones electrónicas de boletines oficiales); 21.3 (interoperabilidad de la identificación y autenticación por medio de certificados electrónicos); 24.4 (registros electrónicos); 29 (documento administrativo electrónico); 31 (archivo electrónico de documentos); 33 (utilización de medios electrónicos); 34 (criterios para la gestión electrónica); 36 (instrucción del procedimiento utilizando medios electrónicos); 37.2 (acceso de los interesados a la información sobre el estado de tramitación); 39 (actuación administrativa automatizada); 40 (Comité Sectorial de Administración Electrónica); 41 (interoperabilidad de los sistemas de información); 43 (red de comunicaciones de las administraciones públicas españolas); 44 (red integrada de atención al ciudadano); 45 (reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración); 46 (transferencia de tecnología entre administraciones); disposición adicional primera 2 (reunión de órganos colegiados por medios electrónicos); disposición adicional segunda (formación de empleados públicos); disposición adicional tercera (Plan de Medios en la Administración General del Estado), y disposición adicional quinta (Función Estadística).

Para determinar la aplicación supletoria, debe examinarse primero la existencia de normas autonómicas y locales que regulen la materia, y observar los criterios siguientes:

1. Las competencias de las CCAA en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas, comprenden la competencia exclusiva (si así lo establece su Estatuto de Autonomía, ver, por ejemplo, los artículos 110 y 159 EAC: Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), en lo no afectado por el artículo 149.1.18 de la Constitución. En este sentido, debemos señalar que los nuevos estatutos acogen la lógica del artículo 149.3, que prevé la preferencia y la supletoriedad de ordenamientos, no de normas, a saber: el Derecho estatal o el Derecho autonómico.

2. La segunda cuestión es recordar que la supletoriedad exige la existencia de laguna legal, el rasgo esencial de la cual es que, con independencia de sus causas, denota una situación en la que el sistema no tiene una norma que prohíba un determinado comportamiento, ni una norma que lo permita.

3. A partir de aquí seguiremos a Lucas Murillo,<sup>31</sup> de cuyas consideraciones destacamos:

a) Para dilucidar en cada caso si hay laguna y, por tanto, necesidad de integrarla, lo correcto es adoptar la perspectiva del aplicador de la norma y determinar si (respetando las bases) el supuesto planteado requiere de una regla que la Ley contemplada debiera haber previsto. La comparación con la Ley estatal equivalente, si es que la hay (en ocasiones es posible, todavía, que sea preconstitucional) podrá ser útil para extraer una conclusión, pero en ningún caso es ineludible.

Si al final se viera que, efectivamente, hay laguna, esto será por causas intrínsecas al ordenamiento autonómico, y no a la falta de correspondencia del contenido de una Ley autonómica con el de la Ley estatal. Su integración debería procurarse en el seno del ordena-

miento o Derecho propio de la Comunidad Autónoma, y si eso no da resultado satisfactorio, el aplicador deberá acudir al Derecho estatal, dentro del cual puede hallar la homóloga a la autonómica.

b) Los ordenamientos estatal y autonómico son distintos, aunque integrados en el global del Estado, del que forman parte. La separación entre ambos conforme al principio de competencia supone que la búsqueda de la norma aplicable haya de realizarse en cada uno de ellos, esta es una exigencia que deriva directamente del derecho a la autonomía, reconocido y garantizado en el artículo 2 CE, cuyo ejercicio se disciplina en su título VIII.<sup>32</sup> El rotundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 61/1997) dio la razón a quienes venían defendiendo a contracorriente que los títulos competenciales atribuidos al Estado y a las comunidades autónomas delimitan el ámbito de validez material de sus normaciones y que, sin título específico, estas, si llegan a producirse, nacen viciadas de inconstitucionalidad radical y son nulas.

c) El corolario en lo que ahora nos interesa es que, de haber lagunas, se deban colmar desde el propio ordenamiento en el que se produzcan y, solo cuando ello no sea posible, tendrá que acudir, en el caso de las comunidades autónomas, al Derecho del Estado que este cree en el ámbito material y espacial para el que sea competente.

d) La pluralidad de ordenamientos (el estatal y los autonómicos) existente se integra en un mismo sistema normativo, pero están separados por virtud del principio de competencia que garantiza jurídicamente la adopción de orientaciones políticas potencialmente distintas en el ejercicio de las respectivas competencias legislativas. Como consecuencia de la separación competencial, el legislador autonómico encuentra ante sí una pluralidad de opciones constitucionalmente legítimas a la hora de formular las leyes en el ámbito de

31. LUCAS MURILLO, Enrique, "La inactividad del legislador autonómico", *Estudios de Deusto*, 2003, 51, p. 259 a 282.

32. LUCAS MURILLO, Enrique, citado, afirma:

"Sin embargo, la interpretación dominante en la doctrina no admitía ese razonamiento. Se afirmaba que mientras el ordenamiento estatal es completo y puede regular válidamente cualquier materia, los autonómicos no tienen esa cualidad, son ordenamientos parciales que solo cubren las materias que de acuerdo con las reglas de reparto competencial han asumido estatutariamente."

El apoyo fundamental de esa tesis es la teoría de los "círculos de interés" (círculo material de interés general, círculo de encuadramiento y círculo de suplencia), elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a partir de su concepción de la articulación de los ordenamientos estatal y autonómico en el supraordenamiento constitucional, que se inspira en la interpretación dominante en Alemania.

Tras la STC 61/1997, todo esto está mucho más claro, y ya no es sostenible la tesis de los tres círculos de interés, o por lo menos del tercero de ellos ("círculo de suplencia") en los términos que se venía manteniendo, pues ha sufrido un revés definitivo, al menos como fundamento de la validez de las regulaciones estatales que carezcan de título competencial habilitante.

sus competencias. Entre las decisiones que están a su alcance hay que entender, obviamente, incluida la de no regular determinadas facetas de la realidad.<sup>33</sup>

De todo lo anterior, entendemos que se concluye que el artículo 24.4 de la LRJPAC no es de aplicación supletoria (no existe laguna legal y el legislador autonómico puede lícitamente no regular esta faceta del registro no electrónico), y contrariamente el supuesto de hecho de los artículos 34 (criterios para la gestión electrónica) y 39 (actuación administrativa automatizada), sí que configura una laguna legal que, de no poder ser integrada y resuelta en el seno de los propios ordenamientos autonómicos, conllevaría la aplicación supletoria de los preceptos indicados de la LAE.

#### 4.2. Los derechos reconocidos en la LRJPAC y en la LAE, y su relación con los registros electrónicos

Del análisis de los derechos reconocidos en la LAE, se advierte su diferente carácter, pues en ocasiones se trata de una reformulación de un derecho ya reconocido (en la LRJPAC), y en otras construye nuevos derechos originados por las peculiaridades de la relación electrónica.

El punto de partida, lo constituye el artículo 4 de la LAE, que establece que la utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose, entre otros al principio de legalidad, en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las administraciones públicas establecidas en la LRJPAC.

La materialización de este principio está muy bien expresada en el artículo 3.1 de la Ley Foral 11/2007 de 4 de abril, para la implantación de la Administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, cuando establece que:

“El empleo del procedimiento administrativo electrónico no supondrá modificación alguna de la naturaleza y efectos de los actos administrativos integradores del procedimiento administrativo común, ni conllevará eliminación, reducción o condicionamiento indebido de los derechos reconocidos o atribuidos a los ciudadanos o de los deberes que la legislación reguladora del procedimiento administrativo común establece para la Administración.”

El apartado 1 del artículo 6 de la LAE reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJPAC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones, y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

Esta configuración general se concreta en el apartado 2 del artículo 6 (que relaciona los derechos que los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, en los términos previstos en la presente Ley), y en el apartado 3 de ese mismo artículo (derecho a obtener determinada información en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios). El sistema o estatuto de los derechos de los ciudadanos que se relacionan electrónicamente, se cierra en los concretos preceptos de la Ley que desarrollan estos derechos (por ejemplo, el artículo 27 de la LAE).

33. El indicado autor señala en este sentido:

“Por eso, no se puede admitir la validez de la premisa en la que descansa la hipótesis de la supletoriedad de normas. Es decir, que el ordenamiento de cada Comunidad Autónoma sea una especie de espejo en el que se reflejen, o lo que es peor, en el que deban reflejarse necesariamente, las leyes que forman parte del ordenamiento estatal y, además, con un contenido parejo. De tal suerte que allí donde la norma legal autonómica no atienda todos los aspectos previstos en la correspondiente estatal exista una laguna que esta última deba colmar.

“Dejando a un lado los problemas de encaje de determinaciones legales que pueden estar basadas en planteamientos muy divergentes es evidente que la supletoriedad de normas así concebida no solo es contraria al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones consagrado en el artículo 2 CE y a las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución y aplicadas en los estatutos de autonomía, sino a la misma lógica.

“Por más que sea notorio el mimetismo que inspira a muchas leyes autonómicas, por muy extensivo que haya sido el uso de las bases, por muy uniformizadora, en fin, que sea la política legislativa que en el Estado y en las comunidades autónomas hayan impuesto los partidos políticos de ámbito estatal a través de las mayorías parlamentarias correspondientes (en las Cortes y en los Parlamentos autonómicos), no es permisible la presunción simplista de la correlación exacta entre las regulaciones legales de uno y otras, ni siquiera en lo que esté sujeto a las bases.”

De este estatuto interesa destacar, respecto del registro electrónico, los derechos siguientes:

#### **4.2.1. El carácter voluntario de la relación electrónica y las posibilidades de variar de medio de relación: el mantenimiento del consentimiento como criterio general para la relación electrónica y la obligación o no de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la relación electrónica. Su incidencia en los registros electrónicos**

El carácter voluntario de la relación electrónica está previsto de manera indubitada en la LAE, salvo para las personas jurídicas o colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizados el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, y las administraciones públicas reglamentariamente establezcan la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos (artículo 27.6 de la LAE). Acredita la anterior afirmación que la LAE: a) exige en general el consentimiento expreso para la comunicación electrónica (artículo 27.2.º); b) reconoce, como hemos señalado, la posible revocación del consentimiento inicial (27.1.º); c) establece la posibilidad de imponer reglamentariamente la relación electrónica (en los términos del artículo 27.6), y d) exige el consentimiento para la práctica de la notificación electrónica (artículo 28.1.º), y precisa de manera expresa que la voluntariedad constituye el criterio para la iniciación de un procedimiento administrativo, a solicitud de interesado, por medios electrónicos (artículo 35).

Ese derecho de alternar la vía electrónica y no electrónica tiene una gran incidencia en la tramitación electrónica de los procedimientos, y desde la perspectiva que ahora nos interesa, también en el funcionamiento de un registro electrónico y de sus funciones (la práctica de asientos de documentos, para poder ser referenciados, en relación a un expediente numerado, con el número de entrada de la solicitud inicial, precisa la integración del registro general presencial y el electrónico, y aconseja una numeración única para los escritos que se reciben y que se expiden en ambos registros).

El carácter voluntario de la relación electrónica debe ser examinado de manera conjunta con la obli-

gatoriedad, o no, de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la relación electrónica. En relación a este extremo, debe examinarse primero la regulación de la LAE, y seguidamente la de la LRJPAC, respecto de los preceptos aplicables a la relación electrónica. En especial, hay que dar respuesta a si es obligatorio o potestativo utilizar un modelo normalizado, y a la aplicabilidad a las relaciones electrónicas del artículo 70, "solicitudes de iniciación", apartado cuatro de la LRJPAC, que establece: "Las administraciones públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan." De hecho, la LAE, en el artículo 25.4, establece, con un ámbito más amplio que el relativo a la solicitud de iniciación, un derecho del mismo tenor: "Podrán aportarse documentos que acompañen a la correspondiente solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad. Los registros electrónicos generarán recibos acreditativos de la entrega de estos documentos que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados."

A) Es obligatorio o potestativo utilizar un modelo normalizado en las relaciones electrónicas con las AAPP.

El artículo 35 de la LAE obliga a la Administración a la puesta a disposición de los interesados de los correspondientes modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica, y, sin embargo, no se impone al ciudadano, expresamente, su uso. De la regulación del registro electrónico en el artículo 24 de la LAE tampoco se desprende la obligatoriedad del uso de los modelos normalizados electrónicos, dado que si bien habrá registros que solo admitirán estos documentos, el indicado precepto exige que exista en cada Administración un sistema de registros electrónicos que admita cualquier tipo de documento electrónico (por supuesto, deben ser documentos que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad).

La obligatoriedad del uso de los modelos normalizados no se establece tampoco en el artículo 38 de la LRJPAC, y en el primer párrafo del apartado 4 del artículo 70 de la LRJPAC se establece que las administraciones públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos, y que los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Tampoco se impone su uso.

Así las cosas, en opinión de Cotino,<sup>34</sup> una inadmisión por no utilizar los modelos o sistemas preestablecidos sería contraria al derecho de acceso del artículo 6.1.º, lo cual puede contar también con el apoyo del artículo 24 de la LAE. Esta solución, afirma, puede ser totalmente insatisfactoria para la Administración, generando no pocas disfunciones y lastrando el uso de las TIC, pero entiende, sin embargo, que sería precisa una voluntad específica normativa para adoptar otra alternativa.

A pesar de ello, nada impide que las AAPP, mediante disposiciones generales específicas y pertinentes (la disposición de creación del registro electrónico, bases generales de procesos selectivos de personal o de procedimientos de concurrencia competitiva u ordenanzas municipales), en el marco legal establecido en la LAE y en la LRJPAC, exijan la utilización de modelos normalizados. No existe reserva de ley en este punto, y el límite a la regulación reglamentaria lo constituye el segundo párrafo del artículo 70.4, que obliga a admitir, además de los modelos normalizados, cualquier otro

documento complementario que estime conveniente el ciudadano. No cabe entender que el artículo 35 de la LAE derogue de forma completa el artículo 70 de la LRJPAC, sino simplemente que el artículo 35 de la LAE es de aplicación prevalente por su carácter de Ley especial, respecto a la LRJPAC. A su vez, el artículo 70.4 de la LRJPAC es de aplicación por imperativo del artículo 4 b) de la LAE, que establece el principio de igualdad en las relaciones electrónicas (con objeto de que, en ningún caso, el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las administraciones públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo, sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos).

B) La aplicabilidad a las relaciones electrónicas del artículo 70.4 de la LRJPAC.

El artículo 24, apartados 2 y 3, de la LAE, que es el que resuelve la cuestión, debe ser examinado desde la perspectiva de la DF 8.<sup>a</sup> (la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado") y la DF 3.<sup>a</sup> (desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, los derechos reconocidos en el artículo 6 podrán ser ejercidos en relación con los procedimientos y actuaciones adaptados a lo dispuesto en la misma, sin perjuicio que los derechos reconocidos en el indicado artículo podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones competencia de la AGE y los organismos públicos vinculados o dependientes de

34. COTINO HUESO, Lorenzo, "Derechos del ciudadano", en la obra colectiva *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 155 y 156.

Este autor afirma:

"Se puede cuestionar la obligatoriedad de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la interacción electrónica. Esta exigencia no se da para la relación no electrónica en general en el artículo 38 LRJPAC. El artículo 35 LAE sí que obliga a la Administración a la puesta a disposición de los interesados de los correspondientes modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica. Sin embargo, no se impone al ciudadano expresamente su uso. Los motivos para la no utilización de los modelos y sistemas pueden ser desde los más espurios hasta la mera incapacidad del ciudadano de emplear el sistema electrónico o el modelo ofrecido o considerar necesario el uso de otros formatos para llevar a cabo adecuadamente la solicitud. VALERO señala con razón que la opción por la iniciación electrónica del procedimiento conlleva la carga de utilizar los instrumentos exigidos en base a razones técnicas. Diversas razones justificarían esta exigencia, más allá de la conveniencia del uso de los modelos y sistemas prefigurados: la interconexión de las bases de datos, la agilización del tratamiento de la información necesaria para la impulsión del procedimiento, una importante reducción de los plazos necesarios, la posibilidad del mismo derecho a no aportar documentos en poder de las administraciones, etc. Sin embargo, pese a existir tan buenas razones, no ha sido regulada expresamente la obligatoriedad del uso de tales formularios, modelos o sistemas, si no más bien lo contrario. El artículo 24. 2º b) LAE dispone que todo registro electrónico admitirá 'Cualquier solicitud, escrito o comunicación' y -art. 24. 3º- 'existirá al menos un sistema de registros que admita todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración Pública'. Así las cosas, una inadmisión por no utilizar los modelos o sistemas preestablecidos sería contraria al general derecho de acceso del artículo 6. 1º, lo cual puede contar también con el apoyo del artículo 24 LAE. Esta solución puede ser totalmente insatisfactoria para la Administración, generando no pocas disfunciones y lastrando el uso de las TICs, sin embargo, entiende que sería precisa una voluntad específica normativa para adoptar otra alternativa."

esta, a partir del 31 de diciembre de 2009, y para el resto de AAPP, a partir de esa fecha, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias).

Del artículo 24.2 de la LAE se desprende que habrá registros electrónicos en los que solo se admitirán los documentos electrónicos normalizados correspondientes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifiquen conforme a lo dispuesto en la norma de creación del registro, cumplimentados de acuerdo con formatos preestablecidos. La existencia únicamente de este tipo de registros electrónicos no incumple las DF octava y tercera de la LAE hasta el 31 de diciembre de 2009, y los ciudadanos que quieran completar su solicitud, al amparo del artículo 70.4 de la LRJPAC, deberán hacerlo mediante documento escrito presentado en un registro que admita documentos en formato papel. A partir del 31 de diciembre de 2009, salvo para aquellas AAPP que no pertenezcan a la AGE, y que justifiquen la falta de disponibilidades presupuestarias para implementar los registros electrónicos regulados en el artículo 24.2 y 3 de la LAE, si entendemos aplicable a los procedimientos electrónicos el artículo 70.4 de la LRJPAC, los ciudadanos que quieran completar su solicitud al amparo del indicado artículo deberán hacerlo mediante documento escrito en los términos explicados (dada la voluntariedad de la relación electrónica) o mediante documento electrónico presentado en el sistema de registro electrónico previsto en el artículo 24.3 de la LAE (en cada Administración pública existirá, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública).<sup>35</sup>

El carácter voluntario de la relación electrónica y el régimen jurídico de la obligatoriedad de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la relación electrónica, tienen una importancia intrínseca en la configuración de un registro administrativo electrónico y en la definición de sus funciones, pero adquirirán mucha mayor relevancia una vez, de acuerdo y en los términos de la disposición final tercera de la LAE, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la LAE puedan ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de competencia de las distintas AAPP.

Una vez que los derechos reconocidos en el artículo 6 de la LAE puedan ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de los ciudadanos con las AAPP, tanto por el derecho de completar los modelos formalizados, como por el carácter voluntario de la relación electrónica, entendemos que será preciso un rediseño de los actuales registros electrónicos (solo auxiliares y solo especializados en concretos procedimientos formalizados), y tener presente y ser conscientes de la complejidad de dar cumplimiento al artículo 24 de la LAE (apartados 1, 2 y 3). De hecho, una vez los ciudadanos puedan ejercer de manera plena el derecho a relacionarse electrónicamente con las AAPP, y en el ámbito municipal, la configuración de los registros que da una respuesta más adecuada a las posibilidades que el ciudadano alterne la relación electrónica y la realizada en forma de papel y que complemente los modelos normalizados, es un registro de numeración única que integre el registro general y los auxiliares en base de papel y el electrónico.<sup>36</sup>

35. REGO BLANCO, Dolores, considera que en todos los casos y todos los registros electrónicos deben admitir los documentos que se acompañen a la solicitud, escrito o comunicación, si cumplen los requisitos técnicos. Señala que :

“Cualquiera que sea el tipo de admisión (tasado o libre), ha de tenerse en cuenta que el art. 25.4 LAE reconoce la posibilidad de que la solicitud, escrito o comunicación que se dirija a un registro electrónico vaya acompañado de otros documentos. Para ello exige que los documentos que se adjunten cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad. En consecuencia, y teniendo en cuenta el carácter básico de la norma, si los documentos anexos a la solicitud observan tales requisitos técnicos, ningún registro electrónico podrá válidamente rechazar su admisión, siempre, claro está, que esté habilitado para recibir el escrito principal. Es más, está obligado incluso a emitir un recibo acreditando su entrega. Por el contrario, si no cumplen con los mencionados estándares habrá que entregar los documentos complementarios en un registro tradicional.” REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, citada, p. 379.

36. En la nota 13 ya transcribimos el artículo 4 de la Ordenanza reguladora de la organización y el funcionamiento del registro de la Diputación provincial de Zamora y del registro electrónico, que establece una numeración única para el registro general y los auxiliares de los asientos en función del orden temporal de recepción o salida.

En la misma línea, el artículo 4 de la Ordenanza provincial de ejecución electrónica de procedimientos administrativos y regulación del registro telemático de la Diputación de Granada, aprobada en sesión plenaria de 27 de marzo de 2007 (BOP 23.05.07), establece:

“Definición como registro auxiliar y numeración única.

“Se instituye el registro telemático como auxiliar del registro general con las siguientes características: a) se accederá al registro telemático mediante la página web de la diputación provincial de granada, como se regula en el artículo siguiente. b) la instalación en soporte informático del registro garantizará la plena interconexión e integración del general y el auxiliar telemático, estableciendo una única numeración correlativa de los asientos en función del orden temporal de recepción o salida.”

Se advierte que determinadas funciones que proponíamos imputar al registro, son difícilmente materializables, salvo que en la petición del ciudadano se incluya la aceptación de la relación electrónica o que se trate de ciudadanos obligados a ella. En tal sentido, ya habíamos dicho que: a) el registro electrónico, además de emitir recibos electrónicos, en el marco de la actuación administrativa automatizada y de procedimientos formalizados, puede comprobar la falta de documentación –que en el proceso de presentación electrónica ha podido exigir–, y puede requerir en ese mismo recibo que se complete la documentación que falta, otorgando para ello el plazo de 10 días previsto en el artículo 71 de la LRJPAC; b) el registro con el recibo de la comunicación electrónica, comunique el plazo máximo de resolución y el sentido estimatorio o desestimatorio de la no resolución en plazo (artículo 42.2, segundo párrafo de la LRJPAC), o c) el registro gestione las notificaciones electrónicas.

#### 4.2.2. El derecho a la copia sellada y a acuses de recibo acreditativos de la relación electrónica realizada

El artículo 35 c) de la LRJPAC reconoce el derecho “a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de estos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento”, y la misma Ley también prevé la posibilidad de aportar una copia del documento que se presenta para su cotejo y devolución del original.

Este derecho se proyecta, en la relación electrónica, en la generación de acuses de recibo y acreditación de la conformidad de la actuación electrónica realizada, especialmente en forma de copias autenticadas del

escrito, solicitud o comunicación realizada (artículos 25.3 y 4 y 35.2 de la LAE). El artículo 25.3 de la LAE impone la emisión de un recibo que será una copia autenticada misma del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo fecha, hora y número de entrada de registro. El artículo 25.4 de la LAE impone expedir recibos acreditativos de la entrega de los documentos que acompañen la solicitud, garantizando la integridad y el no repudio de los documentos aportados. Esta garantía se extiende al supuesto de la aportación al expediente de copias digitalizadas firmadas electrónicamente por el ciudadano (artículo 35.2 de la LAE). Todo ello conlleva que la LAE atribuya al registro electrónico las funciones precisas para que quede acreditada la relación electrónica realizada.

#### 4.2.3. El ejercicio electrónico del derecho a formular alegaciones y derecho a aportar documentos adicionales (a tener presente en la gestión de los registros electrónicos)

El artículo 35 e) de la LRJPAC reconoce el derecho “a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.” El artículo 6.1 de la LAE, por reenvío al artículo 35 de la LRJPAC, reconoce la posibilidad de ejercer electrónicamente este derecho, y establece –ya directamente– el derecho a “realizar alegaciones” electrónicamente. Más allá de la posibilidad de formular alegaciones, cabe subrayar que el derecho de relacionarse electrónicamente alcanza el derecho a aportar documentos adicionales.<sup>37</sup>

La Ordenanza del registro electrónico de Bujalance (aprobada por el Pleno, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2008, publicada en el BOP 35 de 22.2.2008), en el artículo 2 establece la interconexión e integración de los registros: “de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente, la instalación en soporte informático de la Oficina del Registro Electrónico garantizará la plena interconexión e integración de esta con el Registro General del Ayuntamiento.”

37. La Ley Foral 11/2007 contiene una disposición específica sobre la presentación de documentos. “Artículo 6. Presentación de documentos electrónicos. 1. En relación con las solicitudes, escritos, consultas o comunicaciones que se le presenten electrónicamente, el Registro General Electrónico (...) Envió al correo electrónico o al dispositivo de firma electrónica utilizado por el presentador del documento electrónico un mensaje electrónico justificativo de que el documento ha sido técnicamente admitido y administrativamente registrado, siempre que la presentación se haya realizado respetando las prescripciones técnicas requeridas y el documento esté disponible para su uso por la Administración en un dispositivo de recepción o en un sistema de datos en el que se pueda gestionar el documento. Esta confirmación del recibo del documento podrá enviarse en forma de respuesta automática del sistema o en cualquier otra forma. Si la recepción no se produce o no se produce la confirmación del recibo, el usuario deberá ser advertido de tales hechos, entendiéndose en tal caso que no se ha producido la recepción. 2. La confirmación del recibo de un documento, emitida por el Registro General Electrónico al correo electrónico o dispositivo de firma electrónica del interesado conforme a la letra d) anterior, deberá poder ser impresa en papel o archivada informativamente, y tendrá para éste la condición de recibo acreditativo de la fecha y la hora de presentación de la documentación ante la Administración, a efectos de lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común. Dicho recibo deberá presentarse en soporte papel en aquellos procedimientos administrativos convencionales o judiciales en que así resulte necesario.”

La garantía de la aportación de documentos ha tenido su proyección electrónica en el artículo 25.4.º de la LAE, si bien bajo condiciones específicas respecto de estándares de formato y requisitos de seguridad. El derecho de aportación de documentos obliga a que las aplicaciones informáticas de los registros lo permitan. Esta garantía debe entenderse como una proyección más del derecho a la relación electrónica general del artículo 6 de la LAE, por la remisión de su apartado 1.º al ejercicio de este derecho del artículo 35 e) de la LRJAP.

Este derecho tiene también su extensión en el artículo 35.2 de la LAE,<sup>38</sup> por cuanto autoriza a los interesados a aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos administrativos firmadas electrónicamente por ellos mismos. En su virtud, y en general, no se puede obligar al ciudadano a que presente el original de su documento en papel, salvo que la Administración no pueda llevar a cabo el cotejo del documento aportado en los archivos de la Administración pública que expidiera el original de ese documento aportado, posibilidad que el propio legislador ha configurado como “excepcional”. En algunas ordenanzas, se sustituye la obligación de aportar documentos por declaraciones responsables de las personas inte-

resadas de que cumplen los requisitos exigidos en el procedimiento, con lo que se faculta a la Administración para que proceda a su comprobación (si son datos que obran en su poder o en el de entes con los que el Ayuntamiento haya firmado convenio).<sup>39</sup>

Para facilitar la efectividad de este derecho de aportar copias digitalizadas firmadas electrónicamente, se prevé que los sistemas permitan comprobaciones automáticas de la información aportada (artículo 35.3.º de la LAE).<sup>40</sup>

#### 4.2.4. El derecho a conocer electrónicamente el estado de los procedimientos, electrónicos o no

La letra d) del artículo 6.2.º de la LAE reconoce el derecho “A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquellos.”

En la Ordenanza de Administración electrónica de Barcelona, se reconoce bajo el principio de trazabilidad de los procedimientos y documentos administrativos en el artículo 8 b),<sup>41</sup> y ha sido objeto

38. Artículo 35.2. de la LAE: “Los interesados podrán aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, cuya fidelidad con el original garantizarán mediante la utilización de firma electrónica avanzada. La Administración pública podrá solicitar del correspondiente archivo el cotejo del contenido de las copias aportadas. Ante la imposibilidad de este cotejo y con carácter excepcional, podrá requerir al particular la exhibición del documento o de la información original. La aportación de tales copias implica la autorización a la Administración para que acceda y trate la información personal contenida en tales documentos.”

39. El texto vigente de la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica del ayuntamiento de Barcelona (acuerdo del Consejo Plenario de 30-01-2009), establece la posibilidad de sustituir la aportación de documentos por declaraciones responsables. El artículo 26 de la Ordenanza establece que: “1. No deberá aportarse documentos que estén en poder de la Administración municipal o de otras administraciones públicas con las cuales el Ayuntamiento de Barcelona haya firmado un convenio de colaboración. El ejercicio de este derecho se hará de acuerdo con la normativa aplicable a cada procedimiento, y con la normativa aplicable a la protección de datos de carácter personal. 2. Las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ordenanza promoverán la sustitución de la aportación de documentos acreditativos del cumplimiento de requisitos para una declaración responsable de la persona interesada que exprese la concurrencia de los requisitos mencionados y el compromiso de aportar los justificantes, a requerimiento de la Administración. 3. La comprobación de la información contenida en estas declaraciones podrá efectuarse en los registros de la Administración municipal o en los de otras administraciones o entidades con las cuales el Ayuntamiento de Barcelona tenga firmado un convenio de colaboración.”

Accesible en [http://w3.bcn.es/V04/Serveis/Ordenances/Controladors/V04CercaOrdenances\\_Ctl/0,3118,200713899\\_200726005\\_2\\_118918011,00.html?accio=fitxa](http://w3.bcn.es/V04/Serveis/Ordenances/Controladors/V04CercaOrdenances_Ctl/0,3118,200713899_200726005_2_118918011,00.html?accio=fitxa)

40. Artículo 35.3 de la LAE: “Con objeto de facilitar y promover su uso, los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras administraciones e, incluso, ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el ciudadano verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.”

41. Artículo 8 c. Principio de trazabilidad de los procedimientos y documentos administrativos.

“La Administración municipal llevará a cabo las acciones necesarias para establecer sistemas y procedimientos adecuados y comprensibles de trazabilidad, que permitan a los ciudadanos y las ciudadanas conocer en todo momento, y a través de medios electrónicos, las informaciones relativas al estado de la tramitación y el historial de los procedimientos y documentos administrativos, sin perjuicio de la aplicación de los medios técnicos necesarios para garantizar la intimidad y la protección de los datos personales de las personas afectadas.”

de reconocimiento en los artículos 4 f) y 31 de la Ley Foral 11/2007.<sup>42</sup>

El derecho reconocido supone la proyección electrónica del derecho del artículo 35 a) de la LRJAP. Ante su regulación específica en el artículo 6.2.º de la LAE, no cabe acudir a la referencia del artículo 6.1.º de la LAE. Hay que subrayar que se garantiza el conocimiento por medios electrónicos del estado del procedimiento, sea este un procedimiento electrónico o no. Y en tanto en cuanto este derecho queda condicionado a su regulación en la LAE, hay que indicar que viene regulado

específicamente en el artículo 37.1.º de la LAE para procedimientos íntegramente electrónicos, y en el artículo 37.2.º de la LAE para el conocimiento del procedimiento íntegramente en papel o parcialmente electrónico.

El registro podría jugar un papel importante al respecto, aunque esta información las AAPP la facilitan a través de la página web<sup>43</sup> (y en su caso sede electrónica, si ha sido declarada la página web como tal), en la oficina virtual (obsérvese, aunque no sea una administración pública de acuerdo con el artículo 2 de la LAE, la oficina virtual de Correos),<sup>44</sup> o en una dirección electrónica.<sup>45</sup>

42. Artículo 31. Consulta del estado de la tramitación.

"1. La Administración de la Comunidad Foral de Navarra habilitará una dirección electrónica de acceso restringido donde el interesado pueda consultar el estado de la tramitación del procedimiento que haya iniciado.

"2. La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de actos de trámite realizados, con indicación, que podrá ser resumida, sobre su contenido, así como la fecha en que fueron emitidos."

43. La Comunidad Autónoma de Castilla y León regula el registro electrónico, de manera indirecta, en el Decreto 40/2005, de 19 mayo, que regula la utilización de técnicas de Administración electrónica por la Administración de la Comunidad de Castilla y León. El artículo 3.5 regula el acceso a los registros y archivos en general (no al registro general de entrada de documentos) que puedan crearse por la implantación de técnicas de Administración electrónica, con los requisitos y limitaciones establecidos en el artículo 37 de la LRJPAC, y el artículo 11.3 establece que los interesados podrán obtener información particular sobre la fase o trámite en la que se encuentran los expedientes tramitados por la Administración regional, por medio de códigos u otros sistemas de identificación, con los niveles de seguridad que se definan en cada caso, que les permitirán utilizar un acceso multicanal a dicha información particular a través de la página web de la Junta de Castilla y León.

44. Permite localizar la situación de los envíos.

The screenshot shows the homepage of the Correos website. At the top, there is a navigation bar with 'Particulares', 'Empresas', and 'Oficina Virtual' tabs. Below this, there are links for 'Códigos postales', 'Oficinas', 'Localizador de envíos', and 'Calculador de tarifas'. The main content area is divided into several sections:

- Acceso Cliente:** A login section with fields for 'Usuario' and 'Clave', a 'Recuperar Clave' link, and an 'ENTRAR' button.
- Acceso Certificado Digital:** A section for digital certificates with 'Alta gratuita' and 'Alerta' links.
- Enviar:** A list of services including 'Cartas y Documentos', 'Paquetería', 'Comprar sellos', 'Tu Sello', 'Filatelia Online', 'Servicios', 'Cambio de Domicilio', 'A.P.E.', and 'Correo Seguro'.
- Postal Expres:** A section promoting express mail services with the text 'Ahorre tiempo en la oficina y prepare sus envíos desde su ordenador...'
- paqueteAZUL:** A section for 'Paquete Azul' with the text 'Ya puede preparar y pagar sus envíos de Paquete Azul sin moverse del ordenador...'
- Filatelia Online:** A section for 'Filatelia Online' with the text 'Haga su pedido filatélico desde aquí...'
- TuSello:** A section for 'TuSello' with the text 'Personaliza tus sellos con motivo de cualquier ocasión especial o celebración, en recuerdo de tu aniversario, con el logo de tu empresa...'
- Correo Digital:** A section for 'Correo Digital' with the text 'Sus cartas y postales desde su propio ordenador al domicilio del destinatario...'
- Localizador de Envíos:** A section for tracking mail with the text 'Resultado de entrega de su envío' and a 'Consultar' button.
- Nueva versión de GANES:** A section for 'GANES' with the text 'Si es usuario de GANES, actualice aquí la versión v.2.0.9.r2'.
- Albaranes y Depósitos Online:** A section for 'Albaranes y Depósitos Online' with the text 'Cree desde aquí sus Albaranes y Depósitos Online...'
- Burofax:** A section for 'Burofax' with the text 'Envíelo ahora desde su ordenador, sin necesidad de desplazarse y con un solo click...'

At the bottom of the page, there is a footer with 'Información de Interés | Cláusulas de utilización del servicio', 'Aviso Legal', 'Política de privacidad', 'Garantía de confidencialidad', and '© Copyright 2005 Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.' along with a logo for 'Servicio al Cliente'.

45. Ver nota 42.

#### 4.2.5. El derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las administraciones públicas

El artículo 6.2 k de la LAE reconoce a los ciudadanos, en los términos previstos en la LAE, el derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las administraciones públicas, siempre y cuando utilicen estándares abiertos “o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.”

La configuración de los registros electrónicos, por tanto, podrá ser accesible para las aplicaciones que, sin basarse en estándares abiertos, lo hagan en otros que meramente “sean de uso generalizado por los ciudadanos.” El artículo 4. i) y el derecho concreto del artículo 6.2.º k) de la LAE, permiten afirmar que esta configuración de los registros no lesionaría el general derecho de acceso.

### 5. La necesidad de contextualizar el registro electrónico respecto de las novedades más transformadoras que aporta la nueva legislación de la Administración electrónica en la relación ciudadano-Administración pública, y en su organización y funcionamiento. En especial, la actuación administrativa automatizada

El artículo 38.2 de la LAE, dictado al amparo del artículo 149.1.18, al regular la terminación de los procedimientos por medios electrónicos, establece que podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto.

Sin el carácter de precepto básico, ni el de aplicación plena, el artículo 39 establece los requisitos y condiciones previos para implantar la actuación ad-

ministrativa automatizada, definida en el anexo de definiciones de la LAE como aquella producida por un sistema de información adecuadamente programado, sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye, añade la definición, la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación.

En estos casos, el Registro podría ser un órgano administrativo diseñado no solo como la puerta virtual de las solicitudes, requerimientos y cualquier comunicación, y de los documentos que se acompañan a estos, dirigidos a otros órganos administrativos. Es un órgano electrónico que, según las funciones que tenga atribuidas, puede ayudar al ciudadano e incrementar la eficacia de la actuación administrativa. Se podría considerar que utilizo equívocamente los conceptos de la sede electrónica<sup>46</sup> y del registro electrónico, porque los servicios de ayuda al ciudadano en los procedimientos automatizados aparentemente deberían establecerse en la sede electrónica.

Creo que no necesariamente la sede electrónica, como oficina administrativa virtual, es accesible desde una dirección electrónica, a través de la cual y mediante la utilización de una red de telecomunicaciones se puede consultar la información y utilizar los servicios que se ofrecen: Es la “casa consistorial o sede administrativa virtual.” Puede darse el caso de que la sede electrónica sea accesible a través de múltiples direcciones o, incluso, que esté integrada por varias páginas web que, en apariencia, tengan cierta autonomía en cuanto a su administración y/o mantenimiento. La dirección es la puerta de acceso a un servidor concreto –y, para ser más precisos, a una parte del mismo– donde se encuentran alojadas las páginas web cuya consulta a través de una red de telecomunicaciones permite obte-

46. La sede electrónica.

1. La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una administración pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias.

2. El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma.

3. Cada Administración pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas.

4. Las sedes electrónicas dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias.

5. La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

ner información o utilizar los servicios administrativos ofrecidos por esta vía.<sup>47</sup>

Pero la ayuda al ciudadano, al igual que en la sede física, la pueden realizar personas y unidades administrativas y órganos con capacidad de complementar la información y el asesoramiento a los ciudadanos. Por ello, me parece adecuado que se imputen al órgano administrativo registro electrónico todas las operaciones previas a la solicitud, comunicación electrónica o documento o copia electrónica que finalmente se presentaran ante ese órgano, en los procedimientos que constituyen una actuación administrativa automatizada de respuesta inmediata o cuasi inmediata.

Operaciones que podemos ejemplarizar en la previsión del artículo 35.3 de la LAE, cuando establece que, con objeto de facilitar y promover su uso, los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras administraciones e, incluso, ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el ciudadano verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.

El ciudadano, en los procedimientos que constituyen una actuación administrativa automatizada, entabla un diálogo con el programa informático, en el proceso de cumplimentación de formularios formalizados, a los que deben acompañarse concretos documentos obrantes en archivos públicos o no, o documentos que él debe cumplimentar y que le aparecen en la pantalla (por ejemplo una declaración de ingresos para quien no está obligado a declarar por IRPF, o una declaración de no estar incurso en incompatibilidades).

El ciudadano entabla, de hecho, una relación que le conduce a una actuación administrativa automatizada, producida por un sistema de información adecuadamente programado, sin necesidad de intervención de una persona física. De acuerdo con la LAE, los actos de trámite o resolutorios que se producen en el seno de la misma, deben imputarse a un órgano que debe ser considerado responsable (el artículo 39 de la LAE señala a efectos de impugnación, pero no es solo a estos efectos, también a los de queja o petición de responsabilidad disciplinaria).

Puede suceder que el programa, finalmente, no nos permita formular la comunicación electrónica –por ejemplo, por falta de documentos–, o que, una vez presentada, nos rechace determinados documentos o nos entregue el recibo y nos comunique el acto trámite de que disponemos de 10 días para aportar documentos en el registro electrónico o en un registro físico.

Si entendemos las actuaciones electrónicas automatizadas como aquellas realizadas por máquinas, de las que son responsables personas físicas que están al frente de los órganos administrativos no virtuales competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, imputar al registro electrónico todas las actuaciones de iniciación de un expediente electrónico que constituye una actuación administrativa automatizada, puede simplificar en ocasiones imputar responsabilidades, en positivo o en negativo, en autoridades y órganos administrativos físicos. Es más, si todos estos procedimientos se configuran en un registro electrónico especializado, se puede dotar al programa de explicaciones orales o visuales, que ayuden y faciliten la actuación al ciudadano.

## 6. La obligación de crear registro(s) electrónico(s) en las AAPP que integran el ámbito subjetivo de aplicación de la LAE

La LAE impone la creación de registros electrónicos para todas las administraciones (artículo 24 de la LAE, un precepto dictado al amparo del artículo 149.1.8 CE).

Es importante destacar que establece que ha de existir al menos un sistema de registros en cada Administración, que admita todo tipo de solicitud, escrito o comunicación (artículo 24.3.º de la LAE).

Desde la perspectiva de la relación entre las diputaciones y los entes locales de la provincia, se podría formular la posibilidad de establecer un registro telemático al servicio de los municipios de la provincia. Esta posibilidad se fundamentaría en la regulación de los registros establecida en la LAE, que permite que, mediante con-

47. VALERO TORRIJOS, Julián, "Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos", en la obra colectiva *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 237.

venio, el registro de la Diputación actúe como registro de los municipios, y en la DF 4 de la LAE.<sup>48</sup>

Además, para atender las deficiencias estructurales de alguna de nuestras administraciones (locales), y para facilitar la efectividad del derecho a la relación electrónica, podría ser útil crear registros comunes para diversas administraciones públicas (o todas). Todo ello sin perjuicio de la aspiración de disponer de la ventanilla única.

La creación del registro electrónico es imprescindible para garantizar el derecho a relacionarse electrónicamente con las AAPP, y por ello, la plena operatividad de los derechos reconocidos en el artículo 6 de la LAE exige su creación en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 24 de la LAE (registros para procedimientos concretos mediante modelos electrónicos normalizados y un sistema de registro que permita presentar cualquier tipo de documento o comunicación).

## 7. La creación de un registro electrónico<sup>49</sup>

El artículo 25.1 de la LAE establece que las disposiciones de creación de registros electrónicos se publicarán en el Diario Oficial correspondiente, y su texto íntegro deberá estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro. En todo caso, las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados

como inhábiles a los efectos previstos en el artículo siguiente.

En el ámbito local, estas disposiciones adoptarán la forma de ordenanzas o reglamentos (ver el anexo de los que hemos consultado en la realización de este trabajo), y su contenido, cuando se aprueban con posterioridad a la LAE, debe cumplir con lo previsto en esta norma. A su vez, como pone de manifiesto Rego Blanco,<sup>50</sup> la creación de un registro electrónico, en lo que tiene de creación de un nuevo órgano administrativo, tiene su regulación básica general en el artículo 11 de la LRJPAC.

De acuerdo con el artículo 11 de la LRJPAC, los requisitos mínimos que han de integrarse con las previsiones de la LAE son:

a) Determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate y su dependencia jerárquica. Al respecto, la LAE especifica que habrá, en todo caso, que determinar el órgano o unidad responsable de la gestión del registro electrónico. Este extremo deberían establecerlo las ordenanzas que crean los registros electrónicos, ya que en otro caso deberán hacerse depender de la Alcaldía-Presidencia.<sup>51</sup>

b) Delimitación de sus funciones y competencias. Las funciones que la LAE asigna a los registros electrónicos son "la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones" (artículo 24.1). La disposición de creación de este tipo de registros, por tanto, tendrá que identificar, directa o indirectamente, la clase de documentos (tasados o no) que admitirá el registro en

48. DF 4: "En el ámbito de las entidades que integran la Administración local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las diputaciones provinciales, o en su caso los cabildos y consejos insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos."

49. Ejemplos de disposición de creación de un registro electrónico son la Orden EHA/693/2008, de 10 de marzo, que regula el Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda, y todas las ordenanzas y reglamentos locales que se citan en el anexo.

50. REGO BLANCO, Dolores, "Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas", citada, p. 374.

51. Así, por ejemplo, la Ordenanza reguladora de la Administración electrónica de Barcelona establece que el ámbito objetivo de la Ordenanza es la Administración municipal (que integra, dice la Ordenanza, además de los órganos administrativos integrantes del Ayuntamiento de Barcelona: los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, el resto de entidades vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Barcelona y los consorcios donde sea mayoritaria, directa o indirectamente, la representación del Ayuntamiento de Barcelona), pero, en cambio, al regular el registro telemático, se establece que se integrará a todos los efectos en el Registro general del Ayuntamiento.

Las ordenanzas aprobadas con posterioridad a la LAE, las que hemos examinado, no cumplen en muchas ocasiones este requisito, y cuando señalan la dependencia orgánica, la integran en ocasiones en la Secretaría General (así, la Ordenanza del registro de la Diputación de Zamora señala que: "Tanto el Registro General como los Registros Auxiliares dependen funcionalmente del Jefe del Servicio de Actas y Registro General y, en última instancia, del Secretario General de la Diputación Provincial, como directores del Registro único" –artículo 3.4–, y la Ordenanza del registro de la Diputación de Ciudad Real –artículo 1.3), en el alcalde (la Ordenanza de Las Gabias responsabiliza de la seguridad del registro al alcalde presidente, artículo 5), o en la Delegación municipal a la que la Alcaldía delegue las atribuciones correspondientes al registro (Ordenanza del registro del Ayuntamiento de Valencia).

cuestión. Esta información, debidamente actualizada, habrá de facilitarse obligatoriamente en la sede electrónica de acceso al registro (artículo 25.2 de la LAE). La función de recepción y remisión de documentos es, como hemos reiterado, la principal de los registros electrónicos,<sup>52</sup> pero no la única.

c) Dotación de créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

Las ordenanzas y reglamentos que hemos consultado no hacen referencia a este dato. Rego Blanco<sup>53</sup> afirma que, en la Administración General del Estado, lo habitual es hacer mención expresa a que la creación del nuevo registro no supone incremento de gasto público, dado que se atenderá con los medios materiales y humanos disponibles en la fecha.

A las anteriores determinaciones, que derivan del artículo 11 de la LRJPAC, el artículo 25 de la LAE añade algunas otras para la creación de registros electrónicos, y les otorga carácter básico:

a) Como contenido común, en las disposiciones de creación de registros electrónicos habrá de incluirse la referencia a la fecha y hora oficial por la que se rige

el registro.<sup>54</sup> Esto supone una peculiaridad respecto de los registros en papel, cuyo funcionamiento no requiere de estas precisiones. La necesidad de especificar la fecha y hora oficial que sigue el registro en cuestión, deriva en primer lugar de la posibilidad de acceder a estos registros desde cualquier punto del mundo. Además de ello, debe recordarse la existencia de dos horarios oficiales distintos en el territorio del Estado español (uno correspondiente a los territorios ubicados en Ceuta, Melilla, la Península Ibérica y el archipiélago balear, y otro para el archipiélago canario).

b) Es igualmente contenido básico de la disposición de creación, la especificación de “los días declarados como inhábiles”, a efectos del especial régimen de cómputo de plazos aplicable a los registros electrónicos, que más adelante se tratará. Esta es una de las novedades de la LAE (que eleva de rango lo dispuesto en el artículo 14.1.g del RD 772/1999, solo aplicable a registros estatales), a la que habrán de adaptarse muchos de los registros telemáticos ya en funcionamiento.<sup>55</sup>

En opinión, que compartimos, de Rego Blanco:

52. En este sentido, es paradigmática la regulación del artículo 7 de la Ordenanza del registro electrónico del Ayuntamiento de Valencia:

“Artículo 7. Funciones del Registro Electrónico El Registro Electrónico realizará las siguientes funciones: a) La recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones, así como de documentación en formato electrónico que pueda completar los escritos, solicitudes y reclamaciones, relativas a los trámites y procedimientos que se especifiquen en la web del Ayuntamiento de Valencia. b) La remisión de escritos y comunicaciones que se lleven a cabo por medios electrónicos. c) La anotación de los correspondientes asientos de entrada y salida se realizará de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

Obsérvese que incluye la realización de las comunicaciones y notificaciones electrónicas.

53. REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, citada.

54 En las ordenanzas examinadas hay soluciones diversas, y entre ellas algunas que no cumplen con lo previsto en la LAE. Entre estas, el Reglamento del registro electrónico del Ayuntamiento de Alconchel, que no hace mención a la fecha y hora por la que se rige el registro, o la Ordenanza municipal reguladora del registro electrónico del Ayuntamiento de Alcobendas, que en su artículo 3 establece que el registro electrónico estará en funcionamiento las veinticuatro horas del día, todos los días del año, y se regirá por la fecha y hora oficial española (sin precisar cuál). Cumplen con lo previsto en la LAE, entre otras, la Ordenanza reguladora del registro electrónico de Bujalance, que en su artículo 1 prevé que el Registro Electrónico del Ayuntamiento se regirá por la fecha y hora oficial española correspondiente a la península y al archipiélago Balear, que deberá figurar visible en la dirección electrónica de acceso al mismo, y el Reglamento regulador de la Administración electrónica en el Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria (artículo 16.2: “El Registro Electrónico del Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria se regirá, a efectos de cómputo de plazos, imputables tanto a los interesados como a las Administraciones Públicas, por la fecha y la hora oficiales de la Sede Electrónica, que contará con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar visible.”)

55. Entre los reglamentos y ordenanzas examinados, los que se han aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de la LAE (Ayuntamientos de Barcelona, Málaga y Catarrosa, y Diputación de Huesca) no especifican el calendario de días inhábiles. Esta cuestión ya se resuelve de manera expresa en las ordenanzas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LAE. Así, por ejemplo, la Ordenanza del Ayuntamiento de Alconchel (Badajoz), en el artículo 7.4 establece que: “A los efectos del cómputo de los plazos previstos, el calendario de días inhábiles será el fijado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, correspondiendo en consecuencia a los fijados por el Estado para todo el territorio nacional y la Comunidad Autónoma de Extremadura para todo el ámbito autonómico y los propios del municipio”, y la Ordenanza del Ayuntamiento de Valsequillo (Gran Canaria), en su artículo 16.2 c, establece que: “Se consideran días inhábiles, a efectos del Registro Electrónico de la Administración municipal, los establecidos como días festivos en el calendario oficial de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias y de fiestas locales de este municipio.”

“La LAE no está en este punto modificando lo dispuesto en el art. 48.7 LRJPAC, ni tampoco abre la puerta a una supuesta y adicional declaración anual de días inhábiles por los órganos responsables de los registros electrónicos, que se solapara con los distintos calendarios de días inhábiles a los que la LRJPAC se refiere (...) Lo que se desprende del apartado que comentamos es simplemente que la disposición de creación del registro electrónico habrá de especificar cuál de los calendarios oficiales (estatal o autonómico) tendrá como referencia para desempeñar sus funciones (y así determinar, por ejemplo, la fecha de en que se entienden presentados solicitudes y escritos); y para ello, habrá de tener en cuenta el ámbito territorial de las competencias del órgano titular de la sede electrónica del registro. De manera que si, por ejemplo, se trata del registro de un órgano o entidad pública cuyo ámbito territorial de competencia sea local, el calendario de días inhábiles por el que se rija su registro telemático, no podrá desconocer los días inhábiles locales; mientras que si su ámbito territorial de competencias fuera autonómico, no cabra regirse únicamente por el calendario estatal. La realidad es que están funcionando desde hace tiempo registros electrónicos para los cuales no se ha especificado un calendario de días inhábiles, con lo que la entrada en vigor de la LAE proyecta una importante sombra de inseguridad jurídica sobre su funcionamiento, y en concreto, sobre cuál ha de ser la fecha de recepción de los documentos.”

Finalmente, las ordenanzas examinadas regulan otros extremos establecidos en otros preceptos de la LAE, distintos del artículo 25, o que sin estar establecidos expresamente en este precepto resulten imprescindibles para la utilización del registro electrónico: a) el uso de la firma electrónica y los certificados admitidos; b) los requisitos técnicos necesarios para la utilización del registro; c) el contenido de los asientos individualizados a que dará lugar la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones; o d) qué sucede cuando se intenta una presentación que no cumple con los requisitos exigidos o se detectan anomalías técnicas en la transmisión telemática.

## 8. Los tipos de documentos que pueden admitir los registros electrónicos

Ya hemos hecho referencia a esta cuestión,<sup>56</sup> y al hecho de que los registros electrónicos (denominados telemáticos) anteriores a la entrada en vigor de LAE solo admitían los documentos relativos a los procedimientos y trámites que, adecuándose a determinados criterios, se especificaban en la norma de creación del registro, y que eran competencia del órgano o entidad que había creado el registro.

La LAE modifica de forma radical esta situación, al establecer, como hemos dicho, en el artículo 24.2 que “Los registros electrónicos podrán admitir: a) Documentos electrónicos normalizados correspondientes a los servicios, procedimientos y trámites que se especifiquen conforme a lo dispuesto en la norma de creación del registro, cumplimentados de acuerdo con formatos preestablecidos. b) Cualquier solicitud, escrito o comunicación distinta de los mencionados en el apartado anterior dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro.”

Regulación que se completa con el artículo 24.3 de la LAE, que obliga a todas las administraciones públicas a dotarse de, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública. A su vez, el precepto, cuando se trate de habilitar los registros electrónicos para la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones de la competencia de otra Administración, remite al convenio interadministrativo.

A) Se regula, por tanto, una “admisión restringida” de documentos, que era la característica propia de los registros telemáticos tal y como eran regulados por el apartado 9 del artículo 38 de la LRJPAC. En este sentido, la LAE refleja la limitación de que los documentos se refieran a servicios, procedimientos y trámites determinados por la norma de creación del registro, y añade la condición de que los documentos electrónicos sean normalizados y cumplimentados de acuerdo con los formatos preestablecidos. Escritos y documentos que solo pueden dirigirse a los órganos especificados en la norma de creación del registro en cuestión.

56. Ver apartados “2. Las funciones de los registros” y “4.2.1. El carácter voluntario de la relación electrónica y las posibilidades de variar de medio de relación: el mantenimiento del consentimiento como criterio general para la relación electrónica y la obligación o no de utilizar modelos o sistemas electrónicos normalizados en la relación electrónica. Su incidencia en los registros electrónicos.”

Este extremo permite una mayor coordinación entre el responsable de la gestión y el del registro, que pasa a ser un gestor único.

B) El apartado b) abre las puertas a la recepción de otros documentos distintos de los anteriores, es decir, a documentos que no sean los previamente tasados en cuanto a su formato, normalización y características, ya sean solicitudes o meros escritos o comunicaciones. Con todo, el destinatario del documento debe ser "órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro." La Orden EHA/693/2008, de 10 marzo, en el artículo 2, establece que el Registro Electrónico podrá admitir: cualquier solicitud, escrito o comunicación, dirigido a cualquier órgano o entidad del ámbito de la Administración titular del registro, con el alcance establecido en el apartado 2.b) del artículo 24 de la LAE, pero indica que "La tramitación de estos documentos se realizará conforme a lo dispuesto en la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda que apruebe el procedimiento para su presentación en el Registro, la cual asimismo aprobará el formulario correspondiente que será objeto de publicación en la sede del Ministerio de Economía y Hacienda."

C) El artículo 24.3 de la LAE obliga a todas las administraciones públicas a dotarse de, al menos, un siste-

ma de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública.

Finalmente, la LAE no resuelve expresamente nada en relación a:

a) Los efectos de la utilización de los registros electrónicos para la remisión de escritos o solicitudes para cuya admisión, de acuerdo con la disposición de creación, no estén habilitados.

b) La comunicación obligada al usuario del registro de los efectos (de la remisión de los indicados escritos).

En este caso se aplicarán las normas estatales, autonómicas y locales dictadas en los ámbitos en que no existe regulación básica, como es en este caso. Las ordenanzas que hemos examinado resuelven la cuestión de manera diversa, en unos casos se establece que los documentos se considerarán como no presentados y ello se hará saber a los interesados a través de mensajes de error, o advirtiendo que la no emisión del correspondiente recibo conlleva la no recepción; en otros, se atiende con mayor cuidado al ciudadano y se le indica el motivo de la inadmisión, y la forma y lugar alternativo de presentar los documentos.<sup>57</sup>

57. En el caso de la Ordenanza de Barcelona, el registro ya no admite los documentos. El artículo 35.5 establece que: "El Registro telemático no admitirá la presentación de solicitudes, escritos o comunicaciones que no sigan los modelos descritos en el artículo 22 anterior o no cumplan todos los mecanismos de identificación y de acreditación de la voluntad de los ciudadanos que fije el Ayuntamiento de conformidad con las previsiones de esta Ordenanza."

La Ordenanza de Alconchel prevé la imposibilidad de presentar: a) solicitudes, escritos y comunicaciones no incluidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento y en el anexo del mismo, e indica que tal presentación no producirá efecto alguno y se tendrá por no realizada (artículo 4); y b) los documentos adjuntos a los formularios, solicitudes, escritos y comunicaciones presentados en el Registro Electrónico (que permite que sean en formatos pdf, jpg, tif o cualquier otro que cumpla los requisitos de accesibilidad comúnmente aceptados) que no sean legibles o sean defectuosos, se entenderán como no presentados (artículo 6). En ambos casos, y siempre que se intente una presentación que no cumpla con los requisitos exigidos o se detecten anomalías técnicas en la transmisión telemática de los documentos, el sistema no practicará asiento alguno en el registro de entrada, y pondrá en conocimiento del presentador dicha circunstancia mediante los correspondientes mensajes de error (artículo 10).

La Ordenanza del Ayuntamiento de Bujalance y la del Ayuntamiento de Cabra obligan a comunicar al interesado la inadmisión, con indicación de dónde debe presentar el escrito. El artículo tercero 3 de ambas ordenanzas establece que: "Cuando la persona interesada presente ante el Registro Electrónico del Ayuntamiento solicitudes, escritos y comunicaciones no relacionados con los procedimientos y actuaciones a que se refiere el punto 1, tal presentación no producirá ningún efecto, y se tendrá por no realizada, comunicándose a la persona interesada tal circunstancia, indicándole los registros y lugares que para su presentación habilita el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre." Una regulación casi idéntica se contiene en la Ordenanza de la Diputación de Huesca.

Una solución muy parecida establece la Ordenanza de Castelló de Rugat en el artículo 2.2: "El Registro estará habilitado únicamente para la presentación de escritos y solicitudes, así como de documentación en formato electrónico que pueda completar los escritos y solicitudes, respecto de los trámites y procedimientos que se relacionen en la web municipal. Los escritos y comunicaciones de trámites no relacionados en la web carecerán de efectos jurídicos y se tendrán por no presentados, comunicándose al interesado dicha circunstancia, por si considera conveniente utilizar cualesquiera de las formas de presentación de escritos ante el Ayuntamiento que prevé la legislación de procedimiento administrativo común."

La Ordenanza de la Diputación de Zamora establece que la recepción de escritos, solicitudes y comunicaciones para procedimientos o trámites no relacionados en el anexo I de la misma, o los que posteriormente puedan incorporarse a este, no producirá ningún efecto, considerándose la presentación como no efectuada y procediéndose a su archivo (artículo 32), y que el usuario será advertido de que la no recepción del recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo

## 9. El funcionamiento de los registros electrónicos

### 9.1. La información, relativa al registro electrónico, que debe obrar en la sede electrónica del registro

La LAE determina la información que todos los registros electrónicos han de ofrecer a sus usuarios, tanto en castellano como en las demás lenguas españolas cooficiales que correspondan, de acuerdo con los criterios del artículo 36 de la LRJPAC (disposición adicional 6.ª de la LAE). El apartado 1 del artículo 25 de la LAE establece que las disposiciones de creación de registros electrónicos se publicarán en el Diario Oficial correspondiente, y su texto íntegro deberá estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro.

A su vez, el apartado 2 del indicado precepto establece que, en la sede electrónica de acceso al registro, también figurará la relación actualizada de las solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse en el mismo, que, como sabemos, puede o no ser tasada. En caso de que lo sea, en la sede electrónica habrá de figurar la relación de documentos normalizados correspondientes, debidamente actualizada.

### 9.2. La emisión de recibos acreditativos de la presentación de documentos

Los registros electrónicos emitirán automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la

fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro (artículo 25.3 de la LAE), emisión que tiene carácter imperativo. Si se aportan documentos con la solicitud, escrito o comunicación que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad, los registros electrónicos generarán recibos acreditativos de la entrega de estos documentos que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados (artículo 25.4 de la LAE.). Este régimen jurídico ofrece mayores garantías que el régimen jurídico de los registros tradicionales (artículo 38 de la LRJPAC), que no prevé ninguna forma de acreditación por parte de la Administración pública de los documentos acompañados al escrito principal.

La LAE no establece la manera en que el recibo debe enviarse. La Ley Foral 11/2007 de implantación de la Administración electrónica en la Comunidad Foral de Navarra, acepta el envío al correo electrónico o al dispositivo de firma electrónica utilizado por el presentador del documento (artículo 6.1.d). Entre las ordenanzas examinadas, las de los ayuntamientos de Alconchel, Alcobendas, Barcelona, Málaga, Hornachos, Fraga, y las de las diputaciones de Granada, Huesca, Ciudad Real y Zamora no indican nada al respecto (se limitan a establecer que el registro libraré el recibo); las ordenanzas de los ayuntamientos de Valencia, Castelló de Rugat, Cabra, Bujalance y Las Gabias establecen que el registro electrónico emitirá, por el mismo medio, un mensaje de confirmación de la recepción de la solicitud, escrito o comunicación; en el mismo sentido, la Ordenanza del Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria establece que el recibo será dirigido a la direc-

---

la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, o, en su caso, la recepción de un mensaje de indicación de error o deficiencia de transmisión, supondrá la no recepción de la solicitud, escrito o comunicación, y por lo tanto, deberá realizarse la presentación en otro momento o por otros medios (artículo 40). A su vez, diferencia las solicitudes que se tienen por no presentadas de las solicitudes defectuosas ("si una vez recibida la solicitud, escrito o comunicación por vía electrónica y emitido el recibo por la Diputación Provincial, no es posible por cualquier circunstancia acceder a su contenido o este contiene errores o defectos, se considerará que la solicitud, escrito o comunicación es defectuosa y se concederá un plazo de diez días al interesado para su subsanación", artículo 41).

La Ordenanza del Ayuntamiento de Catarroja realiza una regulación singular respecto del resto de ordenanzas, dado que admite cualquier tipo de documento electrónico con una serie de condiciones, y en el caso de la imposibilidad de proceder a la lectura de dicho documento electrónico por anomalías en el mismo o cualquier otra causa, ello no invalida el acto de presentación telemática de la instancia: "Artículo 3.5. El servicio de presentación telemática de registros admitirá la posibilidad de adjuntar un número indefinido de documentos electrónicos a la instancia que se esté registrando con las siguientes salvedades: – El tamaño total agregado del conjunto de los documentos electrónicos adjuntos a la instancia está limitado a 5Mb. por instancia. – El servicio de presentación telemática de instancias aceptará cualquier documento electrónico en los formatos enumerados en la relación publicada en la dirección <https://www.ayto-catarroja.es/cavi/anexos.html> y que corresponden a los formatos electrónicos que el Ayuntamiento de Catarroja puede tratar y proceder a su lectura. – No obstante, la presentación de un documento electrónico adjunto en formato distinto a los aceptados por el Ayuntamiento de Catarroja al igual que la imposibilidad de proceder a la lectura de dicho documento electrónico por anomalías en el mismo o cualquier otra causa, no invalidará el acto de presentación telemática de la instancia y sus documentos adjuntos, habilitándose un plazo adicional de 10 días a partir de la fecha de notificación al ciudadano para subsanar el error, normalizar el formato del documento electrónico o presentar copia física en papel."

ción electrónica de procedencia, y la del Ayuntamiento de Catarroja indica que el Ayuntamiento hará entrega al ciudadano, en su navegador, del justificante de presentación de instancia.

La LAE no establece las consecuencias que conlleva la falta de producción del recibo por el registro electrónico. Las ordenanzas examinadas, o no indican nada al respecto (ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona, Málaga, Alcobendas, Catarroja y Hornachos, y Ordenanza de la Diputación de Granada), o señalan que emitirán, en su caso, señal de error en la transmisión (ordenanzas del Ayuntamiento de Alconchel, Valsequillo de Gran Canaria y Fraga, y Ordenanza de la Diputación de Huesca), o establecen que debe advertirse al usuario que la no recepción del resguardo acreditativo de la presentación del escrito, solicitud o comunicación o, en su caso, la recepción de un mensaje de indicación de error, implica que no se ha producido la recepción del mismo, debiendo realizarse la presentación en otro momento o utilizando otros medios (ordenanzas del Ayuntamiento de Valencia, Bujalance, Cabra, Castelló de Rugat, Las Gabias, y Ordenanza de la Diputación de Zamora).

La regulación de las ordenanzas examinadas conlleva una interpretación del artículo 25.3 de la LAE (que

establece que “Los registros electrónicos emitirán automáticamente un recibo”), que hace recaer sobre el ciudadano el riesgo durante la transmisión. Interpretación que, como indica Rego Blanco, está generalizada en todas las normas de desarrollo de la LAE.<sup>58</sup>

La LAE establece que el contenido del recibo o justificante de recepción debe consistir en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, y las menciones a la fecha y hora de presentación (notarios electrónicos) y al número de entrada de registro, copia que necesariamente debe poder imprimirse y ser archivada por quien ha presentado el escrito.

La LAE no especifica cómo ha de determinarse la “hora de presentación”, extremo determinable de forma sencilla, cuando haya que hacerse, en los registros tradicionales, pero no así en los registros electrónicos, en los que la hora (el momento) en que comienza la emisión y aquella en la que la recepción se completa, suelen no coincidir, dada la diversidad de los factores que pueden ralentizar la velocidad de transmisión de datos a través de la red.

La LAE remite esta cuestión a las normas de desarrollo, que pueden optar por tres posibilidades: a) establecer como momento de presentación el de inicio de la transmisión; b) identificar el momento de presentación

58. REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, citada, en las páginas 383 y 384 explica:

“La omisión de este pormenor (cuándo emitir el recibo) no tendría mucha importancia de haber previsto la Ley las consecuencias de la falta de producción del mismo por el registro electrónico. Acabamos de ver que la expedición del recibo es una exigencia legal que no admite excepción. Su incumplimiento por parte de la Administración no debería perjudicar al administrado, quien debería mantener el régimen de garantías conseguido al margen de las nuevas tecnologías, o sea, encontrarse en una situación jurídica debilitada a la hora de probar la realidad de la presentación, pero no, se diría con una falta de presentación.

“Nada más lejos, por el contrario, de la legislación de desarrollo, que cuando aborda el supuesto, es para indicar que la falta de emisión del recibo debe tomarse como indicación de la no recepción del escrito, solicitud o comunicación por la Administración, por equivaler a un error en la transmisión. Así lo postula el art. 6 de la Ley Foral Navarra 11/2007, y multitud de normas reglamentarias. La solución ofrecida por estas normas, muchas incluso previas a la LAE, sin embargo, puede defenderse que no incurre en ilegalidad por vulneración del art. 70.3 LRJPAC. Amén del principio de aplicación preferente de la norma especial, que siempre podría traerse a colación, puede salvarse la validez de estas normas con una interpretación del art. 25.3 LAE en donde se subraye debidamente la nota de la automaticidad del recibo en su sentido más puro: el sistema de registro electrónico, establece la Ley, funciona ‘automatizadamente’, por lo que si efectivamente funciona emitirá el recibo, y si no funciona, no lo podrá expedir. Como la emisión del recibo no depende de la intervención de voluntad humana, sino que es automática, su omisión sólo puede equivaler a una no recepción, con lo que ninguna tacha de ilegalidad cabría hacer a los reglamentos que así lo recogen en su texto.

“En definitiva, este régimen hace recaer sobre el administrado el riesgo durante la transmisión, al igual que sucede cuando la presentación se realiza en los registros tradicionales (muchos avatares, por ejemplo, pueden impedir que una persona llegue en una fecha y hora concretas a la oficina de registro). Si esto es así, si el riesgo de la transmisión recae en el usuario (y nada puede objetarse a que así sea), esto tiene la suficiente entidad, a mi juicio, para que se diga abiertamente, de forma que los usuarios sepan, con toda certeza, cuáles son las condiciones y consecuencias jurídicas derivadas de la utilización de estos nuevos medios. La Ley hubiera sido más congruente consigo misma si hubiera incluido en el punto 3 del art. 25 la obligación de que el usuario fuera siempre informado de que la falta de emisión del recibo acreditativo de la entrega equivale a la no recepción de su documento en el registro. Fácilmente podría darse satisfacción a esta exigencia obligando a tener visible en todo momento la información sobre las consecuencias de que el registro no emita recibo, y mucho mejor imponiendo la puesta en conocimiento del usuario de la no recepción. En mi opinión especificarlo hubiera servido mejor al fin de ‘crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos’ y al principio de seguridad jurídica.”

con el de finalización de la recepción del documento por la Administración,<sup>59</sup> y c) establecer como hora de presentación la del inicio de la transmisión, pero condicionada a que finalice de manera correcta.

Hay que advertir, finalmente, que la LAE no regula las causas y las consecuencias de las posibles interrupciones del funcionamiento de los registros electrónicos.

### 9.3. El cómputo de plazos

El artículo 26 de la LAE regula el cómputo de plazos y establece en sus tres primeros apartados las siguientes reglas: a) que los registros electrónicos se regirán, a efectos de cómputo de los plazos imputables, tanto a los interesados como a las administraciones públicas, por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar visible; b) que los registros electrónicos permitirán la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro horas, y c) que a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles o naturales, y en lo que se refiere a cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

Las anteriores reglas no presentan una especial dificultad interpretativa, no así los contenidos en los apartados 4 y 5 del precepto, que establecen lo que sigue:

–El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir los órganos administrativos y entidades de Derecho público vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el propio registro o, en el caso previsto en el apartado 2.b del artículo 24, por la fecha y hora de entrada en el registro del destinatario. En todo caso, la fecha efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el escrito, solicitud o comunicación.

–Cada sede electrónica en la que esté disponible un registro electrónico determinará, atendiendo al ámbito territorial en el que ejerce sus competencias el titular de aquella, los días que se considerarán inhábiles a los efectos de los apartados anteriores. En todo caso, no será de aplicación a los registros electrónicos lo dispuesto en el artículo 48.5 de la LRJPAC (que recordemos establece que “cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso”).

Este último precepto conlleva que un mismo día pueda tenerse tanto por inhábil como por hábil en un mismo procedimiento, dependiendo solo de si se va a emplear o no un registro electrónico, puesto que el artículo 48.5 de la LRJPAC se mantiene vigente para cuando se use el registro tradicional, y utilizar uno u otro registro depende de la voluntad del usuario (salvo el supuesto previsto en el artículo 27.6 de la LAE).

El anterior hecho no afecta al ciudadano desde la perspectiva del cumplimiento de los plazos, puesto que, desde esta perspectiva, es indiferente que la documentación se presente en día inhábil, ya que lo trascendente es que tenga lugar dentro de plazo, y este siempre finalizará en un día hábil, por aplicación del artículo 48.3 de la LRJPAC (“cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”). No hay que olvidar que el artículo 48.3 de la LRJPAC es aplicable tanto si los plazos se expresan en meses o años, como si lo hacen en días naturales.

Desde la perspectiva de la Administración, tiene mayor trascendencia la regulación prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 26 de la LAE. El apartado 4 afecta al cómputo del inicio del plazo máximo para resolver procedimientos a instancia de interesado (no a los iniciados de oficio). La LRJPAC identifica el día inicial del cómputo del plazo para resolver con “la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación” (artículo

59. Esta solución es la más común. Así, por ejemplo, el artículo 7.3 de la Ordenanza de Alconchel establece que a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles, la recepción en un día inhábil se entenderá efectuada en la primera hora del primer día hábil siguiente. A estos efectos, en el asiento de entrada, se inscribirán como fecha y hora de presentación aquellas en las que se produjo efectivamente la recepción, constando como fecha y hora de entrada las cero horas y un segundo del primer día hábil siguiente, y el artículo sexto.2 de las ordenanzas de Bujalance y Cabra establece también que: “2. A los efectos del cómputo de plazo, la recepción en un día inhábil se entenderá efectuada el primer día hábil siguiente. A estos efectos, en el asiento de entrada se inscribirán como fecha y hora de presentación aquellas en que se produjo efectivamente la recepción, constando como fecha y hora de entrada las cero horas y un segundo del primer día hábil siguiente.”

42.3.b). Este es el criterio de la LAE para el supuesto en que la presentación se lleve a cabo en un registro de los previstos en su artículo 24.2.b, esto es, de los que pueden admitir escritos dirigidos a cualquier órgano de la misma Administración pública en la que se integra el órgano titular del registro electrónico receptor. Pero si el registro al que se acude es del tipo 24.2.a de la LAE (los que solo admiten documentos para cuya tramitación es competente su órgano titular, que son los predominantes en el ámbito estatal), el artículo 26.4 de la LAE introduce una especialidad para determinar *dies a quo*, pues hay que atenerse a “la fecha y hora de presentación de la solicitud”, y no a la de entrada.

Esto tiene importancia para cuando la presentación tiene lugar en un día inhábil, pues la LAE solo permite aplicar a los interesados la regla según la cual la presentación en día inhábil se entiende realizada en el día hábil siguiente. Por ello, como indica Rego Blanco,<sup>60</sup> la conjunción de los apartados 3 y 4 del artículo 26 de la LAE se encuentra con el inconveniente de que, si la presentación de una solicitud se hace en día inhábil, la Administración en cuestión tendrá que comenzar a computar el plazo máximo para resolver en ese mismo día (inhábil), con la consiguiente reducción del plazo efectivo para resolver y notificar en un día (mínimo), cosa que no ocurriría si la presentación se hubiera hecho en papel o bajo el régimen de los registros telemáticos del antiguo artículo 38.9 de la LRJPAC.

### Anexo de ordenanzas consultadas

ORDENANZA REGULADORA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (texto vigente acuerdo del Consejo plenario de 30 de enero de 2009).

BOP Barcelona, núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

Accesible en:

<http://www.bcn.es/orae/cat/welcome.htm>

ORDENANZA MUNICIPAL REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE ALCOBENDAS (Madrid). Aprobada inicialmente por el Ayuntamiento-Pleno, en sesión celebrada el día 1 de abril de 2008.

Accesible en:

[http://www.alcobendas.org/portalAlcobendas/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_45463\\_1.pdf](http://www.alcobendas.org/portalAlcobendas/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_45463_1.pdf) accesible

REGLAMENTO DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE ALCONCHEL (Badajoz).

BOP Badajoz - Anuncio 06718/2008 del Boletín núm. 157.

ORDENANZA REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DE BUJALANCE (Córdoba).

BOP Córdoba, núm. 35, de 22 de febrero de 2008.

ORDENANZA REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DE CABRA (Córdoba).

BOP Córdoba, núm. 201, de 10 de noviembre de 2008.

ORDENANZA REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE CASTELLÓ DE RUGAT.

BOP Valencia, núm. 162, de 10 de julio de 2009.

ORDENANZA MUNICIPAL POR LA QUE SE ACUERDA LA CREACIÓN Y REGULACIÓN DE UN REGISTRO TELEMÁTICO EN EL AYUNTAMIENTO DE CATARROJA.

Accesible en: <http://www.catarroja.es/>

[ilive/Main?ISUM\\_ID=center&ISUM\\_SCR=linkServiceScr&ISUM\\_CIPH=7Vr93ncmKNKYrDrAsTiETmuSp09cQiyDrCEciSanRotVoK5h%2F82op6Z%2Fa5iiforS2HBcS99SSiog%0AlFehXDRhkG9%2B%2BwlkiacG4UezbsQrQq3GNvFH6VB9JZkKotkROaHAfr6L4t8jPVqp dWEus9QNwUcE%0AkK850dhQ](http://www.catarroja.es/ilive/Main?ISUM_ID=center&ISUM_SCR=linkServiceScr&ISUM_CIPH=7Vr93ncmKNKYrDrAsTiETmuSp09cQiyDrCEciSanRotVoK5h%2F82op6Z%2Fa5iiforS2HBcS99SSiog%0AlFehXDRhkG9%2B%2BwlkiacG4UezbsQrQq3GNvFH6VB9JZkKotkROaHAfr6L4t8jPVqp dWEus9QNwUcE%0AkK850dhQ)

ORDENANZA REGULADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO GENERAL DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, DE SU SECCIÓN DE REGISTRO DE PROPOSICIONES DE LICITADORES Y DE LA CREACIÓN Y REGULACIÓN DE UN REGISTRO AUXILIAR ELECTRÓNICO.

BOP Ciudad Real, núm. 29, de 9 de marzo de 2009.

Accesible en: [www.dipcr.com](http://www.dipcr.com)

REGLAMENTO DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE HUESCA.

BOP Huesca, núm. 198, de 14 de octubre de 2008, p. 4046.

ORDENANZA REGULADORA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ZAMORA Y DEL REGISTRO ELECTRÓNICO.

60. REGO BLANCO, Dolores, “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, citada, p. 389.

Accesible en:  
<http://www.diputaciondezamora.es/index.asp?MP=8&MS=150&MN=2&TR=A&IDR=1&iddocumento=756>

REGLAMENTO DEL REGISTRO TELEMÁTICO DEL AYUNTAMIENTO DE FRAGA.

BOP Huesca, núm. 99, de 23 de mayo de 2008, p. 2082.

ORDENANZA MUNICIPAL REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE LAS GABIAS.

BOP Granada, núm. 147, de 4 de agosto de 2008, p. 103.

ORDENANZA REGULADORA DE LA PRESTACIÓN TELEMÁTICA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL REGISTRO TELEMÁTICO DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

Accesible en:  
[http://www.ayto-malaga.es/Malaga\\_24horas/jdv/legislacion/EQP60T\\_verdoc.jsp?idnorma=241](http://www.ayto-malaga.es/Malaga_24horas/jdv/legislacion/EQP60T_verdoc.jsp?idnorma=241)

REGLAMENTO DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE HORNACHOS.

Accesible en:  
<http://hornachos.dip-badajoz.es/index.php/mod.pags/mem.detalle/idpag.107/idmenu.1138/chk.70ed859a69d497c00c9f2bf7bf717617.html>

ORDENANZA PROVINCIAL DE EJECUCIÓN ELECTRÓNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y REGULACIÓN DEL REGISTRO TELEMÁTICO DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE GRANADA.

BOP Granada, de 23 de mayo de 2007.

REGLAMENTO REGULADOR DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN EL AYUNTAMIENTO DE VALSEQUILLO DE GRAN CANARIA.

BOP Las Palmas, de 4 de febrero de 2009.

ORDENANZA REGULADORA DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DEL AYUNTAMIENTO DE VALENCIA.

BOP Valencia, de 13 de marzo de 2009. ■

# Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de servicios

Eduard Paricio Rallo  
Magistrado

## 1. Planteamiento general

- 1.1. Contenido de la Directiva
- 1.2. La adaptación prevista
- 1.3. La posición municipal

## 2. Alguna precisión sobre el alcance de la Directiva

- 2.1. El concepto de servicios
- 2.2. Sectores excluidos
- 2.3. Concepto de restricción
- 2.4. Razones imperiosas de interés general

## 3. Servicio público y servicio de interés general

- 3.1. El planteamiento de la Directiva de servicios y del Proyecto de ley
- 3.2. La clasificación según el ordenamiento español. Dificultades de encaje
- 3.3. Conclusiones

## 4. Afectación de la Directiva a la gestión del dominio público

## 5. La adaptación del marco jurídico general

## 6. Conclusiones generales

## Anexo. Jurisprudencia

## 1. Planteamiento general

### 1.1. Contenido de la Directiva

Uno de los principios que fundamentan el ordenamiento de la Unión Europea es la libertad de establecimiento de los ciudadanos europeos, libertad que es indispensable para hacer efectivo el principio estructural de libre competencia. En efecto, los artículos 49 y 56 TFUE prohíben las restricciones a la apertura de agencias o sucursales, o al establecimiento de actividades económicas, y proclaman la libertad de prestación de servicios de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de los otros estados.

Inicialmente, los anteriores principios de libre competencia y libertad de establecimiento se formulan por oposición a las discriminaciones entre nacionales de estados diferentes. La libertad de establecimiento

no impone necesariamente el desarme general de las administraciones públicas con respecto a los controles y a las autorizaciones, sino sencillamente el trato igualitario a los nacionales de los diversos estados; esto es, la proscripción de las restricciones discriminatorias. En definitiva, se trata de respetar la libre competencia, y este principio, junto con la libertad de establecimiento, quedan garantizados si el régimen de controles y restricciones se aplica de forma igual a todos los competidores en un mercado económico determinado; o sea, si se evitan las desventajas competitivas.

Por otra parte, el principio de libre competencia no impone tampoco la necesaria apertura de todos los mercados a la libertad de empresa y a la iniciativa privada. El Tratado parte, en este sentido, de la neutralidad de la Unión Europea en relación a los servicios públicos de los estados miembros y el respeto a las consecuencias que su establecimiento comporta, en el sentido de limitar la libertad de empresa o, sencillamente, cerrar

un sector económico a la iniciativa privada (apartado 8 de la exposición de motivos de la Directiva 2006/123). Este es, hoy por hoy, un principio general de la Unión, aunque haya tenido algunas excepciones a partir de la prohibición de determinados monopolios estatales, y en una línea de progresiva liberalización de sectores económicos tradicionalmente ocupados o intervenidos por la iniciativa pública. Así ha sucedido con los servicios postales o las telecomunicaciones, por ejemplo. En este contexto se enmarca la Directiva 2006/123 de servicios en el mercado interior, Directiva que tiene el objetivo inicial de hacer efectiva la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en los términos expresados. Pero la Directiva va más allá y se plantea, asimismo, un desarme de las administraciones públicas en su actividad de intervención y control de las actividades privadas (EM 43).

De esta forma, nos encontramos ante una nueva revolución en la actividad de las administraciones públicas, después del impacto que el Derecho comunitario ha tenido ya en materia de contratación pública, también en el ámbito de la actividad de fomento y subvención de actividades productivas, o en la misma configuración del sector público. Ahora, el ordenamiento comunitario se proyecta sobre la actividad de intervención y de policía de las administraciones públicas, que era un sector hasta ahora esencialmente libre del Derecho comunitario. Ciertamente, la tradición mediterránea se ha caracterizado por un uso sumamente intensivo de algunas técnicas de intervención, especialmente la autorización administrativa, que ha operado como instrumento de clientelización en las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos. Tradición que contrasta con la anglosajona, menos intervencionista y más propensa a la libertad del individuo ante el Estado.

Ahora bien, como se verá, la intervención intensiva de la Administración, a partir de la sumisión de la actividad privada a una previa autorización, comporta algunas ventajas, como la mayor garantía que debe esperarse de la función que asume la Administración con respecto a la verificación de las actividades particulares y la correlativa posición de responsabilidad que toma frente a los ciudadanos, eventualmente afectados por aquellas actividades.

Sea como sea, en diciembre del año 2006 se aprobó la Directiva de servicios, que impone los siguientes efectos generales:

1.– La eliminación de autorizaciones y otros filtros previos a las actividades de los particulares, como la

imposición de garantías, la obligación de registro previo de la actividad, la necesidad de esperar una confirmación de recepción de la comunicación previa, etc.

Las autorizaciones solo son posibles cuando quedan justificadas indispensablemente por razones imperiosas de interés general.

La limitación del número de autorizaciones solo es posible en casos de escasez de recursos naturales o capacidad técnica. La adjudicación de estas autorizaciones queda referida estrictamente a un procedimiento que asegure la libre competencia, la transparencia y la imparcialidad, y no tiene por qué tener una duración excesiva.

La regla general es el silencio positivo, situación que no nos es extraña, ya que esta ha sido siempre la regla en el ámbito local.

2.– La clarificación y simplificación de los procedimientos, con el fin de eliminar retrasos, costes y restricciones. Esta obligación comporta, en primer lugar, la eliminación de trámites que no sean indispensables, o su aligeramiento, y, en segundo lugar, la determinación clara de los requerimientos necesarios para cada procedimiento relativo a la instalación o prestación de servicios. Estos requerimientos tienen que estar plenamente justificados en razones de interés general. Por otra parte, no se puede exigir el cumplimiento de requerimientos ya acreditados en otros países miembros.

Otra imposición referida a los procedimientos es la tramitación por medios electrónicos.

3.– Ventanilla única. La Directiva impone un único interlocutor para realizar todos los procedimientos y trámites, aunque este mandato no tiene que afectar a la distribución de competencias.

La ventanilla única tiene que facilitar información sobre las autoridades competentes y sobre los requerimientos necesarios para el establecimiento y la prestación de los servicios, tiene que permitir la presentación de los documentos y de las solicitudes correspondientes, tiene que facilitar la información sobre las resoluciones adoptadas, y también tiene que suministrar a los usuarios la información correspondiente a los prestadores de servicios que estén operando y los servicios que prestan, permitiendo al mismo tiempo presentar reclamaciones.

Parece inicialmente que la ventanilla única la promoverá el Estado en un portal nacional, portal al que los ayuntamientos tendrán que añadir la información sobre las competencias que les afectan. El MAP está emprendiendo una prueba piloto en este sentido. Sin

embargo, el Anteproyecto de ley *ómnibus* incluye una modificación de la Ley de bases del régimen local, atribuyendo puntualmente a los municipios la obligación de informar y tramitar el establecimiento de servicios a través de ventanilla única electrónica, deduciéndose inicialmente que se trata de una ventanilla municipal electrónica para informar y tramitar el establecimiento de servicios.

## 1.2. La adaptación prevista

Todos los poderes públicos quedan vinculados directamente por la normativa europea, de forma que la aplicación de la Directiva la tiene que asumir y la tiene que llevar a cabo cada nivel de gobierno, en aquello que afecte a sus respectivas competencias. No obstante, el responsable de la transposición ante la Comisión Europea es el Estado español, y es el Estado quien asume el impulso de la transposición.

La Directiva impone la obligación de revisar sistemáticamente la normativa con el fin de evaluar todas las previsiones que afecten al establecimiento y la prestación de servicios, las autorizaciones existentes hoy por hoy, y los procedimientos y los requerimientos o imposiciones que afecten a la apertura o encauzamiento de actividades. El resultado de este análisis se tiene que comunicar a la Comisión Europea antes del 28 de diciembre, y posteriormente se inicia una fase de evaluación recíproca entre los estados miembros.

El Consejo de Ministros ha aprobado recientemente el Proyecto de ley de libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, proyecto destinado a ser una primera norma de transposición. Este proyecto introduce un nuevo régimen jurídico general y básico referido a la instalación de actividades, con el objetivo central de eliminar las autorizaciones y los requerimientos no compatibles con la Directiva y simplificar los procedimientos. El Proyecto de ley aborda también las demás exigencias de la Directiva, estableciendo un sistema de información y las previsiones correspondientes a la ventana única para la tramitación de procedimientos. Al mismo tiempo, el Gobierno prepara un segundo Proyecto de ley, que tendrá que modificar las leyes sectoriales afectadas, en concreto un total de 46 leyes.

Estos proyectos de ley introducen la regla general de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, limitando drásticamente autorizaciones y restricciones a la instalación y al funcionamiento de

actividades. Restricciones que pasan a ser una excepción, admisible únicamente cuando una razón imperiosa de interés general lo justifique y no exista posibilidad de una intervención más ligera, como la mera comunicación.

Al mismo tiempo, la Generalidad de Cataluña tiene previsto, en aquello que afecta a su ámbito de responsabilidades, la elaboración de una normativa con una finalidad similar. No se conoce todavía el contenido de esta futura legislación, pero el caso es que tendrá que abordar la modificación de la normativa sobre régimen local y la normativa sectorial que incide más directamente en el ejercicio de las competencias municipales.

Paralelamente a la adaptación normativa, se está efectuando en los dos ámbitos una tarea de identificación y evaluación de los actuales requerimientos y procedimientos. Para dar idea de la trascendencia de este proceso, se puede decir que, en el ámbito del Estado, se han identificado 7.000 casos, con 22 leyes sectoriales y 360 decretos afectados por la Directiva. Al mismo tiempo, en el ámbito de las comunidades autónomas, la afectación llega a 500 leyes y 1.700 decretos autonómicos.

El caso es que la transposición de la Directiva no es una cuestión neutra. Hay muchas formas de afrontar la aplicación de la Directiva en el ámbito interno. La trascendencia material de la transposición puede ser muy variable, desde una adaptación que comporte bien pocas modificaciones de la situación actual, hasta una auténtica revolución liberalizadora. La misma ambigüedad característica de la normativa europea y la introducción de fuertes precauciones con respecto a sus mandatos, permiten interpretaciones que minimicen significativamente el impacto material de esta.

En este contexto, la intención que apuntan tanto el Estado como la Generalidad de Cataluña es la de aprovechar la ocasión para dar la máxima proyección al impulso liberalizador, impulso que se identifica como un estímulo a la economía. Es posible que el levantamiento de trabas burocráticas no acabe siendo una panacea para la creación de riqueza ni un incentivo a la competencia, en el sentido de que una simplificación burocrática no tiene que aumentar los competidores ni modificar el equilibrio competitivo, al menos significativamente; tan solo hará más sencillos la entrada y el mantenimiento en el mercado, pero no necesariamente mejorará la competencia.

Hay que hacer notar, al mismo tiempo, que, detrás de la política comunitaria, en general, y específicamente detrás de la libre competencia, en particular, no solo existe una razón material sólida como la generación de un mercado económico único. La liberalización y el desarme de las administraciones en sus potestades de intervención representan, desde el punto de vista ideológico, el triunfo de un modelo sajón o nórdico sobre un modelo mediterráneo. Modelo este caracterizado por una idea adelantada del servicio público, y también por una actividad de control sobre la actividad privada probablemente exagerada.

### 1.3. La posición municipal

Las entidades locales, por su parte, deberán promover también el proceso de identificación, de evaluación y de modificación de las restricciones existentes. Proceso que se tendría que referir, en principio, a los requerimientos y a los procedimientos derivados de la normativa o de los protocolos de actuación propios de cada entidad, esto es, los que son imposición instaurada de nuevo por la misma entidad, no necesariamente los que se derivan de la normativa del Estado o de la Generalidad, que en principio corresponde evaluar al nivel de gobierno correspondiente.

Este proceso de evaluación y reforma se debería finalizar antes del 26 de diciembre de este año. En este sentido, la disposición adicional 4.<sup>a</sup> del Proyecto de ley mencionado dispone que las entidades locales tienen que remitir las nuevas disposiciones adoptadas en este proceso de evaluación y reforma al Ministerio de Asuntos Exteriores, para su remisión a la Comunidad Europea.

Claro está que la adaptación municipal queda directísimamente condicionada por los planteamientos y por las modificaciones legislativas que tienen que finalizar el Estado y la Comunidad Autónoma en las materias de su respectiva competencia, especialmente si se tiene en cuenta que la liberalización irá probablemente más lejos de lo que impone la Directiva.

Por lo tanto, e independientemente de la necesidad de ir adelantando trabajo, habrá que esperar a la publicación de la normativa estatal y autonómica, normativa que, bien probablemente, no saldrá hasta el último suspiro del plazo de transposición, que era de tres años. Ahora bien, hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, que, en primer lugar, los retrasos en la

transposición de directivas no suelen comportar ninguna consecuencia más allá de la aplicabilidad directa de estas. En segundo lugar, la responsabilidad de la transposición la tiene el Estado ante la Unión Europea, y aunque la disposición final 4.<sup>a</sup> del Proyecto de ley de libre acceso prevé la compensación de las multas eventualmente impuestas al Estado español por la Unión Europea a consecuencia del retraso, con bien poca legitimación el Estado podría repetir esta responsabilidad a los entes locales cuando ha agotado prácticamente el plazo de transposición sin dictar la normativa que tiene que enmarcar la actuación municipal.

## 2. Alguna precisión sobre el alcance de la Directiva

### 2.1. El concepto de servicios

El concepto de servicios que utiliza la Directiva es amplio, y se refiere tanto al sector de los servicios propiamente dicho como también a las actividades industriales y agrícolas.

El artículo 57 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea define su ámbito de aplicación en el siguiente sentido:

“Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

“Los servicios comprenderán, en particular:

- “a) actividades de carácter industrial;
- “b) actividades de carácter mercantil;
- “c) actividades artesanales;
- “d) actividades propias de las profesiones liberales.”

Esta misma concepción, sumamente amplia, se pone de manifiesto en el apartado 33 de la exposición de motivos de la Directiva, y también en el artículo 2.1 del Proyecto de ley de libre acceso.

### 2.2. Sectores excluidos

La Directiva excluye algunos sectores económicos específicos, sectores que, por lo tanto, pueden quedar en la misma situación en que se encuentran ahora.

En aquello que afecta más directamente al ámbito de actuación local, se puede destacar la exclusión

del sector del transporte, particularmente los taxis; los servicios audiovisuales, incluidas las salas de cine; el juego; los servicios que suponen el ejercicio de autoridad pública, o los servicios sociales prestados directamente por la Administración o por acuerdo o convenio con esta.

Al margen de estas exclusiones sectoriales, la Directiva contiene otras dos cláusulas de exclusión que son relevantes. La una, referida a los servicios de interés general, exclusión que más adelante se analizará. La otra es la aludida en el apartado 35 de la exposición de motivos, en los términos siguientes: "Las actividades de deporte aficionado no lucrativas revisten una importancia social considerable. A menudo persiguen objetivos enteramente sociales o recreativos. Por consiguiente, no pueden constituir actividades económicas en el sentido de la legislación comunitaria y deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva."

El anterior planteamiento abre la puerta a la posibilidad de extender eventualmente la exclusión a otras actividades en que los objetivos sociales y recreativos sean preponderantes.

Ahora bien, una cosa es que haya sectores de actividad excluidos, y otra cosa es que la exclusión sea interpretada de forma absoluta. Es decir, la cuestión es si la exclusión de actividades como servicios bancarios, seguridad privada o juego, se refiere exclusivamente a las restricciones específicamente referidas a este sentido de la autorización o la restricción sectorial correspondiente, o la exclusión permite mantener también los controles generales que no son específicos de la actividad en cuestión, como la licencia municipal de actividades.

### 2.3. Concepto de restricción

Según se ha dicho, el Tratado de la Unión Europea formula un modelo de liberalización de los servicios prestados por particulares. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea lo ha expresado en los siguientes términos: "22.- Los artículos 52 y 59 del Tratado exigen, respectivamente, la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades." (TJCE, sentencia de 15 de enero de 2002, asunto núm. C-439/99).

En consecuencia, la implantación del modelo comporta desde el principio la reducción de cualquier tipo de restricción aplicada a la apertura o a la prestación de servicios, en lo que afecta desde las prohibiciones o limitaciones establecidas de forma normativa, hasta los actos singulares de control o fiscalización. En este sentido, la Directiva se refiere en principio a los requerimientos en general, tanto en el apartado 69 de la exposición de motivos, como en el artículo 4.7., que define los requisitos que son objeto de la Directiva en el siguiente sentido:

"7. Requisito: cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva."

No obstante, si bien la Directiva alude inicialmente a los requerimientos en general, el caso es que se centra específicamente en las autorizaciones (DS, artículo 9), y no tanto en otras formas de intervención que puedan comportar restricciones, desde la pura y simple prohibición de la actividad o del servicio a las restricciones parciales u otros mecanismos disuasorios. El Proyecto de ley de libre acceso centra, asimismo, la cuestión en las autorizaciones (artículos 5 y 7), aunque también incorpora algunas previsiones sobre otras restricciones o limitaciones diferentes. Así, el artículo 10 se refiere a las prohibiciones discriminatorias, y los artículos 9 y 11 limitan otras restricciones diferentes a la autorización previa.

Con todo, el objeto esencial de la Directiva y de la normativa de transposición son las autorizaciones.

La exposición de motivos (EM 39) incorpora un concepto amplio de autorización en el sentido de incluir todas las técnicas que comportan la necesidad de un acto o una toma de conocimiento específica de la Administración: "El concepto de 'régimen de autorización' debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar

concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.”

–Se trata por encima de todo de limitar los filtros previos al establecimiento de actividades, no tanto otras formas de control, de manera que solo se podrán mantener las autorizaciones que se corresponden con supuestos en los que no sería eficaz el control a posteriori o se generaría un peligro o un riesgo (DSEM 54).

Aparte de la depuración de autorizaciones, la Directiva incluye también la evaluación y depuración de otras restricciones, como comprobaciones, inspecciones e investigaciones desproporcionadas (DSEM 110).

Sin duda que el Proyecto de ley va más allá que la Directiva en la limitación de autorizaciones, ya que esta admite todas las que resulten justificadas, mientras que el Proyecto de ley impone, además, su excepcionalidad. De esta forma se cuestiona la posibilidad de que se mantenga un régimen generalizado de autorizaciones, aunque las mismas pudieran encontrar justificación. Por otra parte, se establece, en todo caso, una reserva de ley para las autorizaciones que sobrevivan (artículo 5.1):

“Artículo 5. Regímenes de autorización.

“1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.”

–La Directiva se aplica solo a los requerimientos que afecten al acceso a una actividad o servicio (EMDS 9), de forma que no afecta a las otras restricciones, aunque sean instrumentalmente necesarias para ejercer la actividad. Así sucede, por ejemplo, con la autorización de conducir u otras autorizaciones que deriven de las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo u ordenación rural.

Este planteamiento excluye inicialmente a las licencias urbanísticas. Otra cosa es si las licencias urbanísticas de uso pueden sobrevivir, dado que se refieren específicamente al establecimiento de actividades. En este caso, habría que justificar que su funcionalidad, ligada al cumplimiento del planeamiento y de la

normativa urbanística, no se puede garantizar por otros medios menos restrictivos. De momento, hay que remarcar que el Anteproyecto de ley *ómnibus* no hace ninguna referencia a la normativa urbanística, aunque esta es una materia que, inicialmente, entra en la competencia de las comunidades autónomas, de forma que el impacto de la Directiva en las licencias urbanísticas no está todavía definido.

Ahora bien, en materia de planeamiento urbanístico, sí que pueden quedar inicialmente afectadas las restricciones que no estén formuladas en términos generales, sino que regulen específicamente el establecimiento de determinados servicios, por ejemplo, la imposición de distancias o de una superficie mínima a algún tipo específico de establecimiento. La limitación del número de establecimientos queda limitada al supuesto de escasez de recursos naturales o físicos, o de limitación de la capacidad técnica a utilizar en el desarrollo de la actividad (PLLA, artículo 8.1). Es posible defender el mantenimiento de limitaciones de estas características al planeamiento, ya que los límites de densidad en determinadas actividades pueden tener una justificación urbanística, para evitar clusters o ghettos urbanos (prostitución), o molestias por concentración (bares). Ahora bien, la presencia de una limitación geográfica del número de actividades admisible en una zona, y, al mismo tiempo, la sumisión a licencia de estas actividades, producen una situación difícil, ya que, en esta situación, las autorizaciones –las licencias urbanísticas de uso– deberían ser temporales y concedidas en licitación pública, según imponen inexorablemente el artículo 12 de la Directiva y el artículo 8 del Proyecto de ley de libre acceso.

–No quedan afectados los tributos. Ahora bien, sí que queda afectada la imposición de tarifas fijas a prestadores de servicios (DSEM 73; DS artículo 15.2.g; PLLA artículos 2.3 y 11.g). Eso significa que, inicialmente, no quedan afectadas las tasas (DS artículo 2.3), aunque sí pueden quedar afectadas las tarifas, y también los precios públicos, si se aplica el concepto técnico de tributo. En consecuencia, el cobro de tasas por instalación o mantenimiento de actividades no queda afectado, ni tampoco la imposición de un precio de prestación del servicio si este se configura como una tasa, no si se configura de otra forma.

–La exigencia de un seguro al prestador del servicio no entra en el concepto de restricción a cuestionar en el proceso de aplicación de la Directiva (EMDS 98, DS artículos 14.7 y 23). La Directiva incluye un tratamiento

relativamente abierto para la imposición de seguros a los prestadores de servicios, pero el Proyecto de ley de libre acceso introduce una reserva de ley en este sentido (artículo 21).

–Limitación del número de licencias. Como ya se ha adelantado, en caso de limitación de recursos naturales o físicos, o limitaciones de las capacidades técnicas, se puede limitar el número de licencias. En este caso, resulta obligado un proceso abierto de selección con el fin de garantizar en la medida en que se pueda la libre competencia. También hay que limitar la duración de la autorización al plazo necesario para amortizar la inversión y una remuneración equitativa del capital –aunque, en este punto, el Proyecto de ley no es tan concreto–. Eso, sin perjuicio de que también sean aplicables los restantes aspectos de la Directiva (DSEM 62; DS, artículo 12; PLLA, artículo 8). Hay que revisar, al mismo tiempo, las limitaciones de establecimiento de carácter cuantitativo o territorial (DS, artículo 15.2.a/; PLLA, artículo 11.a/); esto es, la imposición de un número máximo de establecimientos o una densidad determinada, aunque, como ya se ha dicho, se puede argumentar una justificación de estas previsiones en el marco de la ordenación urbanística. El Proyecto de ley va más allá de la Directiva, al impedir el establecimiento de limitaciones temporales no solo con respecto a las autorizaciones (DS, artículo 11), sino también con respecto a las meras comunicaciones y declaraciones responsables (PLLA, artículo 7).

–Hay que hacer una consideración específica a propósito de la declaración de recepción obligatoria de los servicios locales por parte de los usuarios. Esta posibilidad, que prevé el artículo 155 del Reglamento de obras y servicios, no comporta una restricción directa sobre los servicios prestados por particulares que puedan competir con la Administración, pero sí puede constituir una medida de efecto equivalente, al imponer obligatoriamente al usuario una opción determinada, de forma que se trata de una posibilidad cuestionable en sectores en que la Administración no opera monopolísticamente.

–En línea con la eliminación de restricciones y la liberalización, está la imposición del silencio positivo en los procedimientos relativos al establecimiento y ejercicio de servicios. Este es un planteamiento ya asumido primeramente en el ámbito de las licencias locales, tanto urbanísticas como de actividades. La cuestión es en qué medida esta previsión permite mantener los actuales supuestos de silencio negativo, como en el caso

de que la licencia presunta comporte la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público (artículo 43 L 30/92 y artículo 81 ROAS), o el supuesto de la licencia *contra legem* (esto es, la que otorgaría facultades o derechos contrarios al ordenamiento jurídico en general (artículo 32.4 L 3/98), o la falta de informes determinantes (artículo 82.2 ROAS).

La Directiva de servicios solo admite restricciones al silencio positivo por razones imperiosas de interés general o para la protección de intereses de terceros (DS artículo 13.4).

Pues bien, el Proyecto de ley de libre acceso impone el silencio positivo, aunque admite los supuestos de silencio negativo establecidos hasta ahora, siempre que se trate de excepciones previstas en una norma con rango de ley, y, aparte, se justifiquen en razones imperiosas de interés general (artículo 6). En consecuencia, habrá que revisar los supuestos actuales de silencio negativo, particularmente los supuestos singulares que establece la normativa sectorial. Se puede cuestionar, en este sentido, la regla general de silencio negativo en caso de procedimiento de impugnación de actos y disposiciones, y quizás también la excepción relativa a los supuestos en que el silencio positivo tenga que transferir al particular facultades relativas al servicio público o al dominio público, ya que quizás es discutible que haya razones imperiosas de interés general que justifiquen estos supuestos de silencio negativo. Sin duda que el Proyecto de ley no afronta estas cuestiones como haría falta, sino que las despacha prácticamente con una mera reproducción de la Directiva. En la misma línea, el Anteproyecto de ley *ómnibus* se limita a reproducir los actuales supuestos generales de silencio negativo, tal como ahora están formulados, en la normativa general, y a dar por buenos los otros supuestos puntuales si han sido establecidos por norma con rango de ley (artículo 2.1 y disposición transitoria 2.ª del Anteproyecto de ley de modificación).

## 2.4. Razones imperiosas de interés general

En los sectores o actividades incluidos en la Directiva se podrán mantener las restricciones –singularmente, las autorizaciones– cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, con la condición de que la restricción superviviente no podrá ser discriminatoria y deberá ser proporcionada, de forma que no pueda lograrse el mismo fin mediante una res-

tricción menor como la mera comunicación (DS EM 54, 56; TJCE Sala 2.<sup>a</sup>, sentencia de 2 de octubre de 2008, Rec. núm. C-360/2006).

La Directiva se remite inicialmente a las razones de imperiosa necesidad que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo hasta ahora. En este sentido, se acepta expresamente un listado de razones concretas que, en lo que afecta más directamente a la actividad local, incluye las siguientes (DS, artículo 4.5 y PLLA, artículo 3.11):

Orden público; seguridad pública y protección civil; salud pública; política social; protección de consumidores y usuarios; prevención de fraudes; bienestar animal; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; seguridad vial; política cultural; garantía de un alto nivel de educación; fomento de la lengua; patrimonio nacional, histórico y artístico.

Como se puede ver, el listado incluye las razones de protección del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, de forma que las licencias urbanísticas pueden quedar salvadas. También se admite la razón basada en la protección del medio ambiente, de forma que también las licencias y comunicaciones medioambientales –las tradicionales licencias de actividades– pueden quedar inicialmente fuera de la Directiva, aunque habrá que atenerse a la adaptación normativa que haga la Comunidad Autónoma, adaptación que, según se ha anunciado, quiere ir mucho más allá en el movimiento liberalizador de lo que impone la Directiva en sentido estricto.

No se puede considerar que la anterior lista de motivos que pueden legitimar el mantenimiento de autorizaciones y restricciones sea un listado cerrado. Esta es una lista de razones extraída de la jurisprudencia europea, que es una jurisprudencia que se ha ido desarrollando casuísticamente hasta ahora, en un proceso que no puede considerarse necesariamente como finalizado. Se trata de una jurisprudencia en construcción, de forma que no se puede excluir la posibilidad de que se admitan nuevas razones de imperiosa necesidad. Cabe decir en este sentido que, hasta ahora, las razones imperiosas de interés general las ha ido identificando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en unos contextos diferentes, a propósito de la libertad de capitales o la libre competencia, también en el ámbito de la libertad de establecimiento, aunque más bien desde la perspectiva de la discriminación entre nacionales de

estados diferentes y no desde la concreta perspectiva de la Directiva que nos ocupa; de forma que no necesariamente las razones imperiosas de interés general deben ser las mismas desde un punto de vista que es nuevo, ni estas razones han de operar con la misma intensidad.

En este sentido, en proceso de evaluación de las actuales restricciones, se puede plantear si hay alguna nueva razón de interés general que justifique licencias como las correspondientes a establecimientos de pública concurrencia, aunque probablemente no sería difícil que alguna de las ya admitidas pueda dar cobertura. Quizá entre las eventuales nuevas razones a añadir se puede apuntar la garantía de la convivencia ciudadana, que es un interés social que se manifiesta con mucha intensidad en el ámbito local.

Ahora bien, hay que recordar que no es suficiente identificar una razón de interés general, sino que, en primer lugar, la razón debe ser lo suficientemente intensa –imperiosa necesidad– y, en segundo lugar, esta razón debe imponer necesariamente la restricción o el control previo en cuestión, de forma que la misma finalidad no se pueda conseguir con una restricción menor (TJCE Sala 2.<sup>a</sup>, S 2-10-2008, núm. C-360/2006). Así pues, esta posibilidad de ampliación queda en un terreno fuertemente subjetivo.

### 3. Servicio público y servicio de interés general

#### 3.1. El planteamiento de la Directiva de servicios y del Proyecto de ley

La Directiva de Servicios excluye de su ámbito de aplicación a los monopolios prestadores de servicios (DS artículo 1.3). Al mismo tiempo, excluye también a los servicios de interés general en la medida en que no quedan afectados por el artículo 57 TFUE (DSEM 17 y DS artículo 2.1.a/); es decir, porque en estos casos no hay prestación de servicios a cambio de remuneración. Por la misma razón, se considera que los servicios económicos de interés general quedan inicialmente incluidos, ya que se realizan a cambio de contrapartida económica.

Respecto a los SIEG, la Directiva se limita a establecer que su aplicación no debe conllevar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (DS artículo 1.1).

Así pues, la Directiva marca una línea divisoria entre los servicios de interés general y los servicios de interés económico general, diferencia que se establece inicialmente en que haya o no contraprestación. Sin embargo, en la práctica, esta distinción SIG-Sieg no es muy significativa, si resulta que la existencia de contraprestación económica es habitual también en los supuestos de servicios públicos tradicionales –tasas–.

Por otro lado, la Directiva (EM 34) relativiza el cobro de contraprestaciones en algunos supuestos:

“La remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de ‘servicio’ del art. 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Este planteamiento deja la duda de si la exclusión está en función del grado de financiación del servicio obtenido mediante tasas o tarifas, o podemos entender que en los ámbitos materiales mencionados hay una exclusión de la Directiva en todo caso.

Sea como sea, como se ha dicho, en España es posible la financiación de cualquier servicio público con cargo a los usuarios, bien por precio público bien por tasa, y cualquiera de las dos posibilidades admite la repercusión del total precio del servicio en la tarifa.

### 3.2. La clasificación según el ordenamiento español. Dificultades de encaje

Los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general son ajenos a nuestro ordenamiento. Pero es que, pese a tener una gran tradición de servicio público, nuestro ordenamiento tampoco acierta a definir de forma clara las modalidades de intervención de las administraciones públicas y las fronteras de la actividad pública con la libertad de empresa y la libre competencia.

En efecto, la Constitución española no incluye una referencia específica al servicio público. De su articulado podemos extraer la idea de una actividad prestacional tradicional específicamente prevista como tal en relación a algunos derechos individuales (Enseñanza –artículo 27 CE–; Seguridad Social –artículos 41 y 50–, y Sanidad –artículo 43 CE–). Junto con estos servicios puntuales que la Constitución impone en todo caso, solo existe la referencia del artículo 128.2:

“2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Así pues, de la Constitución parece que se deriva un modelo limitado a unos concretos servicios públicos tradicionales, y las opciones que menciona el artículo 128.2, que son modalidades formuladas desde la perspectiva de la libertad de empresa: la iniciativa pública y la reserva de sectores esenciales.

El caso es que no existe unanimidad en la doctrina en la interpretación de este modelo, aunque ello no es el objeto de este trabajo.

La Ley de bases del régimen local no considera que las categorías constitucionales mencionadas configuren un sistema cerrado, y admite la libertad de creación de servicios públicos, con la única condición de que respondan a las competencias que los municipios tienen reconocidas (artículo 85 y, en el mismo sentido, artículo 246.1 de la LMRLC), sin perjuicio de que, además, haga una reserva específica de algunos sectores a favor de las entidades locales (artículo 86.3).

De este planteamiento se deriva la admisión de una categoría de servicio público de configuración abierta y que se encuentra más allá de la iniciativa pública y de la reserva de sectores esenciales. Una categoría ligada a las competencias genéricamente atribuidas a los entes locales.

Ahora bien, a la hora de articular materialmente las fronteras entre estas categorías y su régimen jurídico, las contradicciones legales son constantes, en parte por la utilización de conceptos equívocos, y, en ocasiones, transversales, como el de actividad económica.

La situación se vuelve más confusa si se tiene en cuenta que el mercado no está quieto, de forma que se puede constatar una progresiva entrada del sector privado en sectores históricamente publicados, situación que genera la aparición de mercados económicos

en ámbitos materiales hasta ahora ocupados exclusivamente por servicios públicos, como los servicios sociales, las agencias de empleo o incluso la seguridad privada.

La realidad es que las leyes sectoriales no ayudan a definir cuál es la situación en cada caso. Pocas leyes definen de forma precisa cómo se configura el sector, como la Ley general de telecomunicaciones, que define un servicio de interés general que se presta en régimen de libre competencia, con eventuales misiones de servicio público encomendadas. En cambio, la televisión es declarada servicio público de titularidad estatal, con una entidad de propiedad pública y unas entidades privadas concesionarias, sin que exista reserva (Ley 17/2006 de la radio-tv de titularidad estatal y Ley 10/88 de tv privada).

Es significativo en el ámbito local el caso de los servicios funerarios, que fueron liberalizados por el Real decreto ley 7/1996, sacando los servicios mortuorios del listado de sectores reservados del artículo 86 de la LRRL. A continuación, la Ley catalana 2/1997 de servicios funerarios calificó los servicios funerarios como servicios esenciales de interés general, que es un concepto que no responde ni al sistema comunitario ni al sistema constitucional, designando a los municipios responsables de garantizar la prestación del servicio a toda la población, y la posibilidad de mantener servicios funerarios municipales.

### 3.3. Conclusiones

1. La Directiva utiliza los conceptos de servicio de interés general y servicio económico de interés general para definir su ámbito de aplicación. Ahora bien, poca utilidad tienen estos conceptos a los efectos mencionados en nuestra lógica de servicios públicos.

De lo que se trata no es de determinar si un concreto ente instrumental que presta un servicio público –sea SIG o SIEG– queda incluido en la Directiva, sino en qué medida el sector económico en el que opera el servicio queda excluido, de forma que se pueden mantener las restricciones a los particulares que operan o quieren operar en este. Así, por ejemplo, poco sentido tiene excluir los servicios sociales prestados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas, pues poca relevancia tiene si el Estado o las asociaciones benéficas gozan del derecho de libertad de establecimiento y se pueden ahorrar alguna restricción; lo

que importa es saber si el sector económico de los servicios sociales, en su conjunto, queda afectado por la Directiva y si las entidades privadas –incluidas o no en el sistema de servicios públicos– quedan inicialmente afectadas por la liberalización.

2. El Derecho comunitario ha ignorado tradicionalmente la idea de servicio público, considerándola como una peculiaridad de algunos estados miembros, específicamente los situados en la tradición francesa. Este planteamiento ha variado especialmente a partir del Tratado de Ámsterdam, y el cambio se ha plasmado en una cláusula de respeto y neutralidad de la Unión en cuanto a los servicios económicos de interés general definidos por los estados miembros (artículo 16 TFUE). Esta evolución ha quedado particularmente reiterada en el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa. Así pues, hoy por hoy, el papel de los servicios de interés general queda reconocido en el Derecho original de la Unión, como también ha quedado reconocida la soberanía de los estados miembros en su definición y configuración, excepción hecha de los sectores que han sido objeto de liberalización específica, como correos o telecomunicación.

El caso es que el origen de la idea de servicio económico general está en su utilización tangencial en el Tratado –actual artículo 106 TFUE– para determinar las empresas que podían quedar parcialmente excluidas de las normas sobre la competencia. No se trata de un concepto elaborado en el marco de una clasificación de los servicios públicos o las formas de intervención de las administraciones públicas, menos aún para definir sectores económicos excluidos de los principios comunitarios.

La Comunicación de la Comisión Europea de 2001/C/04, sobre los servicios de interés general en Europa, sitúa la diferencia entre SIG y SIEG en que este último es un servicio de mercado, mientras que el primero es un servicio de no mercado. Una referencia no exenta de ambigüedad, ya que el mercado se puede generar incluso en sectores tradicionalmente monopolizados por los poderes públicos, como la seguridad, el correo o la ocupación laboral, o en sectores con presencia de servicios públicos históricos, como la enseñanza o los servicios sociales.

La jurisprudencia comunitaria admite que el concepto de SIEG es un concepto jurídico no consolidado, aunque parece que lo identifica como una misión concreta de interés general que se proyecta sobre los operadores de un mercado económico, lo que requiere, en

primer lugar, la necesidad de definir de forma precisa la misión en cuestión, y, en segundo lugar, un acto formal de adjudicación de esta misión a uno, o varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado (TPICE Sala 3.ª, sentencias de 12-2-2008 –núm. T/289/2003–, y de 1-7-2008 –núm. T/266/2002–). En el mismo sentido se pronuncia la Comunicación de la Comisión Europea antes citada (punto 22). Este planteamiento coloca a las administraciones públicas en la tesitura de definir correctamente los respectivos servicios económicos de interés general.

Por lo tanto, lo relevante es el impacto que esta misión SIEG tiene sobre un mercado económico (TPICE Sala 5.ª, S 26-6-2008, núm. T-442/2003), y es en este contexto en el que el artículo 106 TFUE determina el régimen de exclusión de las empresas encargadas del SIEG.

Por tanto, en la lógica europea las referencias de la Directiva a los servicios de interés económico general no pueden ser tomadas como exclusiones de sectores materiales de actividad en la aplicación de la Directiva, sino en todo caso como una razón que permite justificar determinadas restricciones o autorizaciones si estas resultan indispensables para garantizar la eficacia de la misión SIEG.

3. Por contra, el servicio de interés general es un concepto que se identifica con funciones de autoridad o servicios de solidaridad, que son sectores excluidos de la aplicación de las reglas del Tratado, y, específicamente, de la libre competencia (autoridad: STJCE Lagauche de 27/10/93; solidaridad: STJCE Poucet y Pistre de 17/2/93), y, por tanto, también del ámbito de la Directiva. La Comunicación de la Comisión Europea antes mencionada incluye en este concepto servicios como la educación nacional, o los regímenes básicos obligatorios de la Seguridad Social, servicios sobre los que el Estado “no pretende dedicarse a una actividad lucrativa sino que cumple su deber para con su propia población en los campos social, cultural y educativo” (en este sentido, la STJCE “Humbel” de 27 de septiembre de 1988). Así pues, aparte del concepto relativamente claro de ejercicio de autoridad, se utiliza un segundo concepto menos claro que es la finalidad solidaria del servicio, o su función social, y en todo caso su espíritu no lucrativo.

Sea como sea, otra cosa es si, una vez identificado un servicio de interés general, se produce una exclusión de la Directiva limitada a la organización prestacional del servicio, o esta exclusión se proyecta sobre el sector material de actividad afectado. Por ejemplo, si una vez identificada la enseñanza como un servicio de interés

general, la exclusión de la Directiva afecta solo a las entidades públicas que asumen el servicio, o también a las entidades privadas que operan en el sector de la enseñanza. No hay una respuesta indiscutible a esta cuestión. Lo que sería razonable en todo caso es que en los sectores en los que se ha excluido el mercado –en la lógica constitucional, los sectores reservados– no hay razón para que se aplique la Directiva aunque se permita la iniciativa privada, ya que se trata de sectores excluidos de la libre competencia y de la libertad de establecimiento.

4. Sea como sea, hay que poner de relieve que algunas previsiones de la Directiva tienen efectos significativos sobre los servicios públicos, como la imposición de un régimen especial en el caso de que el número de prestadores del servicio esté limitado (adjudicación por licitación, limitación del plazo de la autorización,...), o en los supuestos de imposición de tarifas obligatorias mínimas o máximas (DS artículo 15.2/ y .4/; PLLA artículo 11.g/).

Por otra parte, el artículo 16 DS excepciona a la vez la libertad de prestación de los servicios establecidos en otro Estado miembro, en el caso de los servicios económicos de interés general, de forma que en estos ámbitos pueden mantener las restricciones, como la exigencia de un establecimiento en el lugar de prestación.

#### 4. Afectación de la Directiva a la gestión del dominio público

La Directiva de servicios afecta a los municipios en varios terrenos, singularmente en el ámbito del control de actividades y establecimientos. Este ámbito municipal ha sido tradicional, desde las antiguas licencias de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, a las actuales licencias ambientales, incluyendo las licencias derivadas de la legislación de espectáculos o autónomamente instauradas, como las relativas a los establecimientos de pública concurrencia. Este es el primer ámbito municipal afectado por la Directiva de servicios. Aparte del control de actividades, el dominio público es otro ámbito en el que existe una gran cantidad de restricciones y licencias municipales. En efecto, tradicionalmente, el aprovechamiento privativo y el uso común especial del dominio público por particulares ha quedado sometido a concesión o autorización, como sucede también en el caso de las concesiones o auto-

rizaciones mixtas de dominio público y servicio público –por ejemplo, las paradas de mercado–. La cuestión está en determinar en qué medida la Directiva de servicios afecta también a este ámbito.

En efecto, la Directiva impone una liberalización respecto a los servicios que promueven los ciudadanos. Algunos de estos servicios son realizados a partir del dominio público, de forma que, en ocasiones, el control derivado de la protección del dominio público se confunde con el control o las restricciones sobre la actividad del particular que opera, como en el caso de la prostitución, la propaganda en la vía pública, la publicidad desde propiedades particulares, o la distribución de periódicos.

No hay duda de que la aplicación en bloque de la Directiva de servicios al régimen jurídico de gestión del dominio público tendría una repercusión devastadora. En efecto, la eventual desaparición de las autorizaciones conllevaría muy probablemente el descontrol sobre la utilización que los particulares dan a los bienes de uso público o en los comunales; pero es que, en el mejor de los casos, y manteniendo el actual régimen de autorización previa, la Directiva tendría una gran repercusión en aspectos como la eliminación de los límites de duración de la autorización o la imposición de la renovación automática de la misma, excepto en los casos en que el número posible de autorizaciones sea limitado, supuesto en que regiría el principio inverso: la imposición del plazo más corto posible, sin renovación automática (DS, artículos 11 y 12).

Así pues, hay que ver hasta qué punto la Directiva de servicios se proyecta sobre el dominio público y afecta a su régimen jurídico.

En términos generales, las autorizaciones y las restricciones establecidas en relación al dominio público responden a dos motivos principales: Uno es la protección misma del dominio público, y el otro la garantía de utilización del dominio público conforme a su destino, así como la organización y la compatibilización de los usos.

El caso es que ni la protección del dominio público ni la ordenación de los usos son finalidades que hayan quedado incluidas hoy por hoy como razones imperiosas de interés general en el listado de la Directiva (artículo 4.8) y del Proyecto de ley de libre acceso (artículo 3.11).

Quizá la protección del dominio público se podría encajar, al menos parcialmente, en la razón imperiosa consistente en la “protección de los destinatarios de

los servicios”, al menos las restricciones que tienen el objetivo de garantizar la compatibilización de usos; o quizás se podrían invocar las razones consistentes en la “protección del entorno urbano” u “objetivo de política social”. Sea como sea, ya se ha mencionado que la relación de razones imperiosas que aparece en la Directiva, y que se reproduce en el Proyecto de ley de transposición, no puede ser considerada como una lista cerrada, y, si el dominio público finalmente queda afectado por la Directiva, habrá que considerar seriamente la protección de este y la armonización de usos con razones adicionales de justificación de restricciones.

Pero es que no se trata tanto de ver en qué medida hay, en la lógica de la Directiva, elementos que permitan excepcionar los aspectos más conflictivos para la protección y la gestión del dominio público. Lo que se trata de ver es si la Directiva se llega a aplicar en este campo.

El apartado 9 de la exposición de motivos de la Directiva de servicios limita claramente su ámbito de aplicación “a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio”, no a los otros requerimientos o restricciones que el ordenamiento jurídico pueda establecer respecto a actividades que pueden ser instrumentales o necesarias para el establecimiento o la prestación de servicios, pero que se imponen con carácter general y no específicamente para el ejercicio de una profesión o el establecimiento y la prestación de una actividad económica.

Esta es la razón que habría que considerar en el caso del dominio público, al menos en la mayor parte de las restricciones ligadas a su protección y organización. Otra cosa es que, en la actual regulación del dominio público, y de forma mezclada con la regulación de la convivencia, pueda haber algunas restricciones específicamente establecidas respecto a la prestación de determinadas profesiones o actividades económicas desarrolladas en la vía pública o en el dominio público, como la venta ambulante, o quizás la prostitución. En estos casos, solo si la restricción no está formulada en términos generales, sino específicamente configurada respecto a una concreta profesión o servicio, la exclusión de la Directiva puede ser más discutible. En estos supuestos, tal vez la Directiva entraría en acción, y habría que buscar razones imperiosas de interés general para dar cobertura a las restricciones en cuestión. Ahora bien, el caso es que la transposición que se plantea el Estado se extiende, en algunos casos, al dominio público. El Anteproyecto de ley de modificación afec-

ta al régimen jurídico de gestión del dominio público en materia de costas, vías pecuarias, aguas, montes y parques nacionales. Estas referencias incluyen la transformación de algunas autorizaciones en declaraciones responsables o meras comunicaciones, así como la garantía de procedimientos de concurrencia competitiva en la adjudicación de las autorizaciones. Es cierto que las anteriores previsiones no suponen una afectación en bloque del régimen jurídico del dominio público. Las modificaciones afectan solo a algunos aspectos relativamente menores, de forma que hay que entender que el Estado no ha considerado que la Directiva se proyecte en términos generales sobre el dominio público, aunque aproveche la ocasión para hacer llegar el aliento liberalizador también a algunos aspectos en este ámbito.

Otra cuestión a considerar, en el caso de que la Directiva de servicios se tuviera que aplicar al dominio público, sería la relativa a las tarifas. En efecto, la Directiva supone la revisión de las tarifas obligatorias mínimas o máximas impuestas a los servicios (DSEM 73; DS artículo 15.2.g/; PLLA 11.g/), previsión que puede afectar a las tarifas o a la restricción de precios impuestas eventualmente respecto a los servicios prestados por titulares de autorizaciones o concesiones de dominio público, o especialmente concesiones mixtas, como un aparcamiento o un establecimiento. Ya se ha mencionado, sin embargo, que, si las tarifas adoptan la forma de tributos, inicialmente no quedan afectadas por la Directiva, ya que los tributos quedan expresamente excluidos y la tasa es la forma que la jurisprudencia constitucional ha impuesto en los casos de aprovechamiento privado del dominio público.

## 5. La adaptación del marco jurídico general

La Directiva de servicios impone la liberalización del régimen de implantación y prestación de actividades económicas, la eliminación o la suavización de las restricciones existentes y el desarme correlativo de las administraciones públicas respecto a los instrumentos de control previo. Así, en el mejor de los casos, se pasa de las autorizaciones a las comunicaciones y declaraciones responsables. Ahora bien, este traspaso no se puede resolver con una simple sustitución de técnicas de intervención. Hay que abordar la cuestión desde una perspectiva general, ya que si el sistema descansaba en la utilización recurrente de la autorización y

otras restricciones, su eliminación o sustitución puede desequilibrar el sistema en su conjunto.

Así pues, la transposición no se puede limitar a una operación puntual de identificación y eliminación o reducción de restricciones. Hay, asimismo, que redefinir otros aspectos del régimen jurídico general que inciden en el triángulo de relaciones entre administraciones públicas, prestadores de servicios y ciudadanos o usuarios. Específicamente, hay que abordar los siguientes aspectos:

–Hay que precisar de forma exacta los extremos que el prestador del servicio deberá informar o debe garantizar en las nuevas comunicaciones y declaraciones responsables. En efecto, en el sistema actual de autorizaciones es relativamente frecuente que la información a aportar y los extremos a garantizar por parte del solicitante no son una cuestión definida y cerrada previamente, sino que admite una cierta improvisación por la vía del requerimiento de enmienda. Con la comunicación y la declaración responsable se hace necesario precisar de forma exacta la documentación y los requerimientos a acompañar por el promotor de la actividad, ya que desde el momento en que el particular no queda a la espera de una autorización, hay menos margen para imponer requisitos o condiciones improvisadas.

–La intervención de la Administración queda relegada a la fase posterior de comprobación e inspección, una vez ya iniciada la actividad. En consecuencia, hay que valorar si los recursos materiales y jurídicos de que se dispone son los necesarios para esta nueva función. De entrada, se puede apuntar el hecho de que la actividad de inspección posterior –comprobación, inspección y sanción– es más costosa y requiere más recursos que una actividad previa de autorización, donde la energía la pone esencialmente el solicitante, y la Administración asume una posición esencialmente pasiva. En la autorización es el particular quien lleva las cosas a la Administración, mientras que en el control posterior es la Administración quien debe ir a buscar la situación y quien tiene la responsabilidad de construir una eventual actuación represiva, con la correspondiente carga de fundamentación y de prueba. Por consiguiente, en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios es necesario revisar la legislación para reforzar, en su caso, la regulación de la actividad de inspección a la vista de la nueva situación, así como otros aspectos de autoridad, como mandamientos, órdenes de clausura, y las otras potestades jurídi-

cas vinculadas a la posición represiva que corresponde a las administraciones en el nuevo modelo.

El Anteproyecto de ley de modificación aborda solo parcialmente esta necesaria revisión del ordenamiento general. En efecto, este Anteproyecto incorpora un nuevo artículo a la Ley 30/92, a efectos de regular la comunicación previa y la declaración responsable, abordando la extinción de sus efectos en caso de que sean falsas o incorrectas. Este es, sin embargo, un ejemplo aislado de lo que debería ser una revisión sistemática de adaptación del régimen jurídico general a la nueva situación resultante de la Directiva.

—También hay que abordar cuál es la posición de la Administración desde la perspectiva de la responsabilidad derivada de los daños causados por las actividades liberalizadas. No hay duda de que la intervención previa conllevaba una responsabilidad por parte de la Administración autorizadora, en la medida en que se interponía, y lo hacía con una justificación, que era la de garantizar la corrección de la nueva actividad.

Por tanto, parece claro que el desarme administrativo debe ir acompañado de un traslado de la responsabilidad a los titulares de las actividades, y específicamente a los técnicos que acreditan el cumplimiento de los requerimientos legales —certificaciones, visados, etc.— En este sentido, es aconsejable que la alternativa a las autorizaciones sea la declaración responsable, de forma que quede clara la posición de garantía del titular y de los profesionales que intervienen en el diseño y la puesta en marcha de la nueva actividad.

En este contexto, el visado de los colegios profesionales puede asumir una función de garantía que conviene tener en cuenta. El caso es que el Anteproyecto de ley de modificación relativiza su exigibilidad. Habría que añadir, en este sentido, la potestad de la Administración para imponer el visado en las declaraciones responsables, sin necesidad de previsión en una norma con rango formal de ley.

También puede ser aconsejable la imposición generalizada de seguros privados, situación inicialmente compatible con la Directiva de servicios (EM 98, artículo 14.7), pero que, como se ha dicho, el Proyecto de ley de libre acceso restringe mucho, al establecer una reserva de ley (artículo 21).

En definitiva, está claro que la libertad conlleva responsabilidad. Será necesario que la legislación sea consecuente con el proceso de liberalización, responsabilizando de forma clara a los particulares, y redefiniendo a la baja el campo de responsabilidad administrativa.

Cabe decir en este punto que si bien la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ha sido llevada en este país hasta su extremo, se puede constatar una cierta inflexión en una dimensión que es la que correspondería esencialmente a la Administración en el nuevo modelo, que es la del control a posteriori y la responsabilidad derivada exclusivamente de una eventual falta de vigilancia de las actividades privadas. En este sentido, destaca la reciente sentencia del Tribunal Supremo referida al caso Gescartera, que relativiza la responsabilidad administrativa en los supuestos de culpa *in vigilando*, estableciendo que la mera titularidad de una potestad de inspección no comporta, sin más, la responsabilidad sobre los daños ocurridos en el ámbito en cuestión, e introduciendo un juicio de razonabilidad a estos efectos (Sala contencioso-administrativa, sección 6, sentencia de 27 de enero de 2009, recurso núm. 5921/2004).

## 6. Conclusiones generales

—La Directiva de servicios supera los conceptos de libertad de establecimiento y de prestación del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, imponiendo no solo la igualdad entre nacionales de los estados miembros, sino además un retroceso en la intervención de las administraciones públicas respecto al establecimiento de actividades económicas privadas. Al mismo tiempo, tanto el Estado como la Generalidad de Cataluña anuncian una aplicación maximalista de la Directiva en esta misma dirección liberalizadora.

—La Directiva utiliza conceptos ambiguos y cláusulas abiertas, situación que deberá conllevar un largo período de concreción a partir de la interpretación del TJCE. Por ejemplo, el mismo concepto de restricción o el principio de proporcionalidad respecto a las restricciones que se mantienen.

—El Proyecto de ley aprobado por el Gobierno no asume la función de transposición con el alcance que correspondería, ya que se limita prácticamente a reproducir la Directiva, sin afrontar la función de conexión de ordenamientos que corresponde. En este sentido, no aclara la situación que resulta, como los supuestos generales de silencio negativo que perviven, ni aclara la situación de algunas restricciones que no consisten en autorizaciones o comunicaciones previas, ni añade o desarrolla las razones imperiosas de interés general.

–El Proyecto de ley no introduce las previsiones normativas que deben acompañar necesariamente algo tan trascendente como un cambio de paradigma en la regulación del ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos, como el fortalecimiento de las potestades administrativas de inspección y de mandato, o la puntualización del régimen de responsabilidad derivado del ejercicio de las actividades privadas objeto de liberalización.

–Un campo singularmente falto de aclaración es el relativo a la aplicación de los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general en el ámbito de los servicios públicos y la actividad prestacional de las administraciones.

–La aplicación de la Directiva no debe afectar necesariamente a las licencias y a las restricciones existentes en materia de dominio público. En todo caso, habría que tomar en consideración razones imperiosas de interés general específicas.

–La introducción de aspectos reservados a la Ley por parte del Proyecto de ley de libre acceso (imposición de seguro a los prestadores de servicios,...) limita significativamente la autonomía municipal para establecer una regulación alternativa a la actual, dando por sentado que la liberalización ya supone, por sí misma, un retroceso en la capacidad de intervención municipal.

## Anexo. Jurisprudencia

### La libertad de establecimiento

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia de 15 de enero de 2002, asunto núm. C-439/99.

“22.– Los artículos 52 y 59 del Tratado exigen, respectivamente, la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (véanse, en este sentido, respecto a la libertad de establecimiento, la sentencia de 30 de marzo de 1993, Konstandinidis, C-168/91, Rec. p. I-1191, apartado 15, y, en cuanto a la libre prestación de servicios, la sentencia de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 21).

“23.– No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando tales medidas se aplican a cualquier

persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, pueden estar justificadas si responden a razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Gebhard, apartado 37, y Analir, apartado 25).

“... ”

“26. A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado (véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, C-355/98, Rec. p. I-1221, apartado 35).

“27. Aunque la exigencia de un reconocimiento oficial o de una autorización previa para el ejercicio de la actividad de organizador de ferias pudiera eventualmente estar justificada por el interés general de garantizar la necesaria calidad del servicio que se ofrece y la seguridad de la feria, tal exigencia no está justificada cuando dicho interés está protegido por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado miembro en el que está establecido.

“28. Pues bien, las disposiciones nacionales y regionales de que se trata no tienen en cuenta las normas aplicables al prestador del servicio en su Estado de establecimiento. Por lo demás, el Gobierno italiano ni siquiera ha alegado que dichas disposiciones debieron interpretarse en ese sentido.”

### Razones imperiosas de interés general

TJCE Sala 2.<sup>a</sup>, S 2-10-2008, núm. C-360/2006

“Una restricción de la libertad de establecimiento sólo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, además, en tal supuesto sería preciso que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no fuera más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véase, en especial, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, apartado 49).”

TJCE Sala 5.<sup>a</sup>, S 21-11-2002, núm. C-436/2000

“La reducción de ingresos fiscales que podría resultar de la concesión de la citada ventaja a las transmisiones de acciones de tipo A y de tipo B no figura entre las razones mencionadas en el artículo 46 CE y no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el artículo 43 CE (véanse, en especial, las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 28; Metallgesellschaft y otros, apartado 59, y Saint-Gobain ZN, apartado 51). En efecto, este objetivo es de carácter meramente económico y, en consecuencia y según jurisprudencia reiterada, no puede constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en particular, la sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48).

“51. En cambio, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario (véanse las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, y Comisión/Bélgica, C-300/90, Rec. p. I-305), la lucha contra la evasión fiscal (véanse las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 26, y Metallgesellschaft y otros, apartado 57) y la eficacia de los controles fiscales (véanse, en especial, las sentencias Futura Participations y Singer, antes citada, apartado 31, y de 8 de julio de 1999, Baxter y otros, C-254/97, Rec. p. I-4809, apartado 18) constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar normativas que puedan restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.”

TJCE Sala 4.<sup>a</sup>, S 17-7-2008, núm. C-389/2005

“Estas medidas restrictivas sólo pueden justificarse por tales razones cuando resulten necesarias para proteger los intereses que pretenden garantizar y en la medida en que estos objetivos no puedan alcanzarse mediante reglas menos restrictivas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Comisión/Austria, C-257/05, no publicada en la Recopilación, apartado 23 y jurisprudencia que allí se cita).

“... ”

“No cabe invocar una razón imperiosa de interés general si existe una armonización comunitaria que establezca las medidas necesarias para garantizar la protección de ese mismo interés (véase en este sentido la sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 23).”

TJCE Pleno, S 20-5-2008, núm. C-194/2006

“La reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que

pueda invocarse para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (véase, en particular, la sentencia Manninen, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada).”

TJCE Sala 3.<sup>a</sup>, S 13-3-2008, núm. C-248/2006

“...la necesidad de incentivar la investigación y el desarrollo en España, es preciso señalar que, si bien es cierto que la promoción de estas actividades constituye una razón imperiosa de interés general, el Tribunal de Justicia ha declarado que el incentivo fiscal vinculado a la realización de la inversión en el Estado miembro que concede el beneficio fiscal se opone frontalmente al objetivo de la política comunitaria en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico.”

TJCE Sala 3.<sup>a</sup>, S 18-12-2007, núm. C-281/2006

“En el apartado 23 de la sentencia Laboratoires Fournier, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró efectivamente que no podía excluirse que la promoción de la investigación y del desarrollo constituya una razón imperiosa de interés general.

“... ”

“La restricción a la libre prestación de servicios consistente en que una normativa nacional reserve la aplicación de una exención del impuesto sobre la renta a las remuneraciones pagadas, como contrapartida de una actividad docente ejercida con carácter accesorio, por universidades, personas jurídicas de Derecho público, establecidas en el territorio nacional, y la deniegue cuando esas remuneraciones sean pagadas por una universidad establecida en otro Estado miembro no está justificada por razones imperiosas de interés general.”

TJCE Pleno, S 18-12-2007, núm. C-341/2005

“El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general.”

### Servicio de interés general

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia “Humbel”, de 27 de septiembre de 1988, Rec. núm. 263/1986

El servicio de educación es un servicio de interés general, ya que el Estado no pretende dedicarse a una actividad lucrativa, sino que cumple su deber con su propia población en los campos social, cultural y educativo.

*"...il convient de rappeler que, selon l'article 60, alinéa 1, du traité CEE, ne sont comprises dans le chapitre concernant les services que 'les prestations fournies normalement contre rémunération'.*

*"Même si la notion de rémunération n'est pas définie expressément par les articles 59 et suivants du traité CEE, sa portée juridique peut être déduite des dispositions de l'article 60, alinéa 2, dudit traité, selon lequel les services comprennent notamment des activités de caractère industriel et commercial ainsi que des activités artisanales et des professions libérales.*

*"La caractéristique essentielle de la rémunération réside, des lors, dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service.*

*"Or, une telle caractéristique fait défaut dans le cas de cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale. D'une part, en établissant et en maintenant un tel système, l'état n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplir sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents.*

*"La nature de cette activité n'est pas affectée par le fait que, parfois, les élèves ou leurs parents sont obligés de payer des redevances ou des frais de scolarité en vue de contribuer dans une certaine mesure aux frais de fonctionnement du système. A plus forte raison, la simple circonstance que le paiement d'un minerval soit imposé aux seuls élèves étrangers ne saurait avoir un tel effet.*

*"Il y a, des lors, lieu de répondre à la première branche de la deuxième question que l'article 59 du traité CEE doit être interprété en ce sens que des cours dispensés à un institut technique relevant de l'enseignement secondaire dans le cadre du système d'éducation nationale ne peuvent pas être qualifiés de services, au sens de cette disposition."*

## Servicio de interés económico general

### Concepto de SIEG

TPICE Sala 3.<sup>a</sup>, S 12-2-2008, núm. T-289/2003

"En Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG, ya sea en el sentido del primer requisito enunciado en la sentencia Altmark, citada en el apartado 89 supra, ya sea en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2.

"...

"167. Esta prerrogativa de los Estados miembros con respecto a la definición de los SIEG se ve confirmada por la inexistencia tanto de una competencia especialmente atribuida a la Comunidad como de una definición precisa y completa del concepto de SIEG en Derecho comunitario. En efecto, la determinación de la naturaleza y del alcance de una misión SIEG en ámbitos de acción concretos, que o bien no son competencia de la Comunidad, en el sentido del artículo 5, o bien tienen como base una competencia comunitaria tan sólo limitada o compartida, en el sentido del párrafo segundo de este artículo, continúa, en principio, correspondiendo a los Estados miembros.

"....

"Aunque los Estados miembros disponen de una amplia potestad discrecional en cuanto respecta a la determinación de aquello que consideran como SIEG, esto no les dispensa, cuando invocan la existencia y la necesidad de la protección de una misión SIEG, de velar por que esta última satisfaga determinados criterios mínimos comunes a toda misión SIEG en el sentido del Tratado CE, tal como han sido precisados por la jurisprudencia, y de demostrar que dichos criterios se satisfacen en el caso en cuestión. En particular, se trata de la existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión SIEG, así como del carácter universal y obligatorio de esta misión. Por el contrario, el hecho de que un Estado miembro no proporcione pruebas de que estos criterios se satisfacen o los incumpla puede constituir un error manifiesto de apreciación que la Comisión está obligada a sancionar, so pena de incurrir también ella en un error manifiesto. Además, de la jurisprudencia

relativa al artículo 86 CE, apartado 2, se desprende que los Estados miembros deben indicar las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG y distinguirse de otras actividades económicas.”

TPICE Sala 5.<sup>a</sup>, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“Tal como declara la jurisprudencia (véase, en este sentido, la sentencia FFSA y otros/Comisión, citada en el apartado 144 supra, apartado 99) y expone la Comisión en el punto 22 de su Comunicación COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los servicios de interés general en Europa, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran SIEG. En consecuencia, la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto (conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1577, I-1583, apartado 162; sentencia Olsen/Comisión, citada en el apartado 145 supra, apartado 216).”

TPICE Sala 5.<sup>a</sup>, S 22-10-2008, núm. T-309/2004, T-317/04, T-329/04 y T-336/04

“Pues bien, un SIEG se define, por principio, atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizaran su prestación. Según señaló la Comisión en el apartado 36 de la Comunicación sobre la radiodifusión, ‘la cuestión de la definición de la misión de servicio público no debe confundirse con la del mecanismo financiero elegido para prestar estos servicios.’”

TPICE Sala 5.<sup>a</sup>, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“El servicio público de radiodifusión se considera un SIEG y no un servicio de interés general no económico, debe señalarse sin embargo que esta calificación de SIEG se explica mejor por el impacto que el servicio público de radiodifusión produce, de facto, sobre el sector de la radiodifusión, por otra parte competitivo y comercial, que por una supuesta dimensión comercial del servicio público de radiodifusión. Según se desprende claramente del Protocolo de Ámsterdam, el servicio público de radiodifusión está ‘directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad.’”

### Elección empresa SIEG

TPICE Sala 5.<sup>a</sup>, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“137. En todo caso, ni de lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 2, ni de la jurisprudencia se desprende que los Estados miembros estén obligados a seguir procedimientos específicos para la elección de las empresas encargadas de los servicios de interés económico general (en lo sucesivo, ‘SIEG’).”

### Ayudas a empresas SIEG

TPICE Sala 5.<sup>a</sup>, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“La posibilidad de acogerse a la excepción a la prohibición de las ayudas de Estado establecida en el artículo 86 CE, apartado 2, exige, según la jurisprudencia (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, *Merzi Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, apartado 26; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, FFSA y otros/Comisión, T-106/95, Rec. p. II-229, apartados 173 y 178, y de 13 de junio de 2000, EPAC/Comisión, T-204/97 y T-270/97, Rec. p. II-2267, apartados 125 y 126), el cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, que el servicio de que se trate sea un SIEG y esté claramente definido como tal por el Estado miembro; en segundo lugar, que el Estado haya confiado a la empresa de que trata la prestación de dicho SIEG; en tercer lugar, que la aplicación de las normas de competencia del Tratado –en el caso de autos la prohibición de las ayudas de Estado– obstaculice el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa y la excepción no afecte al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad.”

TPICE Sala 3.<sup>a</sup>, S 1-7-2008, núm. T-266/2002

“A tenor del artículo 86 CE, apartado 2, las empresas encargadas de la gestión de un SIEG están sometidas a las normas del Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

“70. Según jurisprudencia reiterada, la calificación de ayuda de Estado exige que se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 87 CE, apartado 1. El artículo 87 CE, apartado 1, enumera los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, dicha intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros. En ter-

cer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario. Y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia (véase la sentencia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartados 74 y 75, y la jurisprudencia allí citada).

“ ...

“El Tribunal de Justicia ha declarado que si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situarlas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 87 CE, apartado 1 (sentencias del Tribunal de Justicia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartado 87, y de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse*, C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243, apartado 31).

“73. Para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, deben cumplirse una serie de requisitos (sentencias *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartado 88, y *Enirisorse*, citada en el apartado 72 supra, apartado 31). En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto de las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes a éste y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo

en cuenta los ingresos correspondientes a éste y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (sentencia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartados 89 a 93).” ■

# Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales

Esteban Arimany Lamoglia

Abogado y profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

## 1. Coexistencia e interrelación de lo público y lo privado en el sistema catalán de servicios sociales

- 1.1. Contexto del análisis: la iniciativa privada, lucrativa o no lucrativa, en un sector intervenido
- 1.2. Cuestiones a analizar
- 1.3. Un megasistema de servicios sociales, públicos y privados, lucrativos y no lucrativos
- 1.4. El genuino sistema público de servicios sociales, sistema de responsabilidad pública o red pública de servicios sociales
- 1.5. Principios y reglas propias de un concepto amplio de servicio público con financiación presupuestaria

## 2. Prestaciones privadas no integradas en el sistema público de servicios sociales

- 2.1. Hay vida fuera del sistema de responsabilidad pública o servicio público social
- 2.2. Sin embargo, toda vida fuera del servicio público esta regulada, controlada y, en su caso, fomentada por la Administración

## 3. Acreditación de entidades privadas e integración en el sistema público de servicios sociales. El convenio de integración y financiación

- 3.1. La entidad privada, lucrativa o no lucrativa, que cumple tareas de servicios sociales, decide solicitar su integración en el sistema de responsabilidad pública: acreditación y convenio de colaboración
- 3.2. Integrarse en la Red Pública presupone posibilidad de prestar servicios sociales de la Cartera bajo responsabilidad y financiación públicas
- 3.3. Previsión de las condiciones de acreditación y silencio absoluto sobre los pormenores del convenio de colaboración

## 4. Gestión indirecta de servicios sociales de responsabilidad pública: convenios de integración en la red pública y contratos públicos para la prestación de servicios de titularidad pública

- 4.1. Otra posibilidad de integrarse en la Red Pública consiste en adjudicarse contratos para la prestación de servicios de titularidad pública: el convenio de integración ni es previo al contrato ni es lo mismo que el contrato, sino que es un instrumento distinto de integración
- 4.2. Principio fundamental: si estamos ante un objeto y una causa contractual no puede elegirse la vía del convenio de colaboración como si se tratara de un instrumento alternativo
- 4.3. Algunas ideas que pueden manejarse para distinguir convenio de colaboración o integración y contrato público, siempre sin perjuicio del obligado análisis de cada caso particular

## 5. La provisión de equipamientos y servicios sociales mediante contrato público

- 5.1. Los contratos públicos de provisión de equipamientos y servicios sociales se someten, en todo caso, a las normas, estatales y comunitarias, de contratación pública
- 5.2. Contratos incluidos en la LCSP y negocios excluidos: los convenios interadministrativos de colaboración en materia de servicios sociales y los encargos a los denominados medios propios
- 5.3. La diferencia entre, por una parte, los contratos ordinarios y, por otra parte, las concesiones y contratos públicos CPP, presente también en el ámbito de los servicios sociales
- 5.4. La utilización de las concesiones, de servicio público o de obra, para la provisión de equipamientos y servicios sociales.
- 5.5. Sobre la insatisfactoria respuesta de nuestro Derecho interno a las relaciones jurídicas CPP en las que median pagos de la Administración basados en criterios de disponibilidad

## 6. Un último apunte sobre la contraposición de intereses entre las entidades privadas de iniciativa social y las entidades privadas de iniciativa mercantil en el mercado de la provisión contractual de equipamientos y servicios sociales

## 1. Coexistencia e interrelación de lo público y lo privado en el sistema catalán de servicios sociales

### 1.1. Contexto del análisis: la iniciativa privada, lucrativa o no lucrativa, en un sector intervenido

En el sector de los servicios sociales se aprecia claramente, como sucede en tantos otros campos de la realidad económica y social, la presencia e interrelación de elementos pertenecientes al ámbito de lo público (entes del sector público, disposiciones generales, planes, autorizaciones, contratos públicos, etc.) y de elementos propios del ámbito privado (fundaciones o sociedades del sector privado, prestaciones de servicios privados, etc.). Desde una perspectiva algo más concreta, trabajos como el presente suelen abordarse con una óptica más subjetiva y funcional, esto es, se trata de constatar la presencia en el sector de entidades públicas, o del sector público, y de entidades privadas que desarrollan actividades relacionadas con la asistencia social, y de analizar la dinámica de las relaciones jurídicas que se producen entre todas ellas. Todavía de forma más específica, pero sin perder de vista el enfoque general, se da por supuesto un alto grado de intervención pública en la materia y se pone el acento en el análisis del papel de la iniciativa privada en los servicios sociales. Esta última (“De la iniciativa privada en los servicios sociales”) es, precisamente, la denominación que adopta el título VI de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (“Ley 12/07”), título alrededor del cual (el “título VI”) van a centrarse las líneas y páginas siguientes.

Superadas históricamente las épocas en las que, desde un punto de vista jurídico, se ponía el énfasis en la beneficencia o caridad –bien fuese pública o privada de carácter no lucrativo–, la acción o asistencia social se aborda, hoy en día, como un elemento fundamental del Estado Social de Derecho, al que normativamente se asocia la exigencia de un intenso intervencionismo administrativo, muy focalizado, además, en la vertiente prestacional. Estamos en un momento que –aunque no exento de voces partidarias de un mayor abstencionismo público, y bajo el impacto de una importante carestía de recursos públicos, propiciada por la crisis económica global– se caracteriza por dos aspectos del máximo interés. Por una parte, la creciente asunción de la garantía pública en la prestación de servicios

sociales, que tiene su correlato en el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos a la prestación en manos de los ciudadanos. Por otra parte, la subsistencia, renovada, de una fuerte presencia privada en la actividad de prestación, dentro de la cual sigue teniendo un protagonismo fundamental la iniciativa privada de carácter social (el denominado “tercer sector”, utilizando una expresión que persigue tanto subrayar su carácter no público como tomar distancias con el sector privado lucrativo), aunque en concurrencia con la intervención, cada vez más intensa, de la iniciativa privada lucrativa, concurrencia que, en ocasiones, provoca situaciones que, digámoslo llanamente, suponen la manifestación de una clara competencia y contraposición de intereses entre los distintos grupos de entidades prestadoras de servicios sociales.

El reconocimiento expreso del papel privilegiado y del peso específico del tercer sector en materia de servicios sociales, lo encontramos claramente reflejado tanto en el preámbulo de la Ley 12/07 [puede constatarse fácilmente en el párrafo final de su apartado IV: “(...)”, es preciso reconocer el papel esencial de las entidades del tercer sector en la creación del modelo de servicios sociales en Cataluña y de la extensa red que ponen al alcance de las personas en situación de exclusión social, de riesgo o de vulnerabilidad. Es por ello que es preciso garantizar el establecimiento de un modelo de cooperación y concertación público y privado que las fomente y les dé estabilidad (...)”], como en una multiplicidad de sus preceptos, de entre los que podemos destacar el artículo 78, que, a modo de cierre del título VI, y bajo la rúbrica “Acción de fomento de la iniciativa social”, proclama, en sus dos primeros párrafos:

“1. Las entidades de iniciativa social son un elemento definitorio del sistema de servicios sociales y un elemento clave en el fomento de los servicios sociales.

“2. La Administración de la Generalidad y los entes locales, a los efectos de lo establecido por el presente título, deben fomentar de modo preferente la creación y participación de las entidades sin ánimo de lucro en la realización de actividades de servicios sociales.”

No obstante, como se ha adelantado, también existe el reconocimiento –cierto que algo más tímido– de la iniciativa privada lucrativa, tanto en el preámbulo de la Ley 12/07 (significativo su apartado IV, cuarto párrafo, “Asimismo, debe avanzarse en el reconocimiento del papel del sector privado (...)”, como, de forma más abierta, dentro de su articulado, especialmente dentro

del repetido título VI que, como veremos, reconoce el derecho de cualquier persona privada a la creación de centros y a la prestación de servicios sociales (artículo 68), y destaca que la iniciativa privada en materia de servicios sociales puede ejercerse por “entidades de iniciativa social y por entidades de iniciativa mercantil” (artículo 69).

## 1.2. Cuestiones a analizar

Pues bien, dentro de este contexto, me propongo exponer, con carácter panorámico, las claves más significativas que se deducen de la Ley 12/07 en relación con la confluencia de la iniciativa pública y privada, no lucrativa y lucrativa, en la prestación de servicios sociales y, por ende, en relación con la inserción de la iniciativa privada en el denominado sistema catalán de servicios sociales: sistema global con preponderancia del sistema público; regulación y control de la iniciativa privada en todo caso; existencia de iniciativa privada no integrada en el sistema público que configura la Ley 12/07; sistema público como servicio público integrado por centros y servicios de titularidad pública y de titularidad privada debidamente acreditados; instrumentos de

colaboración público-privada, con especial detenimiento en la colaboración contractual.<sup>1</sup>

## 1.3. Un megasistema de servicios sociales, públicos y privados, lucrativos y no lucrativos

El artículo 1 de la Ley 12/07 indica que su objeto consiste en regular y ordenar el “sistema de servicios sociales”, entendidos estos básicamente como actividades prestacionales que, con utilización de medios materiales y personales debidamente organizados, se desarrollan para la consecución de las finalidades a las que alude el artículo 3 del propio texto legal.

La idea y concepto de “sistema” adopta inmediatamente un carácter nuclear y conductor en la Ley 12/07,<sup>2</sup> hasta el punto de que, una vez delimitado el objeto de esta por referencia a dicha idea y concepto, el artículo 2 de la Ley 12/07<sup>3</sup> adopta la rúbrica de “Sistema de servicios sociales” y pasa a describirnos los elementos de ese sistema que, en el ámbito catalán, está dispuesto al servicio del cumplimiento de las finalidades anteriormente mencionadas (las consignadas en el artículo 3: “Finalidad de los servicios sociales”). Trascrito a nota el texto literal del citado artículo 2, destacaremos, a continuación, algunos aspectos reseñables relacionados con el mismo.

1. Para una visión general que abarca los aspectos esenciales de las relaciones entre las administraciones públicas y la iniciativa privada, con bibliografía de referencia, puede verse PEMÁN GAVÍN, Juan María, “La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, en la obra colectiva *El Derecho público de la acción social*, Documentación Administrativa, 271-272, enero-agosto 2005, p.39 y ss. Un análisis a fondo de la participación del tercer sector en el sistema de servicios sociales en Cataluña, puede encontrarse, a cargo de MOLLEVI, Josep, en esta misma obra, lo que nos excusará de profundizar en aspectos que conciernen únicamente a las entidades sin ánimo de lucro.

2. Los conceptos de sistema y de sistema público de servicios sociales, y la atribución de una fuerza nuclear a este último, no son nuevos en la regulación de los servicios sociales, aunque también es cierto que en la Ley 12/07 cobran mayor importancia y virtualidad, habida cuenta del reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo a las prestaciones del sistema público. En este trabajo nos ocupamos del concepto, porque solo de ese modo puede entenderse el alcance de la regulación legal sobre la interrelación de la iniciativa pública y de la iniciativa privada en este campo. No obstante, nos limitaremos a los aspectos que resulten imprescindibles a los efectos de dicho entendimiento, remitiéndonos, para profundizar sobre ello, a los estudios que contiene la parte general de esta obra. Para un buen análisis de la misma idea en la precedente legislación catalana de servicios sociales, pueden verse TORNOS, Joaquín, “El sistema catalán de servicios sociales y la atención a la tercera edad. Marco general”, y MALARET, Elisenda, “Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar”, ambos en la obra colectiva *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 529 y ss. y 265 y ss., respectivamente.

3. Artículo 2. “Sistema de servicios sociales.

“1. El sistema de servicios sociales está integrado por el conjunto de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones de titularidad pública y privada destinados a la finalidad establecidos por el artículo 3.

“2. El sistema público de servicios sociales está integrado por los servicios sociales de titularidad pública y por los de titularidad privada acreditados y concertados por la Administración de acuerdo con lo establecido por la presente Ley. Todos estos servicios configuran conjuntamente la red de atención pública.

“3. Los servicios sociales de titularidad pública garantizan la existencia y el desarrollo de las acciones básicas, así como la equidad territorial, que contribuyen a la justicia y al bienestar sociales, de acuerdo con lo establecido por el título II.

“4. Los servicios sociales de titularidad privada participan en la acción social mediante la realización de actividades y prestaciones de servicios sociales, de acuerdo con lo establecido por la presente Ley, bajo la inspección, el control y el registro de la Generalidad.”

#### 1.4. El genuino sistema público de servicios sociales, sistema de responsabilidad pública o red pública de servicios sociales

A menos que se entienda como sistema todo aquello que es objeto de regulación por parte de la Ley 12/07, el verdadero sistema, o sistema en sentido más propio, es el sistema público de servicios sociales, que es objeto preferente y ampliamente mayoritario de la regulación legal (si se lee con detenimiento la Ley 12/07, se observará inmediatamente que muchos de sus títulos y artículos hacen referencia únicamente a dicho sistema público; *vid.*, por ejemplo, los artículos 5 y 6.3, y la propia rúbrica de todo el título II). Los elementos que no se integran en el sistema público difícilmente componen un sistema entre sí y, por tanto, difícilmente pueden coadyuvar a conseguir un sistema global integrado (público y privado), lo que no es incompatible con una directiva de coordinación del conjunto. En este sentido, el ya citado artículo 78 del título VI, establece, en su apartado 3:

“3. Las administraciones deben velar por que las actividades de servicios sociales se canalicen mediante las fórmulas establecidas por el presente título y deben garantizar su coordinación con el sistema público de servicios sociales.”

Lo importante de la idea de sistema de servicios sociales, más amplia que la de sistema público, reside en la sujeción a regulación y control del sector privado que opera extramuros del sistema público, y con el que, como se ha visto, se establecen también algunos puentes de coordinación.

Dicho esto, no podemos caer en el error de pensar que existe una correlación entre centros y servicios de titularidad pública y el sistema público de servicios sociales, y entre centros y servicios de titularidad privada y un subsistema privado de servicios sociales, toda vez que, como puede verse en el texto del artículo 2 de la Ley 12/07 –transcrito anteriormente en nota a pie de página–, el sistema público de servicios sociales se integra por los centros y servicios de titularidad pública, pero también por los centros y servicios “de titularidad privada

acreditados y concertados por la Administración de acuerdo con lo establecido por la presente Ley.” En parecido sentido, pero sin aludir al requisito de la acreditación, se pronuncia el artículo 14 de la Ley 12/07, cuando, al definir el sistema público, alude, junto con los servicios de titularidad pública, a “los que la Administración concierte con las entidades de iniciativa social o privada” (en realidad, ambas de iniciativa privada, solo que de carácter social las unas y de carácter mercantil las otras, como tendremos ocasión de comprobar).

Posteriormente veremos que, a pesar de la aparente omisión en que incurre este último precepto, la acreditación es, efectivamente, presupuesto necesario de integración en el sistema público de servicios sociales. Veremos también que, además de la acreditación, es necesaria, para tal integración por parte de las entidades prestadoras privadas, la existencia de un convenio de colaboración o de un contrato público, en los términos previstos, respectivamente, por los artículos 70 y 75 de la Ley 12/07. Esto último nos lleva a afirmar que, a pesar de lo que pudiera deducirse de los artículos 2 y 14 antes citados, la acreditación no debe venir necesariamente unida, a efectos de la integración en el sistema público, a un concierto, si es que por concierto entendemos, en sentido estricto, una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. La norma utiliza, pues, a efectos de definir sistema público de servicios sociales, el término concierto en sentido amplio. Como acabo de señalar, volveré sobre este punto en apartados posteriores.

El concepto de sistema público, integrado por los servicios de titularidad pública y por los de titularidad privada acreditados y concertados, va referido, además, a un catálogo de prestaciones. Se trata de las “Prestaciones del sistema público de servicios sociales” (artículo 20), que se incluyen o inventarían en la “Cartera de servicios sociales del sistema público de servicios sociales” (la “Cartera”, capítulo II del título II de la Ley 12/07).<sup>4</sup> Todo ello determina la existencia de una estructura servicial en red, que recibe la denominación de “Red de Servicios Sociales de Atención Pública”

4. Artículo 24: “La Cartera de servicios sociales. 1. La Cartera de servicios sociales es el instrumento que determina el conjunto de prestaciones de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública. 2. La Cartera de servicios sociales debe incluir todas las prestaciones de servicios, económicas y tecnológicas del sistema público de servicios sociales (...). La Cartera, sobre la base del anexo de la Ley 12/07 (“Catálogo clasificado de servicios y prestaciones sociales del Sistema Catalán de Servicios Sociales”), ha sido, en efecto, aprobada mediante Decreto 151/2008, de 29 de julio, para el periodo 2008-2009.

(la “Red Pública”, artículo 15).<sup>5</sup> En consecuencia, nos hallamos ante un sistema público concebido como conjunto de recursos, establecimientos y prestaciones que conforman la Red/oferta pública de servicios sociales, aunque esta se componga, en parte, por medios privados acreditados y concertados.

### 1.5. Principios y reglas propias de un concepto amplio de servicio público con financiación presupuestaria

La existencia de un verdadero sistema público de servicios sociales se constata y se rubrica legalmente mediante la atribución a dicho sistema de una serie de principios y reglas comunes que lo inspiran y gobiernan, de modo que todos sus componentes, de titularidad pública y privada, quedan sometidos a un régimen jurídico unitario (el régimen jurídico del sistema público de servicios sociales).<sup>6</sup> Este dato puede apreciarse nítidamente a través de múltiples previsiones de la Ley 12/07, como son: las relativas a los “Principios rectores del sistema público de los servicios sociales” (artículo 5); las, ya mencionadas, contenidas en el título II (“Del sistema público de servicios sociales”), referidas a “Disposiciones generales y tipología de los servicios y prestaciones” (capítulo I de dicho título) y a “La Cartera de servicios sociales del sistema público de servicios sociales” (capítulo II del mismo título); la regulación de “Los profesionales de los servicios sociales” (capítulo

V del título III), y el título V (“De la financiación del sistema público de servicios sociales”), por poner solamente algunos de los ejemplos más significativos del mencionado régimen unitario.

Dentro de los principios del sistema público destaca el de responsabilidad pública (artículo 5, apartado c) de la Ley 12/07). En definitiva, el legislador, en cumplimiento de las previsiones constitucionales y, más concretamente, de las contenidas en el Estatuto de Autonomía,<sup>7</sup> quiere garantizar a la ciudadanía un importante elenco de prestaciones sociales (principio de garantía legal), y considera que la mejor forma de hacer efectiva tal garantía consiste en construir un sistema público o de responsabilidad pública, dirigido a satisfacer el derecho universal de acceso, que la propia Ley 12/07 [principio de universalidad, artículo 5.a) de la misma] reconoce a todas las personas que necesitan tales prestaciones por hallarse en situaciones especiales de desventaja social.<sup>8</sup>

Claro está que, a su vez, como indica con meridiana claridad el párrafo segundo del apartado IV del preámbulo de la Ley 12/07, “La efectividad del principio de universalidad del derecho de acceso a los servicios sociales radica en la financiación de las prestaciones”, financiación que, en el sistema público, es fundamentalmente pública, sin perjuicio del posible copago de algunas de las prestaciones por parte de los usuarios, quienes, por otra parte, tienen derecho a escoger el centro proveedor del servicio de entre todos los que se integran en la Red Pública (artículo 26.5).<sup>9</sup>

5. Artículo 15: “1. El sistema público de servicios sociales se organiza en forma de red (...) y se estructura en servicios sociales básicos y en servicios sociales especializados. 2. La Red de Servicios Sociales de Atención Pública está integrada por el conjunto de los servicios y centros de servicios sociales de Cataluña que están acreditados por la Generalidad para la gestión de las prestaciones incluidas en la presente Ley o en la Cartera de servicios sociales.” La idea de Red Pública tampoco es novedosa en el sistema autonómico catalán de servicios sociales. Basta, a estos efectos, con recordar el título del trabajo, anteriormente mencionado (ver nota al pie núm. 2), de MALARET, Elisenda: “Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar”. Sobre la estructuración del sistema público en base a la distinción entre servicios básicos y servicios especializados, véase AGUADO, Vicenç, en esta misma obra.

6. Que exista un amplio y cualificado círculo de normas comunes aplicables, indistintamente, a los servicios de titularidad pública y privada que se integran en el sistema público, no significa que los de titularidad pública no estén sujetos a normas pensadas únicamente para ellos. En tal sentido puede entenderse, por ejemplo, la competencia que el artículo 28 de la Ley 12/07 (apartado h) atribuye al Gobierno de la Generalidad para “Establecer los criterios básicos sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios sociales públicos (...)”

7. El apartado I del preámbulo de la Ley 12/07 destaca cómo el capítulo I del título I del Estatuto de Autonomía catalán ordena a los poderes públicos que “garanticen un sistema de servicios sociales, de titularidad pública y concertada (...) y la gratuidad de los servicios sociales que las leyes determinen como básicos (...)”

8. Véase, sobre el derecho subjetivo a las prestaciones en materia de servicios sociales, la colaboración de TORNOS, Joaquín, en esta misma obra.

9. A mi juicio, es de difícil comprensión la referencia que hace el artículo 26.5 de la Ley 12/07 al derecho de elección entre los centros, distinguiendo entre los “de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública y los gestionados bajo el régimen de servicio público (...)”. Parece que, con tal distinción, quiere afirmarse que, dentro de la Red Pública, existen centros que no se sujetan al régimen de servicio público, o, dando un paso más, que una cosa son los centros de la Red Pública y otra los gestionados en régimen de servicio público. No he sabido encontrar en el resto de la Ley 12/07 mayores concreciones de tal distinción.

Por supuesto, financiación pública, en su caso compartida mediante fórmulas de copago por parte de los usuarios, no resulta incompatible con aportaciones de entidades privadas al sistema público de servicios sociales. En este sentido, el artículo 59 de la Ley 12/07, primero de los que incluye el título V, dedicado a la “financiación del sistema público de servicios sociales”, indica que, además de aportaciones presupuestarias públicas y de aportaciones de usuarios, el sistema se financiará con las herencias intestadas, si corresponde heredar a la Generalidad, y con las aportaciones de entidades privadas, con mención especial a las aportaciones procedentes de las obras sociales de las cajas de ahorro.

Además de los principios y elementos fundamentales que acaban de describirse (garantía, responsabilidad pública, derecho de acceso, universalidad, financiación predominantemente pública), encontramos otros fácilmente reconducibles a la noción comunitaria del Servicio de Interés General (“SIG”)<sup>10</sup> y, dentro de ella, a la más específica e intensa, de corte ya nacional, de servicio público. Se trata de principios, todos ellos contenidos en el

artículo 5 de la Ley 12/07, como los de igualdad, calidad y continuidad [apartados a), p) y q) de dicho precepto], que van encontrando distintas concreciones a lo largo del articulado del propio texto normativo.

Y es que, en nuestro ordenamiento, la institución de servicio público no conecta ya necesariamente, a todos los efectos, con la noción de asunción monopolística, por parte de los poderes públicos, de la titularidad del servicio o actividad de que se trate. Actualmente, el servicio público se asocia también a la noción de actividad prestacional que la Administración garantiza y asume bajo su responsabilidad, con financiación pública si resulta necesario, bajo un régimen jurídico cuyos principios (los vistos anteriormente) están perfectamente identificados.<sup>11</sup> Esta idea de servicio público deja un mayor espacio, claro está, a la iniciativa privada, iniciativa que, al no existir asunción monopolística de la actividad prestacional, o bien se sitúa extramuros del servicio público –como se dijo anteriormente y se insistirá a continuación– o bien se sitúa en la órbita del mismo, mediante su integración en el sistema público, a través de fórmulas diversas de colaboración.

Por el contrario, creo que, como indican en el texto, sin perjuicio de las distintas titularidades que puedan recaer sobre los diversos centros o servicios de servicios sociales, la inserción de estos en el sistema público de servicios sociales determina la sujeción a un régimen jurídico con elementos comunes propios del servicio público. Parece corroborar esta última afirmación el apartado 4 del artículo 62 de la Ley 12/07, cuando, en el contexto de la regulación de la financiación de los servicios sociales básicos (entre los que se incluyen las prestaciones propias de la teleasistencia y los servicios de ayuda a domicilio), indica, sin mayor precisión o distinción, que, en determinadas circunstancias, deben adoptarse las “medidas necesarias para la prestación del servicio público.”

Por otra parte, la Ley 12/07 distingue (artículo 24, apartados 4 y 5), las prestaciones garantizadas de la Cartera –exigibles como derecho subjetivo– y las prestaciones no garantizadas, en el sentido de que el acceso a estas últimas se hace “de acuerdo con lo establecido por la Cartera de servicios sociales y de acuerdo con los créditos presupuestarios asignados y aplicando los principios objetivos de prelación y concurrencia.” Entiendo, no obstante, que, también estas últimas prestaciones, en la medida que quedan cubiertas por las previsiones de la Cartera y las disponibilidades presupuestarias para ellas previstas, se integran en el sistema público y se desarrollan en régimen de servicio público. Faltaría, no obstante, el elemento de universalidad.

10. Al escribir este trabajo, el último documento comunitario de interés en la materia es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, de 20 de noviembre de 2007, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno” – Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo (la “Comunicación SIG”), en la que se pone de relieve que si bien es cierto que, en línea de principio, solo los Servicios Económicos de Interés General (“SIEG”) resultan concernidos por las normas del Tratado sobre el mercado interior y la competencia, muchos Servicios Sociales de Interés General (“SSIG”), son, a su vez, SIEG. No es cierto, pues, que todo servicio social se pueda identificar, sin más, con Servicio No Económico de Interés General, y, en la medida en que tal identificación no se produzca, aquellas reglas del Tratado son igualmente aplicables a los servicios sociales. De hecho, la Comunicación SIG se ocupa también de la aplicación a los SSIG de las normas comunitarias relativas a la contratación pública y a las ayudas públicas. La Comisión se compromete, en la Comunicación SIG, a seguir dando orientaciones sobre estos puntos. Acompañan a la Comunicación SIG tres documentos, los SEC (2007) 1514, 1515 y 1516, que proporcionan datos de interés acerca de los mismos. Al documento relativo a la contratación pública –SEC (2007) 1514 (“SEC 1514”)– nos referiremos con posterioridad en este mismo trabajo.

11. El concepto amplio de servicio público en materia de servicios sociales al que se refiere el texto, no identificado con titularidad monopolística, puede verse desarrollado en TORNOs, Joaquín, “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, octubre de 2004, p. 7 y ss. Coincide en ella la mayoría de los autores citados en este texto. Una voz parcialmente discordante puede encontrarse en BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 29, 2007, p. 11 y 205 y ss., en especial p. 225 a 228, aunque sin consecuencias prácticas aparentemente reseñables.

## 2. Prestaciones privadas no integradas en el sistema público de servicios sociales

### 2.1. Hay vida fuera del sistema de responsabilidad pública o servicio público social

En el marco de los derechos de libre iniciativa económica y de fundación para desarrollar fines de interés general que reconoce la Constitución, el apartado 1 del artículo 68 (“Disposiciones generales”) del título VI de la Ley 12/07 (recuérdese, “De la iniciativa privada en los servicios sociales”) proclama el derecho de cualquier persona privada, física o jurídica, a crear centros y establecimientos de servicios sociales y a gestionar programas y prestaciones de esta naturaleza. Ese derecho puede ejercerse, como acaba de indicarse, fuera del sistema público de servicios sociales.

Ocurre, sin embargo, que, a continuación, en el artículo 69 (“Modalidades de iniciativa privada”), se indica que la iniciativa privada en materia de servicios sociales solamente puede ejercerse por las entidades, de iniciativa social o de iniciativa mercantil, a las que el propio precepto se refiere. En definitiva, personas jurídicas –aunque también se habla de organizaciones y de otros tipos de entidades, con notable imprecisión– que se diferencian unas de otras por la ausencia de ánimo de lucro en las entidades de iniciativa social (“EIS”) y en la presencia de ánimo de lucro por parte de las entidades de iniciativa mercantil (“EIM”). Además, a estas últimas se les exige adoptar una de las formas societarias reconocidas por la legislación mercantil, quizás en una manifestación de excesiva e innecesaria regulación, si tenemos en cuenta que también puede perseguirse el lucro a través de una sociedad de naturaleza civil.

Pudiera pensarse que, en base al reconocimiento del derecho que proclama el artículo 68, las personas físicas podrían prestar servicios sociales de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 12/07, mientras que la exigencia de tratarse de personas jurídicas (EIS o EIM) quedaría circunscrita a los casos en que, por ejemplo, se pretendiera el plus de la acreditación al que nos referiremos con posterioridad. Pero lo cierto es que, como diremos inmediatamente, el ejercicio del derecho a la prestación de servicios sociales requiere autorización sectorial previa, y cuando la Ley 12/07 regula la misma, da por supuesto que se autorizará únicamente a entidades (artículo 71.1). Igualmente, el “Registro de entidades de iniciativa privada” se refiere solo a ellas y recoge, en-

tre otros, los datos relativos a sus órganos de gobierno y administración (artículo 72). En consecuencia, habrá que entender que el derecho reconocido a todo tipo de personas en el artículo 68 deberá canalizarse a través de las entidades a que se refiere el artículo 69.

### 2.2. Sin embargo, toda vida fuera del servicio público está regulada, controlada y, en su caso, fomentada por la Administración

En cualquier caso, el hecho de que la iniciativa privada pueda ejercerse fuera del marco del sistema público que perfila la Ley 12/07, y, por tanto, sin la financiación pública que propulsa a ese específico sistema, no puede hacer perder de vista que la actividad de prestación de servicios sociales siempre presenta connotaciones de interés general, y va fundamentalmente dirigida a cubrir necesidades de consumidores y usuarios que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social. Por ello no debe extrañar que el artículo 68, en su apartado segundo, indique que el ejercicio del derecho que prevé en su apartado primero queda sujeto al cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece la normativa reguladora de los servicios sociales –con mención explícita a los requisitos de calidad y garantía– y a un mecanismo de control presidido por la necesidad de obtener una autorización administrativa previa de carácter sectorial, sin perjuicio de las facultades inspectoras y sancionadoras que también se contemplan en el texto legal (título IX de la Ley 12/07).

La regulación de los requisitos y condiciones que deben cumplir las entidades de servicios sociales cuando, en ejercicio de la iniciativa privada, abordan su actividad fuera del sistema público de servicios sociales, se encuentra en preceptos dispersos de la propia Ley 12/07 y, de forma más completa y estructurada, en el capítulo V del Decreto 284/96, de 23 de julio, sobre el sistema catalán de servicios sociales, modificado parcialmente por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, en vigor en todo lo que no se oponga a la Ley 12/07 y mientras que no se dicte el desarrollo reglamentario de la misma. Lo importante es resaltar ahora que se trata de una regulación que ni debe confundirse con la propia del sistema público de servicios sociales, ni viene presidida por los principios rectores de tal sistema.

En cuanto al régimen autorizador, sus rasgos básicos se contemplan en los artículos 71, 73 y 74 del propio título VI. Con arreglo al artículo 71 de la Ley

12/07, la autorización es necesaria, en general, para “la instalación y el funcionamiento de centros y establecimientos y para la realización de actividades de servicios sociales” (para “crear y gestionar centros y para prestar servicios sociales”, dice el artículo 73.1). Tiene como finalidad esencial “garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad y de los estándares mínimos en función de las actividades cumplidas.” No hay un número limitado de autorizaciones posibles, sino que se otorgarán, o no, en función de si se cumplen, o no, los requisitos legales y reglamentarios que se señalen y, entre ellos, los que se refieren a los aspectos que contempla el propio artículo 71.3.<sup>12</sup>

La autorización, como indica el artículo 73 de la Ley 12/07, es de funcionamiento, de modo que está sujeta al cumplimiento permanente de los requisitos exigidos para obtenerla, requisitos que, si se incumplen, pueden dar lugar a su revocación, previa incoación del correspondiente expediente. Por otra parte, el mismo artículo 73 recuerda que la eficacia de la autorización puede suspenderse como consecuencia de una medida cautelar adoptada de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones que establece el título X.

Corresponde otorgar la autorización a la Generalidad (artículo 71.2) y, más concretamente, al Departamento competente en la materia, que, según el artículo 29.f), cumple “las funciones de registro, autorización, garantía de calidad y acreditación de los servicios sociales.” Ahora bien, el artículo 74 prevé que la potestad autorizatoria pueda delegarse a los entes locales supramunicipales y a los municipios de más de 20.000 habitantes, de acuerdo con lo que establezca la legislación municipal y de régimen local. En este último supuesto, la Generalidad, además de las funciones de dirección y control que tal legislación le reserva, establecerá directrices y criterios para garantizar que el ejercicio de la competencia delegada se adecue a las condiciones necesarias de objetividad e igualdad.

El artículo 72 de la Ley 12/07 regula el “Registro de entidades de iniciativa privada” (el “Registro”). Tal regulación se produce tras el artículo 70 –destinado este último, como veremos, a la regulación de la acre-

ditación– y se inserta entre los preceptos que regulan la autorización sectorial. Se trata de un Registro de entidades autorizadas, sin perjuicio de que en él se hagan constar específicamente los datos que se exijan legal o reglamentariamente y, entre ellos, los relativos a la acreditación de la entidad privada, que no debe confundirse, sin más, con la autorización sectorial de que venimos tratando. La autorización es, en todo caso, necesaria para prestar servicios sociales. La acreditación es, como veremos, presupuesto imprescindible para lograr la consideración de entidad prestadora e integrarse en el sistema público de servicios sociales.

Las entidades que operan fuera del sistema público de servicios sociales, además de estar sujetas a regulación y control, también pueden ser destinatarias de subvenciones y otras medidas de fomento, que se registrarán por la legislación propia de este tipo de intervención administrativa. Ahora bien, esta última posibilidad queda circunscrita, si atendemos al contenido de los artículos 76, 77 y 78 de la Ley 12/07, a las entidades sin ánimo de lucro, bien se trate de las EIS, bien de las “Entidades colaboradoras”, a las que se refiere específicamente el artículo 77. No deben confundirse las ayudas y subvenciones contempladas en los preceptos que se acaban de mencionar con la financiación canalizada a través de convenio de colaboración a que se refiere el artículo 70, al tratar de la acreditación y de la integración de entidades privadas en la Red pública. Como veremos inmediatamente, tal financiación y convenio se prevén para EIS y EIM, indistintamente.<sup>13</sup>

Para finalizar con este apartado, aclararemos que el régimen de autorización y registro no es privativo de las entidades privadas que operan fuera del sistema público de servicios sociales. También las que operan dentro de dicho sistema estarán sujetas a dicho régimen. Ahora bien, para integrarse en el sistema público, las entidades privadas precisan de requisitos adicionales, consistentes básicamente en el acto de acreditación de la entidad privada de que se trate y en la suscripción de un convenio de colaboración con la Administración competente. A todo ello nos referimos en el apartado que sigue.

12. 71.3.: “Las autorizaciones solo pueden otorgarse si se cumplen los requisitos a que se refiere el apartado 2, que deben incluir los siguientes aspectos:

“a) Las condiciones materiales, de seguridad y de equipamiento exigibles a los servicios en función de su naturaleza.”

13. Como he dicho anteriormente, el tratamiento legal de las entidades sin ánimo de lucro se analiza por Molleví, Josep, en otro lugar de esta misma obra.

### 3. Acreditación de entidades privadas e integración en el sistema público de servicios sociales. El convenio de integración y financiación

#### 3.1. La entidad privada, lucrativa o no lucrativa, que cumple tareas de servicios sociales, decide solicitar su integración en el sistema de responsabilidad pública: acreditación y convenio de colaboración

Tras el reconocimiento del derecho, de toda persona privada, a crear centros y establecimientos de servicios sociales y a gestionar programas y prestaciones de tal naturaleza (artículo 68), e inmediatamente después de la clasificación de las entidades que pueden ejercer la iniciativa privada, EIS y EIM (artículo 69), el artículo 70 regula las "Entidades de servicios sociales acreditadas."<sup>14</sup>

Constituyen elementos fundamentales del precepto: la acreditación y sus condiciones; la integración en la Red Pública; el derecho a prestar servicios sociales con financiación pública, y, en relación con todo ello, el denominado convenio de colaboración, que también denominaremos de integración y/o financiación. Como se ha dicho anteriormente, hay que entender que presupuesto de todo ello es, también, haberse dotado de la correspondiente autorización sectorial.

El artículo 70 se refiere, indistintamente, a las EIS y a las EIM. Tan solo en la segunda mitad de su apartado 4 hace una referencia especial a las EIS que no resulta significativa a nuestros efectos. Confirma la aplicación indistinta de la acreditación y del contenido del artículo 70 a ambos tipos de entidades de iniciativa privada el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 12/07, puesto que, al definir el sistema público de servicios sociales, lo declara integrado por los servicios de titularidad pública y por todos los de titularidad privada acreditados y concertados, sin distinguir el tipo de entidad de iniciativa privada de que se trate.

A efectos de integración de las entidades privadas en la Red Pública, el artículo 70 no establece directamente ningún criterio preferencial para las EIS. Cosa distinta sucede, como veremos, en el ámbito de la contratación pública. No obstante, no debemos olvidar el carácter de elemento clave y definitorio del sistema, en su conjunto, que el artículo 78.1 predica de este último tipo de entidades, y la directriz de fomento preferente de su participación en el cumplimiento de actividades de servicios sociales que prevé el apartado 2 del mismo artículo 78 de la Ley 12/07, lo que, en determinados escenarios (hipotético exceso de oferta, recursos limitados, etc.), puede desembocar en procesos de concurrencia en los que se primen, mediante justificación suficiente, las características propias de las EIS frente a las de otras entidades privadas igualmente acreditadas.

14. Se trata de un precepto que, al igual que, como veremos, sucede con el artículo 75 ("Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada"), merece una atención especial en este trabajo, de modo que se transcribe literalmente a continuación, con el objeto de facilitar el seguimiento de los comentarios que se realizan en el texto principal.

"Artículo 70. Entidades de servicios sociales acreditadas.

"1. Las entidades de iniciativa privada que lo soliciten pueden formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, a cuyo fin previamente deben obtener la correspondiente acreditación de la Administración y deben establecer un convenio de colaboración con la Administración competente en materia de servicios sociales.

"2. La acreditación de una entidad de iniciativa privada comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública, de acuerdo con lo establecido por la normativa reguladora de servicios sociales y el convenio de colaboración.

"3. Deben establecerse, por reglamento, las condiciones de la acreditación exigibles a cualquier entidad con independencia de su titularidad. Deben tener en cuenta los siguientes criterios exigibles:

"a) El establecimiento de niveles mínimos comunes para la calidad de los servicios. Estos parámetros mínimos comunes deben definirse en función de los aspectos estructurales y funcionales de los servicios y de los recursos humanos de los centros respecto a la titulación, las competencias y la dimensión de las plantillas.

"b) El establecimiento de unas condiciones laborales homogéneas entre el personal y los profesionales de las entidades integradas en la Red de los Servicios Sociales de Atención Pública.

"c) Las actuaciones y los requerimientos necesarios para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental.

"d) La participación de la entidad en el Sistema de Información Social, tanto en lo referente a la información que debe aportar como a los informes y a la información individual a la que puede tener acceso.

"e) La información económico-financiera y de gestión y la que permita la evaluación de los centros.

"f) Los protocolos o guías de procedimientos de atención, que se deben definir e implantar de común acuerdo entre las administraciones y entidades de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.

"4. Las entidades de servicios sociales acreditadas pueden colaborar con la Administración en el desarrollo de equipamientos e instalaciones prioritarios para la provisión de servicios sociales. Las entidades de iniciativa social tienen, además, el derecho a participar mediante sus asociaciones representativas en el Consejo General de Servicios Sociales."

De hecho, el artículo 75.4 de la Ley 12/07 establece, como veremos posteriormente, una determinada preferencia en favor de las EIS “en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos”, lo que solo se puede interpretar de dos formas, esto es, o bien como una redundancia legislativa, si se entiende que el concierto a que alude el precepto es también un contrato (que es lo que nos parece a primera vista), o bien entendiendo que una figura es el contrato y otra figura distinta es el concierto, empleado ahora en un sentido impropio –al cual, como hemos visto, no es ajena la Ley 12/07– y más cercano al convenio de colaboración previsto en el artículo 70 ahora analizado.

Las entidades privadas autorizadas (EIS o EIM) pueden recibir la acreditación de la Generalidad. La acreditación persigue fundamentalmente, como se deduce del artículo 15.2 de la Ley 12/07, la posibilidad de integrarse en la Red Pública y de gestionar, dentro de la misma, las prestaciones incluidas en la propia Ley 12/07 y en la Cartera. La estrecha relación que se da entre acreditación e integración en la Red Pública de prestación de servicios sociales, se manifiesta, así mismo, en el artículo 72.2.a) de la Ley 12/07. El artículo 72 regula, como ya nos consta, el Registro de entidades autorizadas de iniciativa privada, y el apartado que acaba de citarse ordena que, en el mismo, se hagan constar los datos relativos a “Las entidades que hayan obtenido la acreditación a que se refiere el artículo 70 y que forman parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.”

La integración en la Red Pública es, lógicamente, voluntaria, puesto que, como dice el artículo 70, depende de la solicitud de la entidad privada que pretenda tal integración. Si la misma no se produce, la entidad operará en el sistema en general, pero no en el sistema público de servicios sociales que disciplina la Ley 12/07. Pero, para estar integradas en la Red Pública, las EIS y las EIM han de obtener previamente la acreditación y, además, han de establecer un convenio de colaboración con la Administración competente en materia de servicios sociales. La acreditación es, pues, presupuesto necesario pero no suficiente para la integración.

Nótese la importancia de esta última previsión en un triple sentido. En primer lugar, porque pone de relieve que la integración puede depender de dos administraciones distintas, esto es, de la competente para acreditar, que es siempre la Generalidad, y de la competente en materia de servicios sociales, que puede ser perfectamente una corporación local, con la que tendrá que suscribirse un convenio de colaboración. En segundo

lugar, porque ello parece conducirnos a la siguiente conclusión: la integración en la Red Pública no es un derecho subjetivo de quien pretende la integración, toda vez que la acreditación puede resultar obligada para la Generalidad, si se cumplen los requisitos para estar acreditado, pero la suscripción de un convenio de colaboración depende también, obviamente, de la voluntad de la Administración competente para suscribirlo. En tercer y último lugar, la previsión es importante por la propia alusión a un convenio de colaboración, cuyo contenido no se regula y cuya distinción, con los instrumentos contractuales a los que se refiere el artículo 75 de la Ley 12/07, no resulta fácil de establecer a primera vista.

Como veremos posteriormente, y en relación con lo que acaba de indicarse, también las entidades acreditadas que gestionan servicios sociales mediante contrato pasan a formar parte de la Red Pública (artículo 75.2, *in fine*), siendo razonable pensar que, en caso de existencia de contrato, no será necesario convenio de colaboración, y que, por otra parte, el legislador ha querido distinguir entre ambos instrumentos: contrato y convenio de colaboración, como instrumentos ambos aptos para integrarse en la Red Pública.

Una entidad privada puede estar acreditada sin necesidad de integración en la Red Pública, pues para esa integración es necesaria, tras la acreditación, la solicitud de la entidad privada de que se trate y el hecho de la existencia del convenio de colaboración. Tampoco puede suscribirse uno de los convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 70 sin previa acreditación.

### **3.2. Integrarse en la Red Pública presupone posibilidad de prestar servicios sociales de la Cartera bajo responsabilidad y financiación públicas**

Si en el apartado 1 del artículo 70 que venimos analizando se pone el énfasis, a través de la acreditación y del convenio de colaboración, en el dato de la integración en la Red Pública, el apartado 2 del mismo precepto pone el énfasis en la posibilidad, por parte de la entidad privada, de recibir financiación pública con la finalidad de prestar servicios sociales, se entiende como integrante de dicha Red y, por tanto, dentro del sistema público de servicios sociales.

El apartado 2 del artículo 70 indica, literalmente, que la acreditación “comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública”, pero, más que afirmar

un derecho, parece que lo que persigue en realidad el legislador con dicha afirmación es dejar claro que la financiación pública para prestar servicios en la Red Pública presupone la acreditación, y se realiza de acuerdo con la normativa sectorial y el correspondiente convenio de colaboración. De nuevo, pues, acreditación y convenio de colaboración como presupuestos necesarios de integración en la Red Pública y de financiación pública para prestar servicios en dicha Red.<sup>15</sup>

Debe destacarse, en relación con todo lo indicado en los párrafos y páginas anteriores, que la integración en la Red Pública para prestar servicios sociales de la Cartera con financiación pública, no se asocia, en el artículo 70, a la prestación de servicios de titularidad pública, sino a la prestación de servicios de entidades privadas, bajo responsabilidad y financiación públicas, dentro del sistema de responsabilidad pública, en el sentido de que este ha sido analizado previamente. Es lógico, pues, concluir, si queremos ser congruentes con lo manifestado en su momento, que la prestación a la que se refiere el artículo 70 recoge los principios y las reglas del servicio público de servicios sociales, al que también hemos aludido con anterioridad.

### 3.3. Previsión de las condiciones de acreditación y silencio absoluto sobre los pormenores del convenio de colaboración

De acuerdo con las condiciones de acreditación, que, desde luego, se ubican fuera del convenio de colaboración, el apartado 3 del artículo 70 se remite a un futuro Decreto de acreditación (así lo indica expresamente el artículo 5.1 del Decreto 15/2008, de 29 de julio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2008-2009). Sin perjuicio de ello, la propia Ley 12/07 establece los criterios exigibles que habrá que tener en cuenta, relativos a: niveles mínimos de calidad de servicios, condiciones laborales homogéneas en la red pública; garantía de cumplimiento de la normativa medioambiental; participación en el Sistema de Información Social; información económico-financiera y de gestión, y la que

permita evaluar los centros, y, finalmente, protocolos de atención, a definir e implantar de común acuerdo entre las administraciones y las entidades de la Red Pública, protocolos concertados por el conjunto de dichas administraciones y entidades, que tampoco deben confundirse con el convenio de colaboración (integración, financiación) al que se refiere el propio artículo 70.

Tales condiciones resultan aplicables, como indica el apartado antes citado, a “cualquier entidad con independencia de su titularidad”, lo que denota que, a pesar de estar ante un precepto que contempla esencialmente uno de los cauces de integración de las entidades privadas en la Red Pública, el dato de la acreditación se aplica a cualquier entidad, pública o privada, y, dentro de estas últimas, como no podía ser de otro modo, a EIS y EIM.

Por lo demás, en el “Registro de entidades de iniciativa privada” deberán hacerse constar algunos extremos relacionados con la acreditación e integración en la Red Pública, como son los relativos a la propia existencia de las entidades que hayan obtenido tal acreditación y que formen parte de dicha Red Pública, las cuentas anuales auditadas de las entidades privadas acreditadas y la relación de convenios de colaboración establecidos con las entidades privadas [artículo 72.2, apartados a), b) y e), de la Ley 12/07].

## 4. Gestión indirecta de servicios sociales de responsabilidad pública: convenios de integración en la red pública y contratos públicos para la prestación de servicios de titularidad pública

### 4.1. Otra posibilidad de integrarse en la Red Pública consiste en adjudicarse contratos para la prestación de servicios de titularidad pública: el convenio de integración ni es previo al contrato ni es lo mismo que el contrato, sino que es un instrumento distinto de integración

De la Ley 12/07 se desprenden dos cauces distintos para que la iniciativa privada se integre en la Red Pública de servicios sociales, lo que, en definitiva, va a suponer

15. En relación con la financiación pública para la prestación de servicios sociales, el artículo 63 de la Ley 12/07, dentro de la financiación relativa a los servicios especializados, indica, en su apartado 3, que “La Generalidad debe financiar los servicios sociales especializados correspondientes a prestaciones garantizadas a todos los titulares de servicios acreditados dentro de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, de acuerdo con los módulos fijados por el Plan estratégico de servicios sociales y la Cartera de servicios sociales.” En dicha Cartera, la Generalidad fija el módulo social, y, si procede, el copago del usuario. Para fijar el módulo social se tiene en cuenta el coste de los servicios, tomando como coste de referencia tanto el de los centros de titularidad pública como el de los centros privados concertados (artículo 66.2).

prestar servicios sociales bajo responsabilidad y financiación públicas. El primer cauce es el de la acreditación más la suscripción del convenio de colaboración al que se refiere el artículo 70 y que acabamos de analizar. Nos queda, sin embargo, realizar una mayor aproximación al significado de dicho convenio de colaboración, que también hemos denominado de integración y financiación. El segundo cauce es el de la acreditación más la suscripción de un contrato público para la prestación o gestión de servicios sociales. Así de rotundo, y en tal sentido, se expresa el artículo 75.2 de la Ley 12/07.<sup>16</sup>

“2. Las entidades de iniciativa privada, en su condición de entidades prestadoras de servicios sociales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la Administración competente. En este caso, pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.”

Si bien se mira, no puede considerarse que la acreditación, y el convenio de colaboración para integrarse en la Red Pública, constituyan una suerte de primer paso antes de contratar, ni que el legislador haya utilizado el término convenio de colaboración como sinónimo de contrato, de modo que, en realidad, estemos ante un solo cauce de integración.

Hay, efectivamente, que descartar que lo previsto en el artículo 70 funcione como una suerte de puerta de entrada al tipo de situaciones que se describen en el artículo 75. Y ello a pesar de que, sistemáticamente, pudiera parecerlo, toda vez que el artículo 70 regula,

previamente, las “Entidades de servicios sociales acreditadas”, y el artículo 75, posteriormente, el “Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada”. Hay que descartarlo, según lo adelantado, porque este último precepto no alude (para contratar) a las entidades acreditadas que hayan suscrito un convenio, sino, simplemente, a las entidades acreditadas. Por otra parte, no resulta plausible pensar que el legislador esté pensando en un único cauce de integración en el que sea preciso articular un convenio como antecedente necesario para una relación bilateral contractual (cosa distinta sería pensar en una situación en la que se hubiera perfeccionado un contrato marco del que surgieran contratos derivados). Tampoco cabe deducir que el legislador, en el artículo 70, esté pensando en un contrato público, aunque lo califique, con poco rigor, de convenio de colaboración, máxime si, como se irá viendo, la admisión de dos posibles cauces de integración (convenio y contrato) puede encontrar algún tipo de explicación razonable.

Por otra parte, tampoco debe confundirse el convenio de colaboración, puerta de la integración de las prestaciones de la iniciativa privada a la Red Pública, con las subvenciones y ayudas a que alude la Ley 12/07 en los artículos 76 a 78 de su título VI. Es cierto que tales subvenciones o ayudas, como sucede frecuentemente en el ámbito de la acción de fomento, pueden vehiculizarse a través de convenios. Pero, por una parte, no se trataría, en este último caso, de convenios de integración en la Red Pública. Por otra parte, como

16. Como ocurría con el artículo 70, conviene transcribir a nota el texto íntegro del artículo 75 de la Ley 12/07, para facilitar al lector la comprensión de lo que se pretende explicar en el texto:

“Artículo 75. Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada.

“1. Las entidades de iniciativa social y las entidades de iniciativa mercantil que hayan obtenido la acreditación correspondiente tienen la consideración de entidades prestadoras de servicios sociales a los efectos de la presente Ley.

“2. Las entidades de iniciativa privada, en su condición de entidades prestadoras de servicios sociales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la Administración competente. En este caso, pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.

“3. Los contratos que las entidades de iniciativa privada celebran con la Administración deben estipular las funciones de control, seguimiento y evaluación de su ejecución. La Administración debe velar especialmente por la garantía de la calidad y de los estándares mínimos de prestación de los servicios.

“4. La contratación de servicios sociales por la Administración se rige por los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no-discriminación de acuerdo con la normativa de contratos de las administraciones públicas. No obstante, pueden establecerse por reglamento, en función de la naturaleza del servicio, criterios de valoración especial respecto a las entidades de iniciativa social y las entidades de servicios sociales acreditadas. Especialmente, los pliegos de cláusulas que rijan la contratación de servicios sociales pueden dar preferencia en la adjudicación de contratos, en condiciones análogas, a las proposiciones presentadas por empresas que empleen personas con discapacidad reconocida o con riesgo de exclusión social o que inviertan los beneficios en finalidades de atención social. En los mismos términos, puede darse preferencia, en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos, a entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, de acuerdo con sus estatutos o normas fundacionales, y que estén inscritas en el registro oficial correspondiente, de acuerdo con los supuestos establecidos por la normativa de contratación administrativa.”

vimos anteriormente, este tipo de ayudas están únicamente destinadas a las EIS y a las denominadas entidades colaboradoras, todas ellas sin ánimo de lucro, y la integración mediante convenio en la Red Pública es una posibilidad abierta a EIS y EIM.

Estamos, pues, repitámoslo, ante dos cauces distintos de integración: en el artículo 70 la iniciativa privada quiere integrar sus servicios en la Red Pública y, con tal fin, se acredita ante la Generalidad y suscribe un convenio de colaboración con la Administración competente en función de la prestación de que se trate; en el artículo 75, la iniciativa privada quiere adjudicarse un contrato para prestar servicios sociales de titularidad pública –de la Generalidad o de un ente local– y, previamente acreditada ante la Generalidad, presenta una oferta para que la Administración competente le adjudique el contrato, resultando integrada, como en el caso anterior, en la Red Pública. Es importante observar que, en el segundo precepto, al contrario de lo que sucede en el primero, se trata de contratar “servicios sociales de titularidad pública”, lo que nos abre la puerta a una reflexión sobre posibles puntos comunes y diferencias entre convenio de colaboración y contrato en este contexto.

#### **4.2. Principio fundamental: si estamos ante un objeto y una causa contractual no puede elegirse la vía del convenio de colaboración como si se tratara de un instrumento alternativo**

En cualquier caso, antes de ensayar criterios de distinción, conviene dejar bien sentado que si, en un supuesto concreto, puede identificarse un acuerdo de voluntades con la finalidad de efectuar un cruce de prestaciones entre la entidad privada y la Administración, que puedan identificarse como constitutivas del objeto y causa de un contrato, no cabrá la alternativa de articular la misma relación jurídica a través de un convenio de colaboración.

El artículo 4.1.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (“LCSP”), excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley a “Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los

regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado”, pero “siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.”

Por lo tanto, es posible pensar que el legislador autonómico haya introducido, en el artículo 70, la figura del convenio de colaboración para estar en disposición de integrar –cuando ello sea posible– el presupuesto legal de exclusión (convenios con arreglo a normas específicas que los regulan). Pero, aun así, con toda seguridad dicho legislador parte también del convencimiento de que no se podrá utilizar la exclusión si, en realidad, se está ante un objeto contractual. Como veremos, la propia LCSP, en relación con la legislación de contratación pública anterior, ha allanado, en el ámbito de la gestión indirecta, la posibilidad de estar ante un contrato típico de gestión de servicios públicos cuando de servicios sociales se trata.

Ello es congruente, a su vez, con el Derecho comunitario, originario y, en su caso, derivado, que, como se irá insistiendo, no excepciona a los servicios sociales de la normativa comunitaria de contratación pública. Como indica Julia Ortega:<sup>17</sup>

“Sí rigen para estos servicios las disposiciones del Tratado relativas a los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Así como las normas en materia de contratación pública que son aplicables a los bienes, servicios y obras adquiridos por organismos públicos o sus empresas, con independencia de la naturaleza de los servicios que se presten. Lo aclara el punto 43 del Libro Verde sobre los servicios de interés general [COM (2003) 270].”

Como ya se anunció anteriormente, en la nota 10 de este trabajo, en idéntico sentido se pronuncia la última Comunicación SIG y el documento que la acompaña SEC 1514 en versión inglesa. Ahora bien, también es cierto que, en este último documento –relativo a preguntas frecuentes sobre la aplicación de las reglas de contratación pública a los SSIG–, al tratar, en su apartado 2.11., sobre la interacción entre las normas de contratación pública y las de ayudas públicas, señala algunos puntos que pueden resultar de utilidad a nuestro propósito de distinguir, en la legislación

17. ORTEGA BERNARDO, Julia, “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, en *RAP*, núm. 169, enero-abril 2006, p.75, nota 55.

catalana, convenios de colaboración tendentes a la integración en la Red Pública y contratos públicos.<sup>18</sup>

Así, los Servicios de la Comisión –en términos que adapto para el presente texto– distinguen los contratos públicos de la pura financiación de una actividad privada acompañada de una obligación de reembolso del importe recibido, si este no se ha utilizado para la finalidad que motivó la entrega. En el contrato, el particular se obliga a proveer un servicio de la competencia del poder adjudicador y este, a cambio, se obliga a una contraprestación, que puede consistir en un precio o en la atribución del derecho a explotar la propia prestación del contratista como forma de lograr la remuneración de este. En definitiva, obligación de prestación del servicio social a cambio de contraprestación. En el caso de las ayudas o ventajas financieras no contractuales, no se aprecia ese cruce de prestaciones causalmente enlazadas. Este último supuesto no se ve concernido normalmente por las normas de contratación pública.

Los Servicios de la Comisión reconocen que no siempre es fácil discernir cuándo existe o no obligación de un proveedor que debe recibir la correspondiente contraprestación de la Administración. Señalan, sin embargo, algunos indicadores que, como se advierte expresamente, tampoco son decisivos en sí mismos: el grado de interiorización del servicio por parte de la Administración, esto es, si la actividad de que se trate es de competencia de la misma; el que la Administración fije o no con detalle los términos en que el servicio deba ser prestado, y el hecho de si la prestación es o no íntegramente remunerada por la Administración.

Por lo tanto, sujeción a las normas de contratación pública de la prestación de servicios sociales (a nivel nacional, normas que precedan a la adjudicación, y normas relativas al cumplimiento y extinción del contrato administrativo), pero reconocimiento de situaciones en que la financiación pública, aun articulada, como ocurre

en ocasiones, a través de convenios, no tiene por qué ser sinónimo de contrato. Esta distinción puede ser de utilidad para ensayar algunos criterios que podrían estar en la base de la distinción entre los convenios de colaboración y los contratos públicos previstos, respectivamente, en los artículos 70 y 75 de la Ley 12/07.

#### **4.3. Algunas ideas que pueden manejarse para distinguir convenio de colaboración o integración y contrato público, siempre sin perjuicio del obligado análisis de cada caso particular**

Una vez la Administración tiene legalmente atribuida la responsabilidad de garantizar y de financiar prestaciones dirigidas a satisfacer necesidades de determinados grupos de usuarios, aquella puede, en el marco de lo establecido en dicha legislación, cumplir con su responsabilidad bien de forma directa, esto es, con sus propios medios, o bien de forma indirecta, utilizando medios ajenos, normalmente propios de entidades privadas.

En el caso de utilización de medios propios, no podremos hablar de la existencia de contrato público. Por el contrario, en el supuesto de gestión indirecta, todavía podremos distinguir la gestión a través de instrumentos contractuales –muy frecuentemente, el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto– o mediante instrumentos no contractuales. Nótese bien que, en este momento, se está empleando el término gestión indirecta de una forma amplia y un tanto impropia –como cumplimiento de la propia responsabilidad a través de terceros–, puesto que un concepto propio y estricto de tal término denota, únicamente, gestión contractual.

Así las cosas, tanto en los supuestos previstos en el artículo 70 (convenio de colaboración) como en los previstos en el artículo 75 (contrato público), nos en-

18. También es muy útil, a tales efectos, el artículo de VILLAR ROJAS, FRANCISCO J., “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, en la obra colectiva (Documentación Administrativa) citada en la nota 1 de este trabajo, p. 389 y ss. En dicho artículo, el autor intenta poner orden en el bosque de las diversas legislaciones autonómicas, en relación con la distinción entre lo que debe ser tratado como medidas de fomento y lo que debe ser tratado con arreglo a la normativa de contratos públicos para gestionar servicios sociales. El autor es, con razón, de una clara tendencia contractualista, sin perjuicio de reconocer que hay supuestos discutibles, como es el caso, precisamente, de los convenios de integración o vinculación de entidades privadas a la Red Pública. Por lo demás, el autor insiste, también con razón, en que habrá que analizar a fondo cada concreta relación jurídica, prescindiendo de denominaciones, para concluir si estamos ante uno u otro tipo de medidas.

Es importante insistir en este último punto, porque en realidad la expresión “Convenio de Colaboración”, salvo por su vocación de huir de la legislación de contratación pública, no denota, por sí misma, un contenido concreto, de modo que es posible que, bajo la denominación convenios de colaboración, nos encontremos ante verdaderas relaciones contractuales.

contramos ante EIM o EIS acreditadas que van a realizar prestaciones propias de servicios sociales integradas en la Red Pública, esto es, bajo responsabilidad y financiación predominantemente públicas, y con sujeción a los principios y reglas aplicables al sistema público de servicios sociales (“entidades prestadoras de servicios sociales”, las denomina el apartado 1 del artículo 75). En ambos casos, deberán formalizar un instrumento bilateral, sin derecho subjetivo previo a obtenerlo, con la Administración responsable del servicio de que se trate. Tal instrumento bilateral, que fijará el ámbito de prestaciones ofertadas a los usuarios y las condiciones de prestación, será, en definitiva, el presupuesto de la integración de la actividad privada en la Red Pública.

Ahora bien, a partir de ese punto de partida común, podrían darse estatutos jurídicos diferenciados. Así:

–En el caso del contrato, la Ley 12/07 parte de la premisa de que se están gestionando servicios de titularidad pública (no solo de responsabilidad pública). Se trataría de servicios que, de algún modo, en ejecución de las previsiones legales, delimita, concreta, crea y promueve la Administración competente, quien, con posterioridad al propio acto de creación, decide que ese servicio suyo sea gestionado por su cuenta por una entidad privada a la que va a contratar. Los artículos 29 y 31 de la Ley 12/07 reflejan, de algún modo, esta idea, cuando indican que la Generalidad y los entes locales tienen competencia para crear y gestionar servicios sociales en sus respectivos ámbitos. En tal caso, el servicio se gestiona por un particular, no solo bajo sujeción a un régimen público, propio de un servicio público en sentido amplio, sino bajo el dominio de la Administración, quien ha decidido gestionar su servicio en forma indirecta mediante contrato.

En el caso del convenio de colaboración a que se refiere el artículo 70, parece que la premisa es distinta: estamos ante servicios de titularidad privada, pertenecientes a EIS o EIM, que deciden solicitar integrarse en la Red Pública, previa acreditación, y mediante suscripción del correspondiente convenio de colaboración/integración con la Administración competente del servicio de que se trate. Ese convenio fijará la oferta integrada en la Red Pública y concretará los términos de la prestación, por referencia al estatuto legal de los servicios integrados en dicha Red. El servicio de titularidad privada se prestará bajo responsabilidad y financiación públicas, y con arreglo a un estatuto legalmente predeterminado, pero no por ello dejará de ser un servicio de titularidad privada.

–La estructura de un contrato público responde, inexcusablemente, a la idea de cruce de prestaciones recíprocas entre, por una parte, el contratista, quien se obliga a desarrollar su prestación frente a la Administración –acreedora de la misma, aunque la prestación se ofrezca a los usuarios–, y, por otra parte, la Administración, quien se obliga frente al proveedor-contratista a procurarle una remuneración, en forma de precio o de explotación remunerada. Tales prestaciones resultan recíprocamente exigibles, de modo que la Administración, ante un posible incumplimiento del contratista, podrá exigir el cumplimiento de la prestación o decretar la resolución del vínculo contractual, exigiendo, en su caso, daños y perjuicios derivados de incumplimiento.

En un convenio de colaboración, la estructura íntima de la relación jurídica suele obedecer a otro tipo de parámetros. La Administración puede comprometerse a financiar prestaciones privadas, previamente delimitadas, siempre que el colaborador privado, debidamente acreditado, se comprometa expresamente a poner sus servicios y prestaciones a disposición de los usuarios bajo un determinado régimen jurídico (el predeterminado legal y reglamentariamente para la Red Pública, y concretado a través del convenio de integración). El dominio de la Administración sobre el servicio es menor, y también el grado de compromiso asumido por las partes. Difícilmente podrá la Administración exigir del colaborador privado el cumplimiento en especie de aquello a que se comprometió –o, por lo menos, no sobre la base de un contrato previo–, si bien podrá negarse a liberar la financiación comprometida o podrá exigir la devolución de cantidades ya entregadas, por incumplimiento de las cargas legales y compromisos asumidos por parte del colaborador privado. Este, por su parte, puede tener un margen de renuncia, siempre que, con la misma, no se perjudique a la Administración.

–En el contrato, el futuro adjudicatario concreta una oferta económica que puede incluir un margen de beneficio industrial. Ese margen puede obtenerse incluso por las EIS, pues una cosa es que, como entidades sin ánimo de lucro, no puedan repartir beneficios, y otra bien distinta que no puedan obtenerlos, siquiera sea para aplicarlos a finalidades igualmente no lucrativas. En todo caso, la remuneración fijada es objeto de periódica revisión y, en última instancia, se aplica el principio de riesgo y ventura atemperado con el principio de mantenimiento del equilibrio económico del

contrato, lo que puede obligar a la Administración a ajustar las cláusulas económicas del vínculo contractual en supuestos como la fuerza mayor o, de forma más discutida, el riesgo imprevisible.

En el convenio de colaboración, el compromiso de financiación por parte de la Administración viene referenciado a los módulos sociales previamente establecidos, tomando como referencia el coste de los establecimientos y servicios, públicos y privados, que operan en la Red Pública. Difícilmente puede pensarse, en ese contexto, en la utilización, por parte del colaborador privado, de los mecanismos de reequilibrio económico propios del contrato público.

–El contrato, si de gestión de servicios públicos se trata, es de larga duración, y la Administración debe cumplir sus compromisos hasta el final del término pactado. Tiene, por supuesto, facultades de rescate, pero sobre la base de unos supuestos legales y con claras consecuencias indemnizatorias.

El convenio de colaboración puede no ser de larga duración, y podría tener subordinada su vigencia a la persistencia de las necesidades de responsabilidad pública que motivaron la integración, a la evolución de la planificación pública en materia de servicios sociales o a las disponibilidades presupuestarias de los sucesivos ejercicios.

–En fin, consciente de que se trata más bien de consecuencias de la clasificación que de premisas de la misma, en el convenio de colaboración no suelen estar presentes las prerrogativas públicas, el entrecruzamiento de compromisos, los mecanismos de revisión y reequilibrio económico, la duración y estabilidad en la relación y los modos de liquidación que legalmente se asocian a la existencia de un contrato administrativo.

He tratado, con todo lo anterior, de introducir elementos de reflexión para indagar sobre posibles criterios y consecuencias de la diferenciación entre los convenios de colaboración e integración y los contratos públicos para la prestación de los servicios sociales a que se refiere la Ley 12/07. Un análisis más profundo excede de los objetivos que me he marcado en el presente trabajo y de las posibilidades reales del mismo. El futuro desarrollo reglamentario de la Ley 12/07, forzosamente construido sobre premisas distintas del actualmente vigente, nos dará nuevas pistas sobre toda

esta cuestión. Siempre en el bien entendido, como ya se ha apuntado, de que no está en manos de la Administración –ni siquiera del legislador autonómico– reconducir las relaciones jurídicas que se ajusten a la fisonomía de los contratos públicos con arreglo a las normas de contratación pública –comunitarias o estatales básicas– hacia figuras que, bajo la denominación de convenios de colaboración, conduzcan al efecto indebido de inaplicación de tales normas.

Por lo demás, cuando la fisonomía del contenido de la relación jurídica que se establezca permita utilizar la fórmula de convenio de colaboración, excluido de la aplicación de la legislación de contratación pública, ello no será sinónimo de otorgamiento directo sin cumplir principios y requisitos de publicidad y concurrencia. Cuando los recursos públicos y la posibilidad de suscribir convenios resultan limitados, se impone la aplicación de dichos principios, atendiendo, a tal efecto, al carácter estructurante que la legislación de contratación pública tiene para el conjunto del ordenamiento.<sup>19</sup> Conecta con esta idea el apartado 2 del artículo 4 de la LCSP, al indicar que los negocios y relaciones excluidos se regirán por sus normas especiales, pero “aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

## 5. La provisión de equipamientos y servicios sociales mediante contrato público

### 5.1. Los contratos públicos de provisión de equipamientos y servicios sociales se someten, en todo caso, a las normas, estatales y comunitarias, de contratación pública

Como acabamos de ver, el artículo 75 de la Ley 12/07 admite con naturalidad que las administraciones competentes gestionen servicios sociales de titularidad pública mediante contrato (apartado 2), o, más ampliamente, que contraten servicios sociales (apartado 4). Por otra parte, del artículo 61 del mismo texto legal (“Financiación de equipamientos públicos de servicios sociales”) se deduce claramente que dichas administraciones pueden proveerse de equipamientos a través de contrato público.

19. *Vid.*, sobre el significado de este carácter atribuido a la legislación de contratos públicos, el sugerente trabajo de CARLÓN RUIZ, Matilde, “La Ley de contratos de las administraciones públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico-público”, en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, segunda edición, Madrid 2004, p. 1801 a 1823.

Ello nos remite inexcusablemente, desde el punto de vista del derecho interno y como reconoce el propio artículo 75.4 de la Ley 12/07, a la legislación de contratación pública, cuya norma de cabecera es la LCSP, sin perjuicio de aplicar la normativa autonómica que pueda dictarse –sobre idéntica materia en general o sobre contratación de servicios sociales en particular– sin entrar en colisión con las bases estatales.<sup>20</sup>

Por supuesto, la normativa interna deberá respetar las normas pertinentes del Derecho comunitario e interpretarse de conformidad con el mismo. A tales

efectos, resultan esenciales las normas y principios del Tratado (muy especialmente los relativos a mercado interior y competencia), y la Directiva 2004/N18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (la “Directiva 2004/18”). Como hemos venido indicando, la Comunicación SIG y el documento que la acompaña, SEC 1514, proporciona criterios útiles sobre la aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública a los SSIG.<sup>21</sup>

20. No podemos detenernos en el aspecto relativo a la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de contratación pública de servicios sociales. Algunos autores se han detenido en este aspecto, mostrándose favorables al reconocimiento de un amplio espacio normativo en favor de las comunidades autónomas. En este sentido, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, en el trabajo citado en la nota 11. Este autor –p. 232 de dicho trabajo– resalta, a tal efecto, el Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana núm. 2/2002, de 4 de junio, en el que se reconduce a la figura de contrato administrativo especial un contrato para la atención del programa de teleasistencia domiciliaria a personas de la tercera edad. Por su parte, el Informe 12/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (“JA 17/08”), también aboga por un espacio normativo autonómico propio cuando contesta a la pregunta de si la normativa autonómica podría establecer un procedimiento especial para la contratación de servicios sociales residenciales:

“(…) a juicio de esta Junta, siempre que se utilizara un instrumento normativo con rango de Ley, podría la Comunidad Autónoma de Aragón, en el concreto ámbito de su competencia (...) diseñar, por ejemplo, un procedimiento negociado con publicidad con carácter ordinario que, dotado de la adecuada transparencia, permitiera negociar los aspectos técnicos y económicos del contrato. Igualmente podría optar por configurar de forma distinta la naturaleza jurídica del contrato o modular los plazos del mismo (...)” (p. 4).

El Informe JA 17/08 tiene en cuenta, al realizar tales afirmaciones, que los contratos de servicios sociales y sanitarios presentan un grado de armonización ínfimo en la Directiva de contratación pública (2004/18) que se cita en el texto.

21. La llamada que se hace en el texto al Tratado resulta oportuna, porque el hecho de que puedan existir contratos que no estén armonizados o no totalmente armonizados por la Directiva 2004/18 (por razón del objeto del contrato y/o del umbral cuantitativo del mismo) no autoriza a los estados miembros a dejar de cumplir con las exigencias del principio de transparencia que dimanar directamente del Tratado. La “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)”, resulta elocuente al respecto.

En materia de servicios sociales, este aspecto fue tratado por la sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 2007, asunto Comisión contra Irlanda-An Post.

El Ministro de Asuntos Sociales irlandés suscribió directamente con An Post (el servicio postal irlandés), sin licitación previa, un contrato, en virtud del cual los beneficiarios de prestaciones sociales podrían retirar de las oficinas de correos las cantidades que se les adeudaban. El contrato fue objeto de prórrogas sucesivas.

A raíz de una queja, y tras varias actuaciones de la Comisión, esta interpuso recurso de incumplimiento ante el TJCE. La Comisión solicitó una sentencia por la que se declarase que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al adjudicar un contrato de servicios sin publicación de anuncio previo.

Ninguna de las partes puso en cuestión que el contrato de que se trataba entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva reguladora del contrato público de servicios (en aquel entonces, la 92/50, modificada por la 97/52).

Con arreglo a la misma –al igual que ocurre hoy– la categoría “servicios sociales” estaba sujeta solamente (al contrario de lo que ocurre con otro tipo de servicios) a un régimen muy suave de armonización que, desde luego, no exigía de modo expreso un procedimiento público de licitación.

Ello es así, indica el TJCE, porque el legislador comunitario parte de la presunción de que, habida cuenta de su naturaleza específica, los asuntos relativos a estos servicios no presentan a priori un interés transfronterizo que pueda justificar adjudicar mediante un procedimiento de licitación que produce como efecto permitir a empresas de los diversos estados miembros tener conocimiento del anuncio de licitación y presentar sus ofertas.

A pesar de ello, la Comisión consideraba que Irlanda no había respetado los artículos 43 y 49 del Tratado, ni los principios generales de transparencia, igualdad y no discriminación, disposiciones imperativas para los estados miembros y que se añaden a las obligaciones expresamente previstas por la Directiva de contratación para la categoría “servicios sociales”.

La Comisión recordó que, con arreglo a la lógica del Tratado en materia de mercado interior, el TJCE establece claramente que las disposiciones del Tratado sobre la libertad de establecimiento y de prestación de servicios imponen obligaciones a los estados miembros a la hora de adjudicar contratos públicos no incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas. Es lo que sucede, subrayó la Comisión, con los contratos, como las concesiones de servicios, que no se encuentran expresamente amparados en aquellas y con los contratos que, pese a estar previstos en ellas, se refieren a valores inferiores a los umbrales fijados en las directivas. Según el anuncio del litigio contenido en el DOUE (7.2.2004):

## 5.2. Contratos incluidos en la LCSP y negocios excluidos: los convenios interadministrativos de colaboración en materia de servicios sociales y los encargos a los denominados medios propios

La LCSP se aplica a todo contrato oneroso, y con la diversa intensidad que se especifica en la misma, en función de si se trata de contratos de las administraciones públicas (normalmente administrativos en materia de servicios sociales), de los denominados poderes adjudicadores distintos de las administraciones públicas, o bien se trata de contratos adjudicadores. No obstante, tampoco debe perderse de vista que, aun tratándose de sujetos no pertenecientes al sector público, sus contratos pueden caer dentro del ámbito de aplicación de la LCSP, siempre que se trate de uno de los contratos subvencionados armonizados que tienen por objeto el tipo de obras y servicios a que se refiere el artículo 17 de la LCSP, o de un contrato de obras celebrado por un concesionario de obra pública en los supuestos previstos en el artículo 250 de la LCSP. Entre las obras a que se refieren estos últimos preceptos, podrían resultar incluidos algunos equipamientos sociales.

Por el contrario, la LCSP no se aplicará a los "Negocios y contratos excluidos" a que se refiere su artículo 4.1. Hemos hecho ya mención a la exclusión de los convenios de colaboración celebrados con sujetos privados, siempre que su objeto no sea contractual (4.1.d). Conviene precisar ahora que también resultan excluidos, por una parte, los convenios de colabora-

ción interadministrativos, "salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos" sujetos a la LCSP (4.1.c), y, por otra parte, los negocios jurídicos realizados con los denominados medios propios, siempre que se cumplan los presupuestos de exclusión a que se refiere el apartado 6 del artículo 24 de la LCSP, en relación con el apartado 1) del mencionado artículo 4.1., esto es, en lo fundamental, que el ente matriz que realiza el encargo a su ente instrumental tenga sobre este un control análogo al que se tiene sobre sus propios servicios, y que el ente instrumental realice la parte esencial de su actividad solamente para el ente o entes matrices que lo controlan.

Por lo tanto, tales cautelas o salvedades (que devuelven al ámbito de la legislación de contratos públicos algunos convenios interadministrativos y encargos a entes instrumentales) deberán tenerse en cuenta al articular los mecanismos de cooperación y encomienda de gestión que pretendan establecerse al amparo de la Ley 12/07. Se trata, como es bien conocido, de cautelas introducidas en aplicación de la doctrina del TJCE, sintéticamente conocida como doctrina *Teckal*.<sup>22</sup> Tal doctrina, como acaba de indicarse, impacta también fuertemente sobre el alcance de la tradicional exclusión de los convenios interadministrativos, exclusión que quedará pulverizada si, en el concreto convenio de que se trate, pueden reconocerse prestaciones propias de un objeto contractual. Ello es así, obviamente, porque, por definición, entre dos administraciones públicas difícilmente pueden darse los requisitos *Teckal*, empezando por el relativo al de exigencia de control análogo.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> "En estas circunstancias, la Comisión alega que sería incompatible con la lógica del mercado interior que, pese a que el Derecho comunitario exige un determinado nivel de publicidad en tales situaciones, aun cuando el contrato no se encuentre incluido en el ámbito de aplicación de las directivas por su estructura o valor, los estados miembros fueran libres de no publicar de modo alguno ciertos contratos (cuyo valor supere los umbrales) únicamente por estimar que los servicios a que se refieren se encuentran incluidos en el anexo IB de la Directiva."

El TJCE admitió la bondad de la postura de la Comisión: el Derecho originario no permite una adjudicación directa de contratos de servicios (ni siquiera tratándose de servicios sociales) cuando tales contratos presentan un interés transfronterizo cierto.

Sin embargo, correspondía a la Comisión demostrar tal interés, sin poder basarse en ninguna presunción, de modo que, al faltar la correspondiente prueba, el TJCE se ve obligado a desestimar el recurso de la Comisión, con imposición de costas.

<sup>22</sup> Sobre la doctrina *Teckal* y, en general, sobre el alcance de la exclusión, respecto de la normativa de contratación pública, de los convenios interadministrativos y de los encargos efectuados a medios propios, pueden verse el trabajo de MÍGUEZ MACHO, Luis, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *RAP*, núm. 175, enero-abril 2008, p. 157 y ss., y la bibliografía allí citada. El último trabajo que me consta sobre tal asunto en la fecha de cierre de estas líneas es el de GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house* (A propósito de la sentencia *Correos*, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia)", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, núm. 26, 2008, p. 193 y ss., también con reseñas bibliográficas.

<sup>23</sup> El requisito de control análogo tampoco se da, por definición, en las entidades de economía mixta, que, por tanto, no pueden recibir encargos directos de gestión de la Administración. Ello plantea la cuestión de si podría o no darse un encargo directo a una fundación del sector público constituida con una importante aportación privada (hemos visto antes que tal tipo de aportaciones está previsto en la Llei 12/07, especialmente por parte de la obra social de las cajas de ahorro) y, correlativamente,

Desde luego, una interpretación extensiva de tales requisitos sería susceptible de poner indebidamente en peligro los fundamentos y el funcionamiento de la cooperación interadministrativa, profusamente asumida por la Ley 12/07 (véase, por ejemplo, artículo 27, capítulo IV y, dentro de este, artículo 41 de dicha Ley). Es por esta última razón que, si bien el SEC 1514 proclama abiertamente la aplicabilidad de la doctrina *Teckal* en materia de servicios sociales, también se ocupa de recordar que existen múltiples supuestos de cooperación entre las administraciones públicas en los que no puede identificarse el objeto de un contrato público (algunos ejemplos del SEC 1514: constitución de centrales de compras; gestionar procedimientos de adquisición a través de centros de otra Administración; creación conjunta de entidades para prestar servicios sociales, o establecimiento de estructuras de asistencia mutua sin retribución).

En definitiva, esta es también la doctrina correctora del TJCE, de la que puede verse una muestra reciente en la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-523/03, Comisión contra Irlanda-DCC). En ella se enjuicia si Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 del Tratado, al permitir que una autoridad regional prestara servicios de transporte de urgencia en ambulancia a través de una autoridad local, financiada por la primera, sin publicidad previa. La sentencia desestima el recurso de la Comisión, al no haber aportado esta pruebas contundentes de que se hubiese llevado a cabo la adjudicación de un contrato público. Pero, en su fundamento 37, afirma también lo siguiente:

“(…) no puede excluirse que el DCC prestaba servicios de transporte de urgencia en ambulancia en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley. A ello hay que añadir que la mera

existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos que deban examinarse desde el punto de vista de las normas fundamentales del Tratado.”<sup>24</sup>

### 5.3. La diferencia entre, por una parte, los contratos ordinarios y, por otra parte, las concesiones y contratos públicos CPP, presente también en el ámbito de los servicios sociales

Dentro del ámbito de aplicación de la LCSP podrán utilizarse, para la provisión de equipamientos y servicios sociales, los distintos contratos típicos previstos en la misma (en su caso, contratos especiales), con tal de que el tipo contractual elegido resulte coherente con las finalidades a cubrir y con la clase de prestaciones que en él se pretendan albergar. Ahora bien, llegados a este punto, interesa detenerse en la distinción entre concesiones y contratos que responden a la categoría de Colaboración Público-Privada (“CPP” y “contratos CPP”), y contratos ordinarios o que no se insertan dentro de tal categoría (“contratos no CPP”). El contrato –cualquier contrato– supone una fórmula de colaboración. Ahora bien, cuando hablamos de contratos CPP, nos estamos refiriendo a un macroconcepto, que abarca todas aquellas figuras contractuales que, al decir de la Comisión Europea, presentan las siguientes características: importancia de la financiación privada; larga duración de la relación; reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado, y protagonismo de este último en la concepción y ejecución de las prestaciones, según objetivos y bajo control de la Administración.<sup>25</sup> El nuevo contrato de colaboración entre el

con una presencia significativa de patronos privados en el Patronato de la fundación. Creo, a primera vista, que la ausencia de causa onerosa permitiría pensar en un encargo directo, pero, repito, se trata de una cuestión que dejo planteada y que merecería un mayor grado de reflexión. El tema se apunta también en el completo trabajo de MÍGUEZ MACHO, Luis, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, que he citado en la nota anterior, en especial p. 207 a 209. Por las razones ya mencionadas en el texto, deben tomarse con cautela las líneas de exclusión de las reglas de contratación pública, que también apunta el autor citado, basadas en una supuesta radical exclusión de la aplicación de la normativa comunitaria al sector de los servicios de carácter social y asistencial.

24. Esta doctrina parece inspirar las consideraciones que contiene el Informe JA 17/08, citado en la anterior nota 20, en relación con determinadas relaciones jurídicas a establecer entre la Comunidad Autónoma de Aragón y los servicios sociales municipales de su ámbito territorial (p. 5 a 7).

25. Sobre las estructuras CPP, pueden verse los últimos documentos de la Comisión: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” (“Comunicación CPP”), de 15 de noviembre de 2005, y “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la aplicación del Derecho comunitario sobre contratación público-privada institucionalizada” (“Comunicación CPPi”), de 5 de febrero de 2008. *Vid.*, asimismo, el ya citado trabajo de MÍGUEZ MACHO y la bibliografía reseñada por dicho autor.

sector público y el sector privado regulado en la LCSP solo es, como veremos, uno de los contratos que reúnen las características indicadas de los contratos CPP.

Dentro de lo que hemos denominado CPP o contratos CPP, la Comisión distingue, por una parte, entre concesiones y contratos públicos (de las características CPP, claro está), y, por otra parte, entre CPP ordinaria y CPP institucionalizada (“CPPi”). Esta última responde a las características de la empresa mixta. A nivel comunitario, la diferencia entre concesiones (de obra o de servicio público) y contratos públicos (de obras, servicios o suministros, que reúnan las características CPP) reside fundamentalmente en el dato de cómo y por parte de quién se remunera al contratista. Si la remuneración procede del usuario de la obra o servicio que explota el contratista estaremos ante una concesión. Si, por el contrario, la remuneración procede de la Administración a cuya disposición se pone la obra o el servicio que opera el contratista, estaremos ante un contrato público CPP (más en la línea del PFI anglosajón). Como veremos, las cosas no suceden exactamente así en nuestro Derecho interno.

Las operaciones CPP suelen tener un tratamiento beneficioso desde el punto de vista de la exigencia de mantenerse en situación de estabilidad presupuestaria y de no incurrir en endeudamientos excesivos que, a nivel comunitario, incumbe a los estados miembros. Eurostat permite, en efecto, no computar en las cuentas públicas la deuda vinculada a la inversión que se acomete con ocasión del contrato, si tal inversión la financia el contratista y se transfieren al mismo, de forma sustancial, tanto el riesgo de construcción (aumentos de coste de materiales o mano de obra, consecuencias económicas de retraso, eventos exteriores desfavorables, salvo fuerza mayor, etc.) como el riesgo de explotación u operación de la obra o servicio de que

se trate, bien en forma de riesgo de frecuentación o demanda (cuánto se utiliza la obra o servicio), bien en forma de riesgo de disponibilidad (cuánto se penaliza al contratista por no poner en condiciones óptimas a favor de la Administración la obra o servicio de que se trate, durante la fase de operación).<sup>26</sup>

Puede, pues, concluirse, en esta apretada síntesis, que, con las operaciones CPP, suelen perseguirse –aparte de la propia eficacia y eficiencia que pueda aportar el sector privado y la traslación de riesgos hacia el mismo– los beneficios del diferimiento del pago al contratista (quien normalmente verá satisfecha su remuneración durante un número de años posterior a la puesta en servicio de su prestación) y del no cómputo del endeudamiento en las cuentas públicas. Por lo tanto, desde la óptica de la consecución de tales objetivos, resulta que no permiten cumplirlos los contratos no CPP (los contratos ordinarios de obras, servicios, o suministros), entre otras razones porque la LCSP prohíbe, como regla general, el pago aplazado (artículo 75.7), y porque, al no existir en ellos riesgo de operación o explotación, no es posible que los endeudamientos no computen en las cuentas públicas.

#### 5.4. La utilización de las concesiones, de servicio público o de obra, para la provisión de equipamientos y servicios sociales

Como hemos dicho, las concesiones de servicio público y las concesiones de obra pública pueden considerarse, siguiendo los parámetros comunitarios, una vez ajustados a nuestro Derecho interno, contratos CPP.<sup>27</sup>

En realidad, responden a tales características todas las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, previstas en el artículo 253 de la LCSP. Las

26. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Desde el punto de vista más específico, referido a equipamientos y servicios sanitarios y sociales, el excelente trabajo de VILLAR ROJAS, F. José, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *RAP*, núm. 172, enero-abril 2007, p. 141 y ss.

27. La concesión de servicio público no es un contrato armonizado a nivel europeo. Sin embargo, hay supuestos fronterizos que pueden considerarse concesiones de servicio en nuestro Derecho, y que, en cambio, pudieran ser considerados contratos de servicios desde un punto de vista comunitario (por ejemplo, si la remuneración del contratista no procede del usuario). En este último caso, podría darse alguna contradicción entre la normativa comunitaria y la normativa interna, contradicción que, en línea de principio, no sería relevante, habida cuenta que el contrato de servicios sociales y sanitarios es objeto de armonización europea en grado mínimo, y, en cambio, la concesión de servicio público es, en nuestro Derecho, un contrato administrativo sujeto al máximo rigor, en cuanto a su preparación y adjudicación se refiere. Por otra parte, como ya hemos avanzado, el dato de la no armonización no implica que el Estado miembro pueda desconocer las exigencias que deriven directamente del principio de transparencia presente en el Tratado, lo que podría comportar algún problema para la legislación interna, al haberse limitado a reconducir hacia los recursos ordinarios todos los contratos de gestión de servicios públicos que no puedan ser objeto de recurso especial en materia de contratación, con arreglo al artículo 37 de la LCSP.

actuaciones preparatorias y premisas son, en lo esencial, las mismas para todas ellas (especialmente, el establecimiento del régimen jurídico del servicio en el que, entre otros extremos, se declare la asunción del mismo por parte de la Administración, artículos 116 y 117 de la LCSP). Y también es común a cualquiera de dichas modalidades la estructura esencial del objeto contractual: gestión o prestación de un servicio público, o cambio del derecho a su explotación por parte del contratista (artículo 257.1 de la LCSP).

Es cierto que la modalidad de concierto (entendiendo ahora en sentido estricto) encuentra precisamente en materia de servicios sociales –como también ocurre con los conciertos sanitarios– su ámbito de proyección natural, pero ello no excluye la posibilidad de otorgar concesiones de servicio público para la gestión de servicios sociales, ni la posibilidad de constituir, a tal fin, empresas de economía mixta.<sup>28</sup>

La LCSP facilita la afirmación de tal posibilidad, al haber suprimido, en su artículo 251, la exigencia, presente en la legislación anterior, consistente en que se tratara de servicios de contenido económico susceptibles de explotación por empresarios particulares. Tal exigencia había propiciado interpretaciones en el sentido de que, en materia de servicios sociales, solo era posible la modalidad de concierto. Hoy basta, sin distinción entre modalidades, que se trate de servicios “susceptibles de explotación por particulares”, entendiendo el artículo 258.1 de la LCSP que la efectividad de ese derecho a la explotación del servicio consiste en la posibilidad de percibir “una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”<sup>29</sup>

La diferencia entre contrato de gestión de servicios públicos y contrato de servicios, con tener importantes consecuencias jurídicas (por ejemplo, en el plazo de duración del contrato), no siempre es fácil, y menos en nuestro Derecho, en el que, como se viene diciendo, se admiten con naturalidad supuestos de contratos de gestión de servicios públicos en los que la retribución no procede de los usuarios. Sin embargo, en el ámbito de los principios, la distinción es clara: En el contrato de servicios, el contratista realiza una prestación en favor de la Administración que no coincide con la gestión del servicio público por cuenta de la misma, ni genera como contraprestación el derecho a la explotación de la propia prestación del contratista, sino el derecho a percibir un precio por parte de la Administración. No se da, en el contrato de servicios, una segunda relación jurídica entre el contratista y el usuario del servicio público. En el contrato de gestión de servicios públicos, la prestación consiste, precisamente, en esa gestión del servicio público por cuenta de la Administración. La contraprestación, a cargo de esta, consiste en la explotación de la propia prestación del contratista, y suele existir una relación jurídica distinta entre este y el usuario, relación esta última que resulta excluida de la LCSP en el artículo 4.1.b) de la misma.<sup>30</sup>

El contrato de gestión de servicios públicos puede incluir –o no– la ejecución de una obra o equipamiento que sirva de base material para la prestación del servicio público. A pesar de la posible existencia de obra previa, el dato de la prestación del servicio público comportará que la relación jurídica siga calificándose como contrato de gestión de servicios públicos y no como concesión de obra pública.<sup>31</sup> Los

28. Sobre la aplicación práctica de la concesión de servicios públicos en el ámbito de los servicios sociales catalanes, pueden verse los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 5/98, de 30 de octubre (prestación de servicios sociales de ayuda domiciliar y servicios sociales de rehabilitación), y 1/05, de 5 de mayo (gestión de viviendas con servicios para la gente mayor, entre otros). Sobre la posibilidad de aplicación de la CPPi o empresa mixta en este mismo ámbito de los servicios sociales, nuestro ordenamiento no desmiente la afirmación expresa que de tal posibilidad realiza tal Comunicación CPPi. Finalmente, en relación con la utilización de las fórmulas concesionales como modalidades de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales, resulta obligado citar de nuevo y recomendar la lectura del excelente y crítico trabajo de VILLAR ROJAS, F. José, citado en la nota 26 anterior.

29. Por supuesto, lo que no ha suprimido la LCSP es la interdicción de que se gestionen, mediante contrato, servicios que impliquen ejercicio de autoridad (artículo 251.1), lo que no debe perderse de vista ante la prestación de servicios sociales que puedan estar vinculados de una forma especialmente intensa con dicho ejercicio. Pensamos, por ejemplo, en servicios ligados a la protección de menores. Sobre ellos, puede verse la colaboración de DE PALMA DEL TESO, Ángeles, en esta misma obra.

30. Para una amplia reflexión sobre la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicio público, puede verse MÍGUEZ MACHO, Luis, en su trabajo sobre las “Formas de colaboración público-privada (...)”, antes citado.

31. En el trabajo de VILLAR ROJAS a que se refiere nuestra anterior nota 26, se pone énfasis en la prioritaria aplicación de la normativa reguladora del contrato de gestión de servicios públicos, frente a la propia de la concesión de obra pública, cuando se trata de explotar un servicio público que comporta la ejecución de obra previa, *vid.* p. 180 a 183. Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 2/2008, de 4 de abril, en relación con un

equipamientos destinados a la prestación de servicios sociales pueden ser objeto de contrato de concesión de obra pública, pero la explotación de la obra construida se materializará de ordinario mediante su puesta a disposición del gestor del servicio, sin que coincidan explotación de la obra y gestión del servicio público en manos del concesionario de obra pública. El artículo 61 de la Ley 12/07 se refiere a la provisión de equipamientos públicos de servicios sociales, pero desde la óptica de su financiación, y no, directamente, desde la perspectiva de su posible contratación. No obstante, la amplia formulación del precepto no excluye ninguna de las posibilidades que nuestro ordenamiento ofrece al respecto.

También en la concesión de obra pública, el concesionario se retribuye con la explotación de su propia prestación, esto es, a través de la explotación de la obra misma, y ello genera un derecho de retribución a su favor por la utilización de la obra, que podrá ser íntegramente abonada por la Administración y no forzadamente por los usuarios de la obra (artículo 238, apartados 1 y 4 de la LCSP).

### **5.5. Sobre la insatisfactoria respuesta de nuestro Derecho interno a las relaciones jurídicas CPP en las que median pagos de la Administración basados en criterios de disponibilidad**

Llegados a este punto, debemos detenernos, aunque brevemente, en un aspecto que, a mi juicio, es del máximo interés. Formularé directamente la cuestión: con arreglo a nuestro ordenamiento, cuyas bases acaban de exponerse, ¿existe concesión cuando es la Administración quien satisface la retribución del contratista y lo hace por la utilización del servicio o de la obra, pero con independencia del grado de frecuentación o demanda? Dicho de otro modo, ¿existe concesión cuando, en tal situación de retribución por la Administración, se atiende solamente al grado de calidad de la prestación ofrecida por parte del contratista?

---

contrato de gestión de servicios públicos de atención a personas mayores en centros residenciales de día, en el que el contratista debe constituir previamente los equipamientos, analiza el alcance de la remisión que realiza el artículo 117.2 de la LCSP a los preceptos de la concesión de obra pública para los casos en que la gestión del servicio público viene precedida de la ejecución de obra por parte del concesionario. Dicho Informe concluye que la aplicación, en tal caso, de los preceptos de la concesión de obra pública, no debe realizarse de una forma automática e íntegra, sino que tales preceptos deben atemperarse a las características y condiciones de las obras a ejecutar por el concesionario, comprendidas en el contrato de gestión de servicios públicos.

Estamos aludiendo, en definitiva, a pagos vinculados a una buena operación o disponibilidad de la infraestructura o servicio procurado por el contratista, de suerte que, por debajo de estándares predeterminados en el contrato, la retribución del mismo sufra las correspondientes mermas. Se trata de un escenario que puede darse perfectamente en la contratación de equipamientos y servicios sociales.

La cuestión no es pacífica. Ello provoca que, por lo que a la provisión de equipamientos se refiere, algunas administraciones públicas recurran –para lograr los objetivos de una operación CPP– a figuras distintas de la concesión, tales como los arrendamientos operativos, precedidos, en su caso, de derechos de superficie sobre terrenos de titularidad pública, que permiten la construcción y el mantenimiento de una propiedad separada por parte del contratista mientras tales derechos no se extinguen. En este último caso, el esquema sería el siguiente: derecho de superficie en favor del contratista; financiación, proyección y construcción del equipamiento de servicios sociales por parte del mismo; arrendamiento operativo de la propiedad separada en favor de la Administración, y pago o cánones periódicos a cargo de esta última en función de parámetros de calidad o rendimiento, todo ello hasta la extinción del derecho de superficie, momento en el cual el equipamiento pasa a ser propiedad de la Administración sin mayores costes (se entiende que, durante todo el periodo contractual, el contratista ha amortizado la inversión, ha cubierto costes y ha logrado su beneficio industrial).

Pues bien, hasta la fecha, órganos tan cualificados como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se han mostrado reacios a la legalidad de tales figuras, negando, desde el punto de vista de la concesión, que, en tales supuestos, exista explotación económica por parte del contratista, y afirmando, en cualquiera de ambos supuestos (concesiones con pagos vinculados a disponibilidad y arrendamientos operativos del tipo de los descritos), que, en realidad, a través de tales figuras, se acaban conculcando normas imperativas de la legislación de contratos públicos, como la

prohibición de pago aplazado, el tipo de aptitud que deba exigirse al contratista, o la duración máxima del contrato (no es lo mismo, por ejemplo, a tales efectos, un contrato de obras seguido de un contrato de servicios que un contrato de concesión de servicios públicos con obra previa o una concesión de obra pública).<sup>32</sup>

El artículo 4.1.p) de la nueva LCSP parece haberse dictado con el designio de cerrar la puerta –salvo en circunstancias muy restrictivas– a la posibilidad de utilizar contratos de tipo patrimonial (como es el arrendamiento) para conseguir prestaciones que sean propias de las previstas por la LCSP (servicios, obras).

Por lo demás, tampoco parece que el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, introducido en la LCSP, vaya a solucionar definitivamente la cuestión planteada.<sup>33</sup> Es cierto que, a través de dicho contrato, se logra la financiación del contratista, unida a una de las prestaciones propias de los contratos típicos de la LCSP. Es cierto también que la financiación y prestación del contratista se retribuyen mediante un precio que paga la Administración durante el curso de la ejecución del contrato, contrato que, por otra parte, es de larga duración. Finalmente, es cierto que suele existir un desplazamiento suficiente de riesgos hacia el contratista (artículos 11 y 120 de la LCSP). Todo ello permite, potencialmente, cubrir los objetivos, antes mencionados, de diferimiento de pago y no cómputo de deuda en las cuentas públicas. Ocurre, sin embargo, que el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ha sido legalmente concebido como un contrato, en cierto modo, subsidiario. Por una parte, puede utilizarse únicamente cuando se acredita la mayor idoneidad y ventaja de esta fórmula frente a los restantes tipos contractuales. Por otra parte, y adicionalmente, debe tratarse de prestaciones que presenten un grado de complejidad tal que la Administración, si bien conoce perfectamente las necesidades a satisfacer, no es capaz de determinar por sí misma los medios más adecuados para lograr dicha satisfacción.

Es por ello que la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado debe venir precedida de unas actuaciones preparatorias especialmente gravosas, en las que resulten acreditadas tanto la complejidad de la prestación como la mayor idoneidad de esta fórmula contractual sobre las restantes, y tal adjudicación debe realizarse a través del nuevo procedimiento de diálogo competitivo, precisamente previsto para casos en que deben contratarse prestaciones de gran complejidad (se conocen las necesidades, pero no los medios más idóneos para satisfacerlas). En tales circunstancias, y salvo en algún caso muy singular, nos parece sumamente difícil encajar, en el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, prestaciones propias de provisión de equipamientos y servicios sociales.

En suma: en aquellos supuestos en que se pretenda obtener las ventajas de un contrato CPP mediante pagos realizados al contratista por parte de la Administración, basados en criterios de rendimiento o calidad en la disponibilidad y no de frecuentación o grado de demanda del equipamiento y/o servicio social de que se trate, subsiste en nuestro ordenamiento un umbral de inseguridad jurídica que no parece vaya a despejarse en un futuro próximo.

## 6. Un último apunte sobre la contraposición de intereses entre las entidades privadas de iniciativa social y las entidades privadas de iniciativa mercantil en el mercado de la provisión contractual de equipamientos y servicios sociales

El artículo 75.4 de la Ley 12/07 prevé que, en condiciones análogas, puede darse preferencia, en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos, a entidades sin ánimo de lucro, debidamente inscritas, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, de acuerdo con los supuestos que establece la normativa de contratación administrativa.<sup>34</sup>

32. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 72/04, de 11 de marzo de 2005, equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Santa Margalida, y 70/04, también de 11 de marzo de 2005, mismo tipo de equipamiento del Ayuntamiento de Alcudia. He tratado de esta cuestión en "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11, junio de 2006, p. 23 y ss.

33. Sobre dicho contrato, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Contrato de colaboración público-privada", *RAP*, núm. 170, 2006, p. 7 y ss., y CHINCHILLA MARIN, Carmen, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, p. 609 y ss.

34. No nos ocupamos de criterios especiales de valoración ni de otros tipos de preferencia que establece el propio artículo 75.4, no vinculados al requisito de la ausencia de ánimo de lucro. Sin embargo, apuntemos que no parece fácilmente compatible con la legislación básica estatal la preferencia que otorga aquel precepto en favor de las empresas "que inviertan los

Esta previsión resulta perfectamente alineada y, por tanto, compatible con la que establece la disposición adicional sexta de la LCSP: ante dos ofertas análogas, procedentes, respectivamente, de una EIM y de una EIS, se acaba adjudicando el contrato de que se trate a esta última. La legislación estatal y autonómica resuelve, de esta forma, la contraposición de intereses que se da entre las distintas entidades privadas (inicialmente empatadas) que pretenden adjudicarse el contrato.

No se llega, sin embargo, a reservar la posibilidad de adjudicar los contratos relativos a servicios sociales únicamente en favor de las EIS, o, si se quiere, a excluir a las EIM de tal tipo de contratos. Para el SEC 1514 (p. 11) una exclusión de tal tipo podría vulnerar las normas comunitarias del mercado interior. Según tal documento, la exclusión debería establecerse, en su caso, por la legislación nacional (no quedar a decisión de cada autoridad que decidiese adjudicar un contrato), y debería contemplarse como una posibilidad excepcional que, además, requeriría una cumplida justificación.

La posibilidad, excepcional, de excluir a las entidades con ánimo de lucro, encuentra apoyo en la sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997 (asunto C-70/95, SODEMARE). En tal Sentencia del TCJE, enjuiciaba si era compatible con el Derecho comunitario una legislación –la italiana, en dicho caso– que contemplaba un sistema de asistencia social de responsabilidad pública en el que se integraban, a través de conciertos, entidades privadas, que prestaban los servicios bajo determinadas pautas de calidad y con reembolso público del coste de los mismos. Ahora bien, tal posibilidad de concierto se reservaba a las entidades sin ánimo de lucro. Una sociedad luxemburguesa que había establecido sociedades en Italia para explotar residencias de ancianos, consideró que, entre otros principios y preceptos, la legislación italiana vulneraba el derecho de establecimiento previsto en el artículo 52 del Tratado. El Estado italiano indicó que solamente las entidades sin ánimo de lucro eran operadores idóneos para cumplir con las finalidades sociales del sistema, puesto que, según dicho Estado, tales entidades no estaban influenciadas por la exigencia de obtener beneficios.

beneficios en finalidades de atención social”. Son muchas las dudas que genera esta última previsión: ¿de los conseguidos a través del contrato o a través de otras fuentes?, ¿de todos o de parte de los que consigue la empresa?, ¿qué se entiende exactamente por inversión en finalidades de atención social? En otro orden de cosas, el SEC 1514 admite –aunque cautelosamente– que, si resulta objetivamente justificado por el tipo de servicio social de que se trate, puedan exigirse del contratista perfiles determinados (por ejemplo, ser operador de carácter local) que coadyuven a prestar un servicio más adecuado al usuario, p.10 y 11.

35. VILLAR ROJAS, en su trabajo citado en la nota 18.

El TJCE dio, en tal caso, la razón al Estado italiano, al entender que se trataba de un sistema de asistencia social basado en el principio de solidaridad, y que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia para ordenar dicho sistema, podía considerar legítimamente que la mejor forma de alcanzar los objetivos del mismo era, precisamente, mediante la imposición del requisito de la ausencia de ánimo de lucro para acceder al otorgamiento de los correspondientes conciertos.

Algún autor ha destacado que, pudiendo el Estado español acogerse a la doctrina sentada por la sentencia que acaba de citarse, ha decidido no hacerlo, toda vez que la legislación básica en materia de contratación pública ha incorporado únicamente la preferencia descrita con anterioridad (esto es, la prevista en la disposición adicional sexta de la LCSP, con la que coincide la Ley 12/07).<sup>35</sup> Ello cerraría el paso a posibles normas autonómicas que quisieran llegar a excluir de la contratación de servicios sociales a las entidades con ánimo de lucro. Sin embargo, la cuestión no parece cerrada, puesto que el reciente Informe JA 17/08, anteriormente citado, llega a una conclusión distinta:

“Nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos en el ámbito de los servicios sociales a instituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia entre esas entidades de iniciativa (social)” (conclusión III, p. 10).

Con todo, utilizando una cierta línea correctora o moderadora de su conclusión principal, el propio Informe JA 17/08 (p. 9) advierte que:

“En todo caso, parece que, de regularse esta modalidad se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia (...)”

Para finalizar con este trabajo, apuntaré que no solamente en el escenario descrito (pretensión de conseguir contratos públicos de equipamientos y servicios sociales) se están poniendo de manifiesto situaciones de contraposición de intereses entre las EIS y las EIM. Estas últimas reprochan, ya con cierta frecuencia, a las

primeras –y ante los órganos de defensa de la competencia<sup>36</sup> que las EIS compiten en el mercado de servicios sociales o sociosanitarios, mediante percepción de contraprestación satisfecha por los usuarios de dichos servicios, prevaliéndose de las ventajas que obtienen en el sistema como tales EIS. Sin embargo, no es posible, en este momento, abordar el análisis de esta relevante y última cuestión, que, forzosamente, deberemos posponer para otro trabajo sobre la misma materia. ■

---

36. *Vid.*, por ejemplo, *Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*, de 26 de julio de 1995 (Expte. R 123/95); 29 de enero de 1997 (Expte. R 179/96); 24 de abril de 1997 (Expte. R 192/96), o 14 de febrero de 2000 (Expte. R 383/99).

# QDL21

## crónica de jurisprudencia

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de enero de 2009 hasta el 30 de abril de 2009, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 31 de mayo de 2009.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs.

## A) Jurisdicción constitucional

**Tribunal Constitucional. Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de garantía de indemnidad y de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, en un supuesto en el que, después de diez años de procesos judiciales, la Administración pública procede a la ejecución de una sentencia que ordena la provisión de un puesto de trabajo en favor de una funcionaria, y, en la misma fecha, se dictan sendas resoluciones por las que se acuerda, respectivamente, el nombramiento de la demandante para ocupar aquel puesto con efectos desde febrero de 1995 y, sin solución de continuidad, se acuerda su cese**

**Órgano:** Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

**Resolución:** Sentencia 92/2009. Recurso de amparo 9608/2005

**Fecha:** 20 de abril de 2009

**Ponente:** Don Vicente Conde Martín de Hijas

**Disposiciones analizadas:** Artículo 24 CE

**Doctrina:** El derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, no solo se satisface mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial, o de los actos preparatorios o previos al mismo, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

La garantía de indemnidad, cuando se proyecta en el campo de las relaciones laborales, se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de ahí la consecuencia de que una actuación empresarial, motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

Las AAPP tienen la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios o trabajadores se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, y, en este sentido, el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquellas no precisan ser motivadas.

Cuando se alegue que determinada decisión encubre, en realidad, una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. No se impone al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

Para excluir la existencia de indicios de la lesión del derecho fundamental, no es suficiente invocar la condición de libre designación del puesto y las facultades discrecionales que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de este puesto ofrece no es bastante para descartar su posible instrumentalización *ad casum* con un resultado inconstitucional

### Supuesto de hecho

La persona que formula la demanda de amparo participó en un proceso selectivo convocado por el Servicio Navarro de Salud el 29 de marzo de 1994, para la provisión de una jefatura de unidad de enfermería de una zona básica de salud. Disconforme con los resultados del proceso selectivo, lo impugnó mediante recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente por la STSJ de Navarra, de 30 de diciembre de 1998, que anuló las actas del tribunal calificador y ordenó la retroacción del proceso selectivo al momento inmediatamente anterior al de la primera de las actas anuladas.

En ejecución de la sentencia, se tramitó una nueva convocatoria, entre las tres aspirantes que habían participado en el primer proceso selectivo, que finalizó declarándose desierta la plaza convocada, al no haber superado, la recurrente en amparo, la puntuación mínima requerida en la exposición pública de la memoria-trabajo, a la que se le concedieron

siete puntos en vez de los diez obtenidos en la primera convocatoria.

La STSJ de Navarra de 26 de marzo de 2004, anuló este nuevo acuerdo y declaró el derecho de la persona que recurre en amparo a su nombramiento como jefa de unidad de enfermería, con los derechos a ello inherentes, desde la fecha en que debió haber sido nombrada.

En ejecución de esta segunda sentencia, el director-gerente del Servicio Navarro de Salud, por resolución 1425/2004, de 9 de septiembre, dispuso el nombramiento de la demandante de amparo como jefa de unidad de enfermería, y, por resolución del director general de la función pública, de 4 de octubre, se ordenó el abono en nómina a la recurrente en amparo de la cantidad de 35.981,28 €, correspondientes a las diferencias retributivas por aquella percibidas, y las que debió percibir como jefa de unidad de enfermería desde el 13 de febrero de 1995 hasta el 24 de septiembre de 2004.

El director-gerente del Servicio Navarro de Salud, por resolución 1426/2004, de 9 de septiembre, dispuso el cese de la recurrente en amparo como jefa de unidad de enfermería de la Zona Básica de Rochapea-Ansoain, con efectos de 30 de septiembre de 2004.

La demandante de amparo promovió incidente de ejecución de sentencia, frente a la resolución que había decretado su cese.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestimó, por auto de 15 de noviembre de 2005, la alegación de la recurrente de que su cese suponía un incumplimiento de lo decidido en la sentencia, razonando al respecto el que “La sentencia quedó ejecutada –en este aspecto– con el nombramiento. Otra cosa es la posible ilegalidad del acto del cese que podría venir dada por haber sido dictado con desviación de poder, como sostiene la ejecutante o por razones intrínsecas. Descartadas estas últimas, pues ha quedado explicado por la Administración cómo el cese era obligado a haber transcurrido desde el nombramiento, efectuado con los efectos temporales que la propia sentencia señala, el período máximo por el que dicho nombramiento era legalmente posible, tampoco puede acogerse la primera, pues la propia legalidad del acto exige que su torcida intencionalidad quede demostrada de forma que no lo ha sido en este caso” (razonamiento jurídico segundo).

La demanda de amparo tiene por objeto, por tanto, la impugnación de la resolución, por la que se dispuso el cese de la recurrente, y del auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de noviembre de 2005, que no consideró que vulnerara la sentencia de 26 de marzo de 2004.

El Tribunal constitucional anula la resolución y el acto recurrido, otorga el amparo, restablece a la demandante en su derecho y declara la nulidad de la resolución administrativa y del auto judicial recurrido.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TC aborda si la resolución y el auto impugnados han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de garantía de indemnidad y de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 24.1 CE). En ambas vertientes, considerará vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

## 1. La resolución administrativa recurrida y el auto dictado en el incidente de ejecución de sentencia, vulneran la garantía de indemnidad que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva

### 1.1. La doctrina del Tribunal Constitucional

El TC reseña previamente su doctrina constitucional sobre ambas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva.

Establece, en primer lugar, el alcance de la garantía de indemnidad: “(...) el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces

y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, F. 2; 87/2004, de 10 de mayo, F. 2; 38/2005, de 28 de febrero, F. 3; 144/2005, de 6 de junio, F. 3; 16/2006, de 19 de enero, F. 2; y 125/2008, de 20 de octubre, F. 3).”

Seguidamente, proyecta la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales y de las relaciones de las AAPP con el personal a su servicio, y respecto a la inversión de la carga de la prueba, cuando se acreditan, por el trabajador o funcionario, indicios suficientes de que la actividad recurrida puede vulnerar este derecho fundamental. Lo razona del siguiente modo:

–Cuando esta garantía de indemnidad se proyecta en el campo de las relaciones laborales, el TC señala que “(...) se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, F. 2; 38/2005, de 28 de febrero, F. 3; y 138/2006, de 8 de mayo, F. 5), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 24.1 CE y artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores].”

–En estos supuestos tiene gran importancia la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina del TC, “(...) cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, F. 3; 17/2003, de 30 de enero, F. 4; 49/2003, de 17 de marzo, F. 4; 171/2003,

de 29 de septiembre, F. 3; 188/2004, de 2 de noviembre, F. 4; y 171/2005, de 20 de junio, F. 3; 16/2006, de 19 de enero, F. 2; 125/2008, de 20 de octubre, F. 3)."

–El Tribunal afirma que las AAPP, por su obligación de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (artículos 103.1 y 106.1 CE), sin asomo de arbitrariedad (artículo 9.3 CE), tienen la obligación: "(...) de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios o trabajadores se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, y en este sentido hemos afirmado que el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquellas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde el prisma constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales (...)"

### **1.2. La proyección al caso concreto de la doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad, y sus efectos sobre la inversión de la carga de la prueba**

El TC aplica esta doctrina al caso concreto a tenor de las consideraciones siguientes:

–La demandante de amparo sostiene que su cese ha vulnerado la garantía de la indemnidad, por ser constitutivo de una represalia contra su pretensión de tutela judicial, tendente a la declaración de su derecho a ser nombrada jefa de unidad de enfermería. A la vista de la doctrina anterior, el TC se plantea si ha aportado al proceso judicial un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama indiciario que sugiriera, de modo razonable, la fundada sospecha de la acción de represalia denunciada. El TC considera que, efectivamente, así lo hizo, y razona lo siguiente:

"Y con tal perspectiva no podemos sino estimar evidente que la demandante aportó en el incidente de ejecución de Sentencia un indicio razonable de la vulneración de su derecho fundamental, suficiente para determinar una inversión de la carga de la prueba. En efecto, (...) que después de diez años de procesos judiciales (...) el Servicio Navarro de Salud proceda a la ejecución de dicha Sentencia y en la misma fecha su Director-Gerente dicte sendas resoluciones por las que se acordaron, respectivamente, el nombramiento de la demandante para ocupar aquel puesto con efectos desde el 13 de febrero de 1995 y, sin solución de continuidad, su cese en el mismo, constituye un indicio más que suficiente de la posible existencia de una decisión dirigida a impedir la efectividad del derecho de la demandante de amparo a ocupar la plaza que había instado y obtenido en la vía judicial."

–La consecuencia de la inversión de la carga de la prueba es: "(...) que el Servicio Navarro de Salud estaba obligado a aportar una prueba precisa y suficiente de que el cese de la demandante de amparo tuvo 'causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, capaz de llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las

únicas que han motivado [su] decisión... de forma que esta se hubiera producido verosimilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales' (STC 171/2005, de 20 de junio, F. 4)."

–La argumentación de la Administración es que el cese era obligado, porque había transcurrido el plazo de seis años, previsto para la ocupación del referido puesto de trabajo, en norma autonómica aplicable. El Servicio Navarro de Salud cuenta este plazo desde que tenía derecho a ocuparlo (el 13 de febrero de 1995) hasta que efectivamente se reconoce ese derecho (septiembre de 2004). Añade como argumentación que transcurrido el plazo de seis años la norma reglamentaria aplicable solo prevé la posibilidad de continuar ocupándolo por nombramiento interino, o tras la celebración de un nuevo concurso de méritos. El auto recurrido entendió que los indicios aportados por la demandante podían entenderse desvirtuados por el anterior razonamiento.

–El TC señala que, en este caso, la prueba indiciaria aportada de vulneración de garantía de la indemnidad, cobra especial relevancia, tras una larga contienda judicial promovida por la recurrente contra el Servicio Navarro de Salud, por la inmediatez temporal de su nombramiento y del cese en el puesto de trabajo, cuyo derecho a ocuparlo había instado y obtenido en la vía judicial, de modo que en la misma fecha, y sin solución de continuidad, se dictan las resoluciones por las que se acordaron su nombramiento y cese.

–El TC pone de manifiesto que de la demanda de amparo y del escrito de alegaciones de la representación letrada de la Comunidad Foral de Navarra, se desprende que la persona que ocupó el puesto de trabajo en litigio desde el 13 de febrero de 1995 hasta que tuvo que llevarse a cabo la ejecución de la sentencia que declaró el derecho de la demandante de amparo a ocuparlo, se mantuvo en el puesto de jefa de unidad de enfermería, por un período superior al de seis años, establecido en la norma reglamentaria, y además fue cesada y nombrada de forma inversa a la demandante. Extremo que, según argumenta el TC, se acomoda a la afirmación de la demandante de amparo de que el suyo fue el único cese producido en las jefaturas de unidad de enfermería, por el transcurso del período reglamentariamente establecido para el desempeño de dicho puesto de trabajo, pues los demás ceses que se produjeron lo fueron a petición propia de los interesados. Este extremo, señala el TC, podía y debía desvirtuarse por el Servicio Navarro de Salud, por tratarse de datos que se encuentran en su poder, y no lo hizo.

–La dirección técnica del Servicio Navarro de Salud adujo para justificar el cese de la demandante de amparo que, transcurrido el período máximo establecido para el desempeño del puesto de trabajo, la única forma de continuar en el mismo, hasta que se convocara el nuevo concurso, era su nombramiento como jefa interina, facultad que califica de discrecional.

–El TC establece que "En relación con este argumento debe señalarse que, para excluir la existencia de indicios de la lesión del derecho fundamental, no es suficiente invocar la condición

de libre designación del puesto y las facultades discrecionales que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de este puesto ofrece no es bastante para descartar su posible instrumentalización *ad casum* con un resultado inconstitucional. En este sentido declaramos en la STC 29/2002, de 11 de febrero (F. 7), en relación con la distribución de la carga de la prueba, que es exigible una justificación causal de la decisión 'en su específica y singular proyección sobre el caso concreto'. La facultad de cese, entonces, tendrá aptitud neutralizadora del panorama indiciario concurrente sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador (STC 217/2005, de 12 de septiembre, F. 7). Todo lo cual, proyectado sobre los casos de libre designación, entronca con la doctrina según la cual la carga *probatoria incumbit* al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto de ser motivadas, pues ello no excluye que, desde el prisma constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, F. 3; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 4; 87/1998, de 21 de abril, F. 3; 29/2000, de 31 de enero, F. 3; 190/2001, de 1 de octubre, F. 5, y 216/2005, de 12 de septiembre, F. 7). En otras palabras, en los puestos de trabajo de libre designación la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto de los derechos fundamentales (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, F. 3; 202/1997, de 25 de noviembre, F. 5 y 29/2000, de 31 de enero, F. 3), por lo que, si se pretende el cese del recurrente en un puesto de esta naturaleza, habrá que justificarlo en un dato o elemento objetivo, que puede estar vinculado a las funciones propias de dicho cargo (STC 216/2005, de 12 de septiembre, F. 7)."

### **1.3. La vulneración de la garantía de indemnidad por falta de prueba que destruya los indicios de represalia por haber recurrido y pleiteado durante más de diez años, por una plaza de jefa de unidad de enfermería**

El TC resuelve y argumenta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad del siguiente modo:

"La apariencia creada por el razonable panorama indiciario aportado por la demandante de que la decisión de disponer su cese como Jefa de Unidad de Enfermería constituyó una lesión de su garantía de indemnidad, solo podía haber sido destruida, en aplicación de la doctrina de este Tribunal sobre la distribución de la carga de la prueba, probando la Administración demandada que su decisión se basó en hechos o criterios legítimos o razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio a los derechos fundamentales (SSTC 293/1993, de 18 de octubre, F. 6; 85/1995, de 6 de junio, F. 4; 82/1997, de 22 de abril, F. 3; 202/1997, de 25 de noviembre, F. 4; 74/1998, de 31 de marzo, F. 2; 214/2001, de 29 de octubre, F. 4, y 717/2005, de 20 de junio, F. 6), en lo que constituye, debemos repetir una vez más, una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración

de derechos fundamentales, lo que dejaría claramente inoperante la finalidad de la prueba indiciaria ( STC 87/2004, de 10 de mayo, F. 3, y 171/2005, de 20 de junio, F. 6).

"En este caso el Servicio Navarro de Salud no ha acreditado otras razones justificativas del cese de la demandante de amparo que las de la de su duración temporal y la facultad discrecional del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud de nombrar interinamente a quienes han de ocupar las Jefaturas de Unidad de Enfermería, transcurrido el período máximo reglamentariamente establecido para su desempeño, consideraciones que, como hemos señalado, no justifican en modo alguno, a la vista de la circunstancias concurrentes, la decisión de disponer el cese de la recurrente en amparo, ni permiten, por tanto, excluir el móvil de represalia aducido por esta. En tales condiciones el panorama indiciario aportado por la demandante de amparo de que su cese estuvo en realidad motivado por la decisión de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, al reclamar de los Tribunales su derecho a ser nombrada para ocupar la plaza de Jefa de Unidad de Enfermería de la Zona Básica de Rochapea-Ansoain, debe desplegar toda su operatividad para declarar la lesión del mencionado derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, F. 4; 136/1996, de 23 de julio, F. 4, y 171/2005, de 20 de junio, F. 6)."

### **2. La resolución administrativa recurrida y el auto dictado en el incidente de ejecución de sentencia, también vulneran el derecho a la ejecución de las sentencias firmes, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva**

El TC examina su doctrina respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Afirma que la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, en caso contrario, "(...) las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. (...)", todo ello sin perjuicio de que la interpretación del sentido y alcance del fallo de una resolución judicial es una cuestión que corresponde resolver a los jueces y tribunales, extremo que conlleva que el TC recuerde que "(...) sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva. (...) lo exige el contraste entre el fallo de la resolución objeto de ejecución, interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito, con lo posteriormente resuelto para ejecutarlo (SSTC 115/2005, de 9 de mayo, F. 4; 209/2005, de 18 de julio, F. 2; 70/2006, de 13 de marzo, F. 2; 180/2006, de 19 de junio, F. 2, por todas)."

EL TC, una vez formulada esta doctrina general, concluye que la resolución y el auto recurrido vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias firmes, porque "(...) ha de estimarse que carece de la razonabilidad constitucionalmente exigible el Auto recurrido (...)"

### 3. Fallo de la sentencia

Por todo ello, el TC, estimada parcialmente la demanda, declara vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indem-

nidad y de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes; la restablece en su derecho y declara la nulidad de la resolución y del auto recurrido.

**Tribunal Constitucional. Son inconstitucionales los preceptos legales que tipifican como infracciones leves aquellas conductas que, en las leyes en las que se prevén estos preceptos, no se tipifican ni como muy graves ni como graves, y que su tipificación consiste en la realización de una conducta que infringe alguna de las normas reglamentarias reguladoras del sector de que se trate**

**Órgano:** Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

**Resolución:** Sentencia 81/2009. Cuestión de inconstitucionalidad 3534/2007

**Fecha:** 23 de marzo de 2009

**Ponente:** Don Manuel Aragón Reyes

**Disposiciones analizadas:** Artículo 25 CE

**Doctrina:** Los preceptos legales que, para definir las infracciones que sancionan como leves, se limitan a remitirse a prescripciones reglamentarias, son la manifestación de una de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 CE, en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contienen los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permiten una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, con degradación de la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña.

La aplicación de la doctrina descrita en el párrafo anterior, conlleva la nulidad del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990 del deporte, como conllevó en su día la declaración de nulidad del artículo 142 n) de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres; del artículo 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, y del inciso final del artículo 26 j) de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

Existen cierto tipo de actuaciones que, por la relación de sus agentes con la Administración, pueden deparar la aceptación constitucional de un mayor margen de autonomía de esta en la labor de tipificación de las infracciones, en atención a la "capacidad administrativa de autoordenación". Esta contextualización posible de las exigencias del principio de legalidad, que ha de ser abordada singularmente en relación con cada regulación sancionadora cuestionada, puede dar lugar a una cierta modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, pero no a su supresión. Las llamadas relaciones de sujeción especial, no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él, y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales, y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque esta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación

### Supuesto de hecho

EL Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida, plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, por su posible contradicción con el artículo 25.1 CE.

Los hechos de los que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad planteada son:

–El Juzgado señalado instruyó el procedimiento abreviado contra las resoluciones de 2 de marzo de 2006 y 1 de septiembre de 2005, por las que se impuso a cada uno de los demandantes (delegado de campo, directivo y entrenador, respectivamente, de un club de fútbol) una sanción de multa de 500 euros, por causar desórdenes durante la celebración de un partido de fútbol, con insultos al equipo arbitral e invasión del terreno de juego, hechos que se consideraron constitutivos de la infracción leve prevista en el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte. Este precepto tipificaba como infracciones leves "Todas las acciones u omisiones no tipificadas como infracciones graves o muy graves en el presente Título y que sean contrarias a las normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos."

–El juez fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones siguientes:

–Por lo que se refiere al juicio de relevancia, el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, es directamente aplicable al caso, pues es el que sirve de fundamento a las sanciones recurridas, por lo que resulta determinante para el fallo a dictar.

–En cuanto a la duda de constitucionalidad que le suscita el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, el juez razona que: a) el artículo 25.1 CE reserva a la ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas, en tanto que al reglamento puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley, y así, en materia de tipificación de infracciones, y b) el artículo 25.1 CE prohíbe la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia ley.

–El artículo 69.3.C) de la Ley del deporte, sin una descripción básica de conducta alguna, utiliza la expresión genérica de "normas" y "reglamentos", sin que quede claramente

establecida por dicho precepto sancionador en blanco la exigencia de remisión a una ley en sentido estricto, lo que pudiera constituir una infracción del principio de reserva de ley en sentido formal, además del principio de tipicidad, en la medida en que se desconoce la conducta por la cual se sanciona a los recurrentes.

—Las resoluciones impugnadas hacen una invocación genérica de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, a la cual conectan por remisión, cuando el artículo 8.2 de esa misma Ley remite la materia de seguridad en espectáculos deportivos a la propia Ley del deporte.

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional y nulo el artículo 69.3.C) de la Ley del deporte.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TC, antes de entrar a examinar la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, pondera la incidencia que, sobre el objeto del proceso constitucional, tiene la circunstancia sobrevenida de la derogación del referido precepto por la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

El Tribunal reitera su doctrina relativa a “(...) que la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no siempre priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal.”

En el caso concreto, señala que la derogación no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el juicio de constitucionalidad sobre el precepto cuestionado, se conecta con su aplicación a un concreto proceso contencioso-administrativo, en el que el órgano judicial proponente ha de resolver sobre la pretensión ejercitada acerca de la validez o invalidez de un precepto legal vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo* y conforme al cual fue impuesta la sanción que se impugna en dicho proceso.

El Tribunal afirma que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser estimada en aplicación de su consolidada doctrina en torno a las exigencias que el artículo 25.1 CE dirige a las normas sancionadoras.

#### 1. La doctrina general de las exigencias del artículo 25.1 CE

Afirma el TC que dicha doctrina consiste en:

“(...) como hemos recordado recientemente en la STC 162/2008, de 15 de diciembre, F. 1, que ‘el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*’ y que la misma ‘es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo’. Comprende tanto una garantía formal como una garantía material. La garantía formal, de exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora, ‘tiene una eficacia

relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Por tanto, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley’ (STC 242/2005, de 10 de octubre, F. 2; resumiendo una doctrina reflejada, entre muchas otras, en las SSTC 42/1987, de 7 de abril, F. 2; 60/2000, de 2 de marzo, F. 3; 132/2001, de 8 de junio, F. 5; y 25/2002, de 11 de febrero, F. 4. Así, en los conclusivos términos de la STC 132/2001, ‘[d]esde la STC 42/1987, de 7 de abril, F. 2, viene declarando este Tribunal que el artículo 25.1 CE proscribiera toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio’ (F. 5).

“La garantía material, por su parte, ‘aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones’ (por todas, SSTC 242/2005, de 10 de octubre, F. 2, y 162/2008, de 15 de diciembre [RTC 2008, 162], F.1).”

#### 2. La aplicación de dicha doctrina conlleva la nulidad del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990 del deporte, como conllevó en su día la declaración de nulidad del artículo 142 n) de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres; del artículo 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, y del inciso final del artículo 26 j) de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana

Todos los preceptos relacionados en el título del apartado, tipificaron, como infracciones leves, aquellas conductas que las leyes relacionadas no tipificaban como muy graves o graves, y que comportaban la infracción de las normas reglamentarias del sector. En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa, normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos, y en los otros, normas reglamentarias aplicables a los transportes terrestres por carretera, prescripciones reglamentarias en materia de actividad industrial y reglamentaciones específicas o normas de policía dictadas en ejecución de las mismas.

En relación al artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, del deporte, el TC establece que la inconstitucionalidad del precepto es la consecuencia del hecho que:

“(...) Para definir las infracciones que sanciona como leves (...) se limita a remitirse a las prescripciones reglamentarias que no estén incluidas en los apartados anteriores

(...) Constituye esta una de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de Ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, en degradación de 'la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña' (STC 341/1993, de 18 de noviembre, F. 10)."

A esta conclusión no empece ni la mera acotación de la materia a la que se refieren los reglamentos de remisión, que es la actividad de espectáculos deportivos, ni el hecho de que queden excluidas de tal regulación reglamentaria las infracciones que ya la Ley califica como muy graves y graves. Ni lo uno ni lo otro, ni la conjunción de ambos extremos, supone una descripción legal mínima de las conductas sancionables ni, con ello, el límite suficiente que el artículo 25.1 CE exige para la intervención de la Administración en la tipificación sancionadora. La sola delimitación material del objeto de la remisión y la lógica exclusión de las conductas ya catalogadas como infracciones en la Ley no permite conocer a los destinatarios de la norma qué otros comportamientos pueden pasar a ser objeto de sanción a través de la regulación reglamentaria y de la integración que posibilita el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, lo que resulta frontalmente contrario a la reserva del artículo 25.1 CE.

"(...) En la conclusión de inconstitucionalidad abunda la perspectiva de la predeterminación normativa de las conductas sancionadas, dimensión material del principio de legalidad que se imbrica en el presente caso con la dimensión formal de dicho principio. La pura remisión a los reglamentos, sin más acotaciones que la implícita atinente a los espectáculos deportivos, área de actividad particularmente extensa y diversa, y la que supone la existencia de otras infracciones, dificulta de tal modo el conocimiento de lo prohibido –al exigir la búsqueda de los reglamentos aplicables y de las normas que en ellos establecen obligaciones– que permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del artículo 25.1 CE."

El TC recuerda que, con la misma argumentación y por los mismos motivos, declaró inconstitucionales el artículo 142 n) de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres ("Tendrán la consideración de infracciones leves todas las que, suponiendo vulneración directa de las normas... reglamentarias aplicables en cada caso, no figuren expresamente recogidas y tipificadas en los artículos anteriores de la presente Ley"), el artículo 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, que calificaba de infracciones leves los incumplimientos de las prescripciones reglamentarias en materia de actividad industrial que no estuviesen incluidos en los apartados anteriores del precepto legal, que son los que tipifican las infracciones muy graves, y el inciso final del artículo 26 j) de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero,

sobre protección de la seguridad ciudadana, que calificaba de infracciones leves de la seguridad ciudadana la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas "en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas" (F. 10).

### **3. La técnica de remisión del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990 no sería válida ni aun en el supuesto que el destinatario estuviera vinculado a la Administración por una relación de especial sujeción**

El TC se refiere a los argumentos del Abogado del Estado que, en el trámite del artículo 35.2 de la LOTC, argumentó que la técnica remisiva a norma reglamentaria sería válida para sanciones que tienen como destinatario a quien se encuentra vinculado a la Administración por una relación de especial sujeción.

El Tribunal niega que la norma, cuya constitucionalidad se combate, esté específicamente destinada a regular relaciones de las denominadas de especial sujeción. Y aunque así fuera, señala, tal contexto puede dar lugar a una cierta modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, pero no, como en el presente caso, a su supresión. Las llamadas relaciones de sujeción especial no son en nuestra Constitución un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa.

EL TC lo razona del siguiente modo:

"En efecto, existen cierto tipo de actuaciones que por la relación de sus agentes con la Administración pueden deparar la aceptación constitucional de un mayor margen de autonomía de esta en la labor de tipificación de las infracciones, en atención a la 'capacidad administrativa de autoordenación' (SSTC 2/1987, de 21 de enero, F. 2; 42/1987, de 7 de abril, F. 2; 69/1989, de 20 de abril, F. 1).

"Esta contextualización posible de las exigencias del principio de legalidad, que ha de ser abordada singularmente en relación con cada regulación sancionadora cuestionada, no conduce en el presente caso a modificar la conclusión de inconstitucionalidad a la que hemos llegado. En primer lugar, porque la cuestionada es una norma genérica, no específicamente destinada a regular relaciones de las denominadas 'de especial sujeción'. Y en segundo lugar, porque aunque así fuera, tal contexto puede dar lugar a una cierta modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, pero no, como en el presente caso, a su supresión. Procede recordar al respecto que las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque esta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial

relación (...) En suma, no hay fundamento alguno para que las infracciones leves que por acción u omisión puedan cometer los ciudadanos al contravenir las normas aplicables a los espectáculos deportivos 'carezcan de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE' (SSTC 132/2001, de 8 de junio [RTC 2001, 132], F. 4; 50/2003, de 17 de marzo, F. 5; y 26/2005, de 14 de febrero, F. 5, por todas)."

**Tribunal Constitucional. No es una interpretación, ni formalista, ni desproporcionada, ni arbitraria, ni irrazonable del artículo 29.1 de la LJCA, en conexión con los artículos 51.3 y 51.1 c) de la LJCA, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, declarar inadmisibles un recurso de un municipio contra el Ministerio de Fomento, en el que se alega que este ha incurrido en una inactividad impugnada en aplicación del citado artículo 29.1 de la LJCA, al no haber atendido al pago de la liquidación del impuesto de bienes inmuebles, una vez ha sido requerido en vía ejecutiva**

**Órgano:** Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

**Resolución:** Sentencia 75/2009. Recurso de amparo 6713/2006

**Fecha:** 23 de marzo de 2009

**Ponente:** Don Pablo Pérez Tremps

**Disposiciones analizadas:** Artículo 24.1 CE y artículo 29.1 LJCA, en conexión con los artículos 51.3 y 51.1 c) LJCA

**Doctrina:** No puede calificarse como una interpretación arbitraria o irrazonable argumentar, como se hace en las resoluciones impugnadas, que el artículo 29.1 de la LJCA, al definir la inactividad de la Administración impugnada en vía contencioso-administrativa, se refiere únicamente a aquellos supuestos en que la actividad de prestación que resulta obligada lo sea dentro del ámbito de sus competencias y, por tanto, que se excluye aquella que, como el pago de las deudas tributarias, deriva de una posición jurídica similar a la de los particulares. El órgano judicial podría haber realizado una interpretación de la causa de inadmisión más favorable al principio *pro actione*, pero tomando en consideración que este principio no impone la selección de la interpretación de la legalidad ordinaria más favorable a la admisión de entre todas las posibles, no cabe concluir que la interpretación resulte rigorista ni desproporcionada, ya que el órgano judicial, al señalar que el Ayuntamiento recurrente puede continuar el procedimiento de acuerdo con las normas recaudadoras, utilizando sus facultades de autotutela frente al Ministerio de Fomento, pone de manifiesto que la decisión de inadmisión no implica que se imposibilite al ente local la satisfacción de la pretensión que intentaba hacer valer en vía judicial

#### Supuesto de hecho

El Ayuntamiento de Zaragoza, tras liquidar el impuesto de bienes inmuebles correspondiente a las propiedades que tenía el Ministerio de Fomento en su demarcación, y requerir su pago por vía ejecutiva, demandó ante la Audiencia Nacional al citado Ministerio, argumentando que, al no haber atendido al pago de lo adeudado, había incurrido en una inactividad impugnada en aplicación del artículo 29.1 de la LJCA.

#### 4. Fallo de la sentencia

Por todo ello, el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional y nulo el artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, en su versión originaria, derogada posteriormente por la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

La Audiencia Nacional, en fase de admisión, puso de manifiesto a las partes su posible falta de competencia, con fundamento en que la inactividad impugnada derivaba de una reclamación tributaria, mientras que el artículo 29.1 de la LJCA se refiere únicamente a la actividad de prestación de la Administración del Estado en el ámbito de sus competencias.

El recurso fue inadmitido por auto de 27 de marzo de 2006, al considerarse que concurría la causa de inadmisión del artículo 51.1 c) de la LJCA, toda vez que se había interpuesto contra una actividad no susceptible de impugnación, ya que no existía una obligación concreta de la Administración respecto del Ayuntamiento recurrente, al resultar de sus competencias recaudadoras, destacando que el ente recurrente podía continuar el procedimiento de acuerdo con las normas recaudadoras, utilizando sus facultades de autotutela.

Interpuesto recurso de súplica, fue desestimado por auto de 6 de junio de 2006, insistiendo en el mismo argumento.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

#### Fundamentos de derecho/doctrina

El Ayuntamiento formula demanda de amparo, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en concreto del derecho de acceso a la jurisdicción, al considerar que la inadmisión de su recurso contencioso-administrativo se ha fundamentado en una interpretación del artículo 29.1, en conexión con los artículos 51.3 y 51.1 c) de la LJCA, formalista, desproporcionada, arbitraria e irrazonable.

A esos efectos, señala, por un lado, que dentro de las obligaciones de realizar una prestación concreta a que se refiere el artículo 29.1 de la LJCA están comprendidas las de carácter patrimonial y, específicamente, las tributarias, siendo prestaciones exigibles a la Administración del Estado, y, por otro, que en la resolución impugnada se ha llevado a cabo una interpretación del artículo 29.1 de la LJCA sin utilizar antecedente jurisprudencial alguno, sin atender al contenido de la exposición de motivos de la LJCA y, además, en contra

del criterio de las secciones tercera y cuarta de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que habían admitido dos recursos idénticos, así como de dos sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002 y que, en supuestos similares, fueron favorables a la máxima eficacia del principio *pro actione*.

El Tribunal Constitucional no considera la argumentación de la Audiencia Nacional ni arbitraria, ni irrazonable, ni rigorista, ni desproporcionada. Lo razona en los términos que siguen:

“(…) debe concluirse que las resoluciones impugnadas no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) del Ayuntamiento recurrente, toda vez que no puede considerarse que la decisión de inadmisión impugnada resulte arbitraria, irrazonable, rigorista o desproporcionada. En efecto, no puede calificarse como una interpretación arbitraria o irrazonable argumentar, como se hace en las resoluciones impugnadas, que el artículo 29.1 LJCA, al definir la inactividad de la Administración impugnada en vía contencioso-administrativa, se refiere únicamente a aquellos supuestos en que la actividad de prestación que resulta obligada lo sea dentro del ámbito de sus competencias y, por tanto, que se excluye aquella que, como el pago de las

deudas tributarias, deriva de una posición jurídica similar a la de los particulares, toda vez que es un razonamiento que, al margen de las discrepancias que desde la perspectiva de la legalidad ordinaria puedan sostenerse, *prima facie*, ni parte de premisas inexistentes ni incurre en quiebras lógicas.

“Del mismo modo, sin perjuicio de que, como ponen de manifiesto el ente local demandante y el Ministerio Fiscal, el órgano judicial podría haber realizado una interpretación de la causa de inadmisión más favorable al principio *pro actione*, pero tomando en consideración que este principio no impone la selección de la interpretación de la legalidad ordinaria más favorable a la admisión de entre todas las posibles, no cabe concluir que la interpretación resulte rigorista ni desproporcionada, ya que el órgano judicial, al señalar que el Ayuntamiento recurrente puede continuar el procedimiento de acuerdo con las normas recaudadoras, utilizando sus facultades de autotutela frente al Ministerio de Fomento, pone de manifiesto que la decisión de inadmisión no implica que se imposibilite al ente local la satisfacción de la pretensión que intentaba hacer valer en vía judicial.”

Por todo ello, el TC deniega el amparo solicitado por el Ayuntamiento de Zaragoza.

**Tribunal Constitucional. Vulnera el artículo 25 CE la resolución que impone una sanción pecuniaria, y es nulo el procedimiento para su cobro en vía ejecutiva, cuando ha sido dictada en un procedimiento sancionador, sin la intervención del interesado, y las notificaciones practicadas en vía edictal se basaron en datos erróneos, y la indefensión es directamente imputable a la Administración, que ignoró los sucesivos cambios de domicilio comunicados por el interesado al registro de profesionales, en el que constaba su domicilio a efectos de notificación**

**Órgano:** Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

**Resolución:** Sentencia 32/2009. Recurso de amparo 7602/2004

**Fecha:** 9 de febrero de 2009

**Ponente:** Doña Elisa Pérez Vera

**Disposiciones analizadas:** Artículo 25 CE

**Doctrina:** Para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador, debe concurrir: en primer lugar, que la persona no emplazada tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que la persona no emplazada personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente. Cuando se impone la sanción pecuniaria hasta llegar al embargo sin la intervención del interesado, deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la notificación del acuerdo de iniciación de dicho procedimiento sancionador, cuando la notificación edictal que determinó la firmeza administrativa del acto sancionador –por no recurrido– y el dictado de la providencia de apremio, sin conocimiento del recurrente, se basó en datos erróneos, y la indefensión es directamente imputable a la Administración, que ignoró los sucesivos cambios de domicilio comunicados por el actor al registro de profesionales taurinos, notificando en un domicilio antiguo y acudiendo después a la vía edictal, en detrimento del derecho de defensa del demandante

**Supuesto de hecho**

A raíz de un festejo taurino (festival benéfico con picadores), el demandante de amparo, banderillero, obstaculizó el arrastre de uno de los novillos, con el fin de que el público insistiera en la petición de trofeos. La Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía

inició, por acuerdo de fecha 20 de junio de 2001, expediente sancionador, que dio lugar a que se le impusiera una sanción de 601,01 euros, por resolución de 27 de marzo de 2002.

Los intentos de notificación del acuerdo de iniciación del expediente, que se realizaron en el antiguo domicilio del deman-

dante, resultaron infructuosos, por lo que se recurrió a la notificación edictal. La sanción no fue recurrida en alzada ni abonada, lo que dio lugar al dictado de ulteriores providencias de apremio y embargo previa expedición, en fecha 20 de diciembre de 2002, de certificación de descubierto.

Frente a las citadas resoluciones, el recurrente instó, al amparo del artículo 102 de la LRJPAC, revisión administrativa, sobre la base de que no tuvo conocimiento del procedimiento sancionador, con la consiguiente indefensión, habida cuenta de que ninguna resolución le había sido notificada en su domicilio, habiendo tenido noticia del procedimiento sancionador solo tras comunicarle su entidad bancaria las órdenes de embargo.

Dicha solicitud de nulidad fue inadmitida a trámite, en fecha 29 de octubre de 2003, "por carecer manifiestamente de fundamento", al amparo del artículo 102.3 de la LRJPAC.

Contra la inadmisión de la solicitud de nulidad, el recurrente interpuso demanda contencioso-administrativa ante los juzgados de Madrid, planteándose de oficio cuestión de competencia territorial, que fue resuelta en el sentido de estimarse incompetentes los juzgados de Madrid. Tras optar por los juzgados de lo contencioso-administrativo de Granada, se personó ante los mismos el 10 de marzo de 2004. Con fecha 9 de julio del mismo año, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Granada dictó sentencia desestimatoria.

El TC otorga el amparo solicitado, y declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE) y a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador (artículo 24.2 CE).

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TC resuelve, en primer lugar, sobre la inconstitucionalidad de la sentencia del TSJ de Granada, en cuanto que establece que la demanda contencioso-administrativa se presentó fuera de plazo. El TC anula la resolución judicial, porque aunque la resolución administrativa impugnada se notificó al recurrente el 13 de noviembre de 2003, y la demanda contencioso-administrativa no se recibió en el Juzgado Decano de Granada hasta el 10 de marzo de 2004, lo cierto es que el plazo transcurrido no responde al comportamiento del actor. El TC establece que "En efecto, el recurrente presentó la demanda el 13 de enero de 2004 ante los juzgados del orden contencioso-administrativo de Madrid en donde estaba domiciliado, es decir, reaccionó dentro del plazo de dos meses previsto en el artículo 46 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). El hecho de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid, al que correspondió el conocimiento del asunto, acordara plantear de oficio cuestión de competencia territorial, que no fue resuelta hasta el Auto de 6 de febrero de 2004, en el sentido de considerar que la competencia territorial correspondía a los juzgados de igual clase de Granada, no puede tener como consecuencia que sea la fecha en que la demanda tuvo entrada en el Juzgado Decano de

Granada la determinante para decidir sobre la temporaneidad de la demanda."

El TC, una vez rechazado que la demanda contencioso-administrativa fuera extemporánea, analiza los motivos de amparo invocados.

El Tribunal recuerda que:

"Este Tribunal ha venido [estableciendo] desde la STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18) (F. 2), hasta hoy, por todas STC 243/2007, de 10 de diciembre, la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE, y también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE. (...)

"(...) Respecto de la posibilidad de que la notificación edictal de las distintas resoluciones administrativas –productoras, según la parte, de indefensión–, pudiera considerarse bastante, hemos dicho que 'el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga. Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente (SSTC 54/2003, de 24 de marzo, F. 3; y 145/2004, de 13 de septiembre, F. 4). El problema, por tanto, debe concretarse en enjuiciar si la falta de notificación de los acuerdos de inicio de los expedientes sancionadores y de las respectivas propuestas de resolución ha ocasionado indefensión material constitucionalmente relevante al recurrente, por haber impedido su defensa, imponiéndose de plano las sanciones administrativas referidas anteriormente' (STC 70/2008, F. 5)."

El TC razona que, impuesta la sanción pecuniaria examinada hasta llegar al embargo sin la intervención del actor, queda por constatar si, de acuerdo con la doctrina expuesta, se le ha causado una efectiva imposibilidad de defensa, como consecuencia de acción u omisión administrativa.

La respuesta del tribunal es positiva porque: "(...) La inadmisión de la resolución de revisión se basó en datos erróneos,

(...) la indefensión sufrida es constitucionalmente relevante, en tanto que resulta incontrovertido que determinó la firmeza administrativa del acto sancionador –por no recurrido– y el dictado de la providencia de apremio, sin conocimiento del recurrente (...), la indefensión es directamente imputable a la Administración que ignoró los sucesivos cambios de domicilio comunicados por el actor al registro de profesionales taurinos, notificando en un domicilio antiguo y acudiendo después a la vía edictal, en detrimento del derecho de defensa del demandante.”

Por todo ello, el TC otorga el amparo solicitado; declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE) y a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador (artículo 24.2 CE), restablece al demandante en la integridad de sus derechos, y ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la notificación del acuerdo de iniciación de dicho procedimiento sancionador, a fin de que este se trámite en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados.

**Tribunal Constitucional. Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 25 CE), cuando se dicta auto de inadmisión a trámite de un incidente de nulidad de actuaciones, por considerarse que es inverosímil la inexistencia de un conocimiento extraprocesal de los propietarios no emplazados válidamente en un recurso contencioso-administrativo interpuesto el año 2003, que afirman que no han tenido conocimiento del procedimiento judicial hasta mayo del año 2006, cuando se les notifica la orden de derribo de la vivienda de su propiedad, en ejecución de la sentencia**

**Órgano:** Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

**Resolución:** Sentencia 79/2009. Recurso de amparo 7911/2006

**Fecha:** 23 de marzo de 2009

**Ponente:** Don Vicente Conde Martín de Hijas

**Disposiciones analizadas:** 24 CE

**Doctrina:** La doctrina del Tribunal Constitucional exige tres requisitos para el otorgamiento del amparo por falta de emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo: a) La titularidad por el demandante de amparo, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho e interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición de demandado o coadyuvante en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. b) La posibilidad de identificación del interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda. c) Por último, que el recurrente en amparo haya sufrido, como consecuencia de la omisión del emplazamiento, una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones.

Los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa deben comprobar y, en su caso, corregir las deficiencias en las que pueda incurrir el expediente administrativo en relación con el emplazamiento de las personas interesadas que resulten del expediente, en los términos exigidos en el artículo 49 de la LJCA, por imperativo del artículo 24.1 CE, ya que el derecho a no padecer indefensión debe ser restaurado por quien presta la tutela judicial (SSTC 197/1997, de 24 de noviembre, F. 3; 1/2000, de 17 de enero, F. 5), y disponerlo expresamente el artículo 49.3 de la LJCA.

De acuerdo con reiterada doctrina constitucional, “el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada supuestamente sin conocimiento del interesado que vaciaría de contenido constitucional su queja no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse suficientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega... afirmaciones compatibles con que, como también hemos recordado, del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que tuvo o hubo de haber tenido un conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia (SSTC 26/1999, de 8 de marzo, F. 5, y 20/2000, de 31 de enero, F. 5)” (STC 102/2003, de 2 de junio, F. 3; doctrina que reitera la STC 241/2006, de 20 de julio, F. 5)

### Supuesto de hecho

Los demandantes de amparo, de nacionalidad británica, obtuvieron licencia municipal de obras del Ayuntamiento de Vera (Almería) para construir una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable. En el expediente de solicitud de la licencia, hicieron constar expresamente que las notificaciones

se hicieran en el domicilio de la compañía que iba a llevar a cabo la edificación de la vivienda, a quien, por ese motivo, se notificó la concesión de la licencia.

Los demandantes de amparo, en fecha 5 de mayo de 2006, recibieron del Ayuntamiento de Vera la notificación de una resolución que:

–ordenaba proceder a la incoación de expediente de restauración de la legalidad urbanística, en cumplimiento de la sentencia de 19 de abril de 2004, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Almería, que anula la licencia concedida, al haber vulnerado el otorgamiento de la citada licencia, la prohibición de parcelación en suelo no urbanizable.

–ordenaba la reposición de la realidad física alterada, al momento anterior al otorgamiento de la licencia urbanística.

–ordenaba la demolición en un plazo de tres meses y a su costa, de la vivienda.

Los demandantes de amparo, ante la inaudita notificación efectuada, habida cuenta de que desconocían la existencia de cualquier controversia sobre la concesión de la licencia, se personaron en los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 354-2003 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería, y se dirigieron también al Ayuntamiento de Vera, solicitando les expidiera copia del expediente administrativo remitido al Juzgado, ya que este lo había devuelto al Ayuntamiento.

Consultado el expediente administrativo, los demandantes de amparo pudieron advertir que el recurso contencioso-administrativo se había seguido entre la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Vera, sin que ellos, dueños de la vivienda y titulares de la licencia, hubieran sido emplazados. Ante la situación de indefensión padecida, los demandantes de amparo interpusieron incidente de nulidad de actuaciones de los actos de ejecución y de la totalidad del procedimiento administrativo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería dictó la providencia de 23 de mayo de 2006, en la que, antes de resolver sobre la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones, requirió al Ayuntamiento de Vera para que enviara el expediente administrativo de referencia, con certificación del secretario expresiva de sí, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LJCA, se procedió al preceptivo emplazamiento de los terceros interesados.

El Juzgado, habida cuenta de la inexistencia de notificación alguna a los demandantes de amparo, requirió, mediante una nueva providencia, que los responsables del municipio emitieran informe del motivo por el que no se procedió al emplazamiento, y al comandante del puesto de la guardia civil de Vera, para que acreditara si los demandantes residían permanentemente en ese municipio, y si en la comandancia tuvieron conocimiento extraoficial de la existencia del recurso contencioso-administrativo.

El Ayuntamiento de Vera contestó en los siguientes términos:

“Que según los datos que se me facilitan por los Servicios Jurídicos y Administrativos de la Corporación, deducidos del propio expediente formalizado, en relación con el cumplimiento del trámite del emplazamiento a D. L. J. P. y D<sup>a</sup> H. P., dentro del procedimiento ordinario núm. 354/2003, se han detectado las incidencias que se exponen a continuación:

“1.– Que el referido emplazamiento se llevó a efecto con fecha 4 de noviembre de 2003, careciéndose de constancia documental acerca del ‘recibí’, por los interesados de la notificación en cuestión, no pudiéndose por tanto asegurar que la comunicación administrativa ha llegado a conocimiento de los afectados.

“2.– Que la ausencia del ‘recibí’, en la notificación efectuada, puede deberse al hecho, de que, tratándose los interesados de ciudadanos extranjeros sin residencia permanente en aquellos momentos en el municipio de Vera, el agente encargado de la notificación la hiciese llegar a la empresa gestora de la edificación promovida por los interesados, no haciéndose constar por el notificador tal circunstancia, ni tampoco el motivo por el cual no está firmado el pertinente acuse de recibo o en su caso, la diligencia acreditativa de negarse a firmar el oportuno ‘recibí’, la persona que se hubiere hecho cargo de la comunicación del acto administrativo objeto del presente informe.”

Por su parte, el comandante del puesto de la guardia civil de Vera contestó en los siguientes términos al requerimiento efectuado por el Juzgado:

“Que los terceros interesados D. L. J. P. y D<sup>a</sup> H. P., no viven en el domicilio de la calle Angustias núm. 4 de Vera, desconociéndose su paradero y filiaciones.

“Que el suboficial que suscribe no ha tenido conocimiento extraoficial ni oficial del recurso que se cita, sobre licencia de obras para la construcción de una vivienda en suelo clasificado como urbanizable.”

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería dictó providencia en fecha 6 de julio de 2006, inadmitiendo el incidente de nulidad de actuaciones con base en los siguientes argumentos:

“Se inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones (...), ya que, según informa la Guardia Civil, estos no residen en el domicilio consignado en la solicitud de licencia de obras, (...) por lo que no teniendo el domicilio indicado y desconociéndose su paradero, claramente se viene a evidenciar que la indefensión que invocan, en todo caso, se la habían producido ellos mismos por su propia incuria (...), conducta esta que sería predicable de cualquier persona con un mínimo de diligencia, por la indicada razón, no residir en este domicilio, al menos de forma permanente, y según informa el Alcalde del Ayuntamiento de Vera, el emplazamiento se produjo –aunque no hay constancia documental–, el día 4 de noviembre de 2003 en la gestora de la edificación; y finalmente, y a mayor abundamiento, es inverosímil que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso-administrativo el día 6 de octubre de 2003, y aunque no residan de forma permanente en España, los terceros interesados promotores del incidente de nulidad de actuaciones no hayan tenido conocimiento del procedimiento judicial hasta mayo del presente año 2006 (...).”

El TC estima la demanda de amparo, declara vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), les restablece en su derecho con retroac-

ción de las actuaciones para que se proceda a su emplazamiento en el procedimiento contencioso-administrativo, en términos respetuosos con su derecho de tutela judicial efectiva.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TC señala que la demanda de amparo se dirige contra la providencia por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, pero que, atendiendo a la fundamentación de la demanda de amparo, ha de considerarse que también constituyen su objeto las actuaciones del recurso contencioso-administrativo, en el que recayó la sentencia que declaró la nulidad de la licencia municipal de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar.

Este extremo se fundamenta en que: "(...) En parecidas ocasiones hemos sostenido que cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, deben tenerse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa (SSTC 97/1999, de 31 de enero, F. 2; 209/2001, de 22 de octubre, F. 1; 13/2002, de 28 de enero, F. 2; 40/2002, de 14 de febrero, F. 1, por todas)."

La cuestión de fondo es si ha resultado vulnerado o no el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por no haber sido emplazados en el proceso contencioso-administrativo.

### 1. La doctrina constitucional relativa, en todos los órdenes jurisdiccionales, a la efectividad de los actos de comunicación procesal, y, en particular, del emplazamiento

En relación con los emplazamientos en la jurisdicción contencioso-administrativa, el TC recuerda que ha insistido en numerosas resoluciones en: "(...) la necesidad del emplazamiento personal de quienes están legitimados para comparecer como demandados o coadyuvantes en procesos que inciden directamente en sus derechos e intereses cuando fueran conocidos e identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, en el expediente administrativo o en la demanda, suponiendo la falta de dicho emplazamiento en estos casos una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 97/1991, de 9 de mayo, F. 2; 100/1994, de 11 de abril, F. 2; 122/1998, de 15 de junio, F. 3; 126/1999, de 8 de marzo, F. 3; 1/2000, de 17 de enero, F. 3; 102/2003, de 2 de junio, F. 2; 102/2004, de 2 de junio, F. 3; 207/2005, de 18 de junio, F. 2; 246/2005, de 10 de octubre, F. 3; 124/2006, de 24 de abril, F. 2; 241/2006, de 20 de julio, F. 4; 166/2008, de 15 de diciembre, F. 2)."

La doctrina del Tribunal Constitucional exige tres requisitos para el otorgamiento del amparo por falta de emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo:

"a) La titularidad por el demandante de amparo, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho e interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición de

demandado o coadyuvante en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

"b) La posibilidad de identificación del interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.

"c) Por último, que el recurrente en amparo haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (SSTC, por todas, 102/2003, de 2 de junio, F. 2; 102/2004, de 2 de junio, F. 3; 207/2005, de 18 de junio, F. 2; 246/2005, de 10 de octubre, F. 3; 124/2006, de 24 de abril, F. 2; 241/2006, de 20 de julio, F. 4; 166/2008, de 15 de diciembre, F. 2)."

### 2. La aplicación de la doctrina del caso concreto

La aplicación de la doctrina constitucional expuesta conduce al Tribunal Constitucional a estimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta estimación se razona desde la constatación de que: a) los demandantes de amparo ostentaban un evidente y legítimo interés en el proceso contencioso-administrativo, y b) eran perfectamente identificables a partir de los datos que figuraban en el expediente administrativo, en el que constaba su identidad, así como la entidad y el domicilio de la compañía en el que habían de efectuarse las notificaciones a ellos dirigidas, por residir en el extranjero.

En lo relativo a si resulta acreditado o no, en el expediente administrativo que se practicara, el emplazamiento de los recurrentes en amparo con ocasión de la remisión del mismo al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (artículo 48 de la LJCA), el Tribunal razona que: "(...) aunque en el expediente administrativo figura un oficio de emplazamiento dirigido al demandante de amparo, no consta el domicilio al que se dirigía, ni que hubiera sido llevado a efecto, ni siquiera, en fin, resulta documentalmente acreditada la supuesta recepción del mismo o que hubiese resultado infructuosa su práctica. Por su parte, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no advirtió las deficiencias en las que incurrió el expediente administrativo en relación con el emplazamiento de los demandantes de amparo, a los efectos de disponer su subsanación de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.3 LJCA. Como hemos tenido ocasión de señalar en la STC 241/2006, de 20 de julio, la falta de emplazamiento por parte de la Administración 'debía haber sido corregida por el órgano judicial, como así resulta del artículo 24.1 CE, ya que el derecho a no padecer indefensión debe ser restaurado por quien presta la tutela judicial (SSTC 197/1997, de 24 de noviembre, F. 3; 1/2000, de 17 de enero, F. 5), y dispone expresamente el vigente artículo 49.3 LJCA, al prescribir que el Juzgado o Tribunal, a la vista del resultado de las actuaciones

administrativas y del contenido del escrito de interposición y documento anejos, comprobarán que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advierte que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables' (F. 5)."

Esta falta de emplazamiento, señala el Tribunal, de los demandantes de amparo en el proceso contencioso-administrativo, les ha producido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa, puesto que les ha impedido efectuar, en la defensa de sus derechos e intereses, las alegaciones que tuvieran por conveniente en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, que no tenían por qué coincidir necesariamente con las realizadas por el Ayuntamiento de Vera, ni obtener diferente o el mismo resultado, no existiendo dato alguno en las actuaciones, como afirma el Ministerio Fiscal, que permita deducir o inferir de manera suficiente y razonada que habían tenido un conocimiento extraprocésal del pleito. EL TC concluye que: "(...) En este sentido, frente al criterio del órgano judicial, ha de recordarse que, según reiterada doctrina constitucional, 'el conocimiento extraprocésal de la causa judicial tramitada supuestamente sin conocimiento del interesado que vaciaría de contenido constitucional su queja no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse suficientemente

para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega... afirmaciones compatibles con que, como también hemos recordado, del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que tuvo o hubo de haber tenido un conocimiento extraprocésal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia (SSTC 26/1999, de 8 de marzo, F. 5; y 20/2000, de 31 de enero, F. 5)' (STC 102/2003, de 2 de junio, F. 3; doctrina que reitera la STC 241/2006, de 20 de julio, F. 5)."

Así pues, establece el TC, ha de concluirse que los demandantes de amparo han visto lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), al no haber sido emplazados en el proceso contencioso-administrativo.

### 3. El fallo de la sentencia

El Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo; declara vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), les restablece en su derecho, y declara la nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento en que los demandantes de amparo debieron ser emplazados en el recurso contencioso-administrativo, con retroacción de dichas actuaciones a ese momento, para que se proceda a su emplazamiento en términos respetuosos con su derecho de tutela judicial efectiva.

## B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las sentencias dictadas en sendos procesos penales que condenaron a un periodista y a una sociedad rumana editora de un periódico, por la publicación de artículos denunciando la corrupción de un político, vulneraron el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio de Roma) considerado en su conjunto, incluido el modo de presentación de las pruebas, y el derecho a la libertad de expresión (artículo 10 del Convenio)**

**Órgano:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. Caso Bacanu y SC "R" SA contra Rumanía

**Fecha:** Sentencia de 3 de marzo de 2009

**Disposiciones analizadas:** Violación de los artículos 6.1 y 6.3 d) y 10 del Convenio

**Doctrina:** La misión confiada al Tribunal por el Convenio, en relación con los artículos 6.1 y 6.3 d), consiste en constatar si el proceso considerado en su conjunto, incluido el modo de presentación de las pruebas, reviste un carácter equitativo.

El artículo 6.3 d) del Convenio no exige la citación y el interrogatorio de testigos que declaren en su favor: así como lo indican las palabras "en las mismas condiciones", tiene como finalidad esencial una completa igualdad de armas en la materia. La noción de "igualdad de armas" no agota, por tanto, el contenido del párrafo 3 d) del artículo 6, tampoco el del párrafo 1, del que este apartado representa una aplicación entre muchas otras. En efecto, no basta demostrar que "el imputado" no ha podido interrogar a cierto testigo que declare en su favor; asimismo, el interesado tiene que probar que la citación de dicho testigo era necesaria para averiguar la verdad, y que la negativa a interrogarle perjudicó los derechos de la defensa.

Aunque a veces es necesario proteger a los políticos de los ataques graves y carentes de fundamento, es igualmente cierto que los límites de la crítica admisible son más amplios que respecto a un simple particular. Contrariamente a esto último, el político se expone, inevitablemente y conscientemente, a un control atento de sus hechos y gestos, tanto para los periodistas como para los ciudadanos, y, por tanto, debe mostrar una gran tolerancia. Divulgando hechos susceptibles de interesar al público y expresando opiniones al respecto, los demandantes ejercieron el papel de "perro guardián" devuelto a la prensa en una sociedad democrática, contribuyendo así a la transparencia de las actividades de las autoridades públicas. La protección ofrecida por el artículo 10 del Convenio a los periodistas está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe, de manera que ofrezcan informaciones dignas de crédito, respetando la deontología periodística

### Supuesto de hecho

En síntesis, el asunto trata de la demanda de un periodista y de una sociedad editora rumana de un periódico contra la República de Rumanía, presentada ante el TEDH el 22 de enero de 2004, por la denegación de prueba testifical en proceso penal seguido por difamación, y por entender que la condena es contraria a la libertad de expresión, dado que los hechos calificados como delictivos son la publicación de un artículo en prensa, denunciando la corrupción de un político.

El primer demandante es el redactor jefe del periódico nacional România liberă, editado por la sociedad "R", la segunda demandante es la sociedad editora.

La génesis de la información, que conllevará distintos artículos cuya publicación provocará la interposición de querrelas por injurias y calumnias, es la celebración de un contrato, el 24 de mayo de 1999, por un hombre de negocios, el señor Soria Ovidio Vântu (infra S.O.V.), y el señor Nicolae Văcăroiu (infra N.V.), vicepresidente del Partido social demócrata (infra, P.S.D.), antiguo primer ministro, vicepresidente del Senado en la época de los hechos, y posteriormente presidente del Senado, que se comprometió a hacer las gestiones necesarias para la obtención de la autorización de funcionamiento de un nuevo banco, el Banco de Inversiones y de Desarrollo, ("el Banco"), cuyo principal accionista era S.O.V. El contrato preveía una remuneración "a título gratuito", cerca de 657.000 euros (EUR). Este último formaba parte, igualmente, de los accionistas minoritarios del Banco, con una participación de 50.000.000 ROL, a saber, 0,027% del capital.

Los hechos destacados en la sentencia son:

El 31 de enero de 2000, el Banco Nacional autorizó el funcionamiento del nuevo Banco. N.V. fue nombrado presidente del Consejo de Administración, su remuneración mensual era de cerca de 10.000 dólares americanos (USD). La creación del Banco fue objeto de una gran atención por parte de la opinión pública. Algunos medios avanzaron la hipótesis de que S.O.V. había constituido el capital del Banco con cantidades invertidas por ahorradores en un fondo de inversión, el F.N.I. Este fondo, administrado por una sociedad creada por S.O.V., había quebrado en mayo de 2000, suponiendo una pérdida para varias centenas de miles de ahorradores.

En noviembre de 2000, tras las elecciones legislativas, N.V. fue elegido presidente del Senado. Sin embargo, continuó siendo director del Banco, y su salida del Consejo de Administración no fue inscrita en el registro mercantil hasta el 7 de febrero de 2001. El 9 de enero de 2002, N.V. cedió sus acciones a otro miembro del Consejo de Administración del Banco. En 2002 se inició un proceso de liquidación judicial contra el Banco, y S.O.V. fue acusado de falsificación y uso de documentos falsificados en el proceso de constitución del Banco.

A los efectos que aquí interesan, se seguirán dos procesos penales que finalizan con la condena del periodista y de la sociedad editora. En la instrucción de los procesos, la acusación sostiene que las cantidades pactadas en el contrato nunca fueron satisfechas, y otros extremos relativos a la inexistencia de enriquecimiento ilícito. La defensa para acreditar la

veracidad de las informaciones demanda la práctica de diversas pruebas testificales cuya práctica no es admitida.

Los demandantes entienden vulnerados los artículos 6.1 y 6.3 d), 10 del Convenio.

El TEDH dicta sentencia, en la que declara la violación de los artículos 6.1 y 6.3 d) y 10 del Convenio.

### Fundamentos de derecho/doctrina

#### 1. Sobre la violación de los artículos 6.1 y 6.3 d) del Convenio

El Tribunal constata que los demandantes plantearon la misma queja en los dos procesos que condujeron a sus condenas. Una la declara inadmisibles por no haberse agotado las vías de recurso internas, en aplicación de los artículos 35.1 y 35.4 del Convenio. A su vez, declara la queja admisible respecto del segundo proceso.

En cuanto al fondo, el Tribunal recuerda que la admisión de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas de Derecho interno, y que corresponde, en principio, a las jurisdicciones nacionales valorar los elementos obtenidos por ellas. La misión confiada al Tribunal por el Convenio: "consiste en constatar si el proceso considerado en su conjunto, incluido el modo de presentación de las pruebas, reviste un carácter equitativo (Van Mechelen y otros contra Países Bajos [TEDH 1997, 25], Sentencia de 23 abril 1997, ap. 50, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-III, y De Lorenzo contra Italia [dec], núm. 69264/2001, 12 febrero 2004)."

El artículo 6.3 d) del Convenio deja que sean las jurisdicciones internas, en principio, las que juzguen la utilidad de una solicitud de prueba por testigos. Este artículo es interpretado por el Tribunal del siguiente modo:

"(...) no exige (el artículo 6.3.d) la citación y el interrogatorio de testigos que declaren en su favor: así como lo indican las palabras 'en las mismas condiciones', tiene como finalidad esencial una completa igualdad de armas en la materia. La noción de 'igualdad de armas' no agota, por tanto, el contenido del párrafo 3 d) del artículo 6, tampoco el del párrafo 1 del que este apartado representa una aplicación entre muchas otras. En efecto, no basta demostrar que 'el imputado' no ha podido interrogar a cierto testigo que declare en su favor; así mismo el interesado tiene que probar que la citación de dicho testigo era necesaria para averiguar la verdad y que la negativa a interrogarle perjudicó los derechos de la defensa (Vaturi contra Francia, núm. 75699/2001, ap. 51, 13 abril 2006)."

En el análisis del caso, el Tribunal señala que un examen aislado de la denegación de las pruebas no permite afirmar la vulneración del Convenio, ya que: "(...) ha habido una confrontación directa, en vista pública, entre el querellante y los demandantes. Señala que aunque ciertas cuestiones fueron rechazadas por los jueces, otras fueron autorizadas. Ahora bien, no resulta del acta de la vista que el rechazo de las cuestiones haya sido arbitrario, o que limitara el interrogatorio hasta tal punto que los derechos de la defensa hayan sido vulnerados."

La vulneración resulta del examen del conjunto de actos llevados a cabo durante el proceso. El razonamiento del Tribunal es como sigue:

"(...) en opinión del Tribunal, del examen del conjunto de actos llevados a cabo durante el proceso considerado en su globalidad que revela en este caso un desequilibrio, que fue perjudicial para el ejercicio de los derechos de la defensa de los demandantes (ver, *mutatis mutandis*, Vaturi, previamente citado, ap. 57)."

El Tribunal señala que los demandantes no pudieron, en ninguna fase del proceso, interrogar o hacer interrogar a un testigo, a pesar de la complejidad del asunto, que trataba sobre las circunstancias controvertidas de la creación y del funcionamiento de un banco dirigido por un importante político, y que todas las medidas de instrucción solicitadas por los demandantes fueron rechazadas por los tribunales.

El razonamiento último del Tribunal es como sigue:

"(...) está sorprendido no sólo por el número de pruebas solicitadas por los demandantes que fueron rechazadas, sino sobre todo por los argumentos lapidarios y estereotipados que los Tribunales utilizaron para motivar este rechazo, teniendo en cuenta la molestia que se tomaron los demandantes en detallar las razones de sus solicitudes y la utilidad de estas pruebas.

"(...) todo el sistema de defensa adoptado por los demandantes, que reposa principalmente en la declaración de testigos de forma contradictoria y en vista pública, lo que se vio comprometido (ver, *mutatis mutandis*, Vaturi, previamente citada, ap. 58).

"(...) En estas condiciones, el Tribunal no considera que deba especular sobre el carácter fundamental o no de los interrogatorios y de otras medidas de instrucción requeridas por los demandantes, en la medida en que considera que en cualquier caso, podían haber contribuido, en las circunstancias del caso, al equilibrio y a la igualdad que debe reinar durante todo el proceso entre la acusación y la defensa. La economía general del proceso exige conceder a los demandantes la facultad de interrogar o de hacer interrogar a uno o varios testigos de su elección (ver, *mutatis mutandis*, Kostovski contra Países Bajos, 20 noviembre 1989, ap. 42, serie A, núm. 166, y Destrehem contra Francia, núm. 56651/2000, ap. 45, 18 mayo 2004)."

En conclusión, en vista de la importancia que reviste el respeto de los derechos de la defensa en el proceso penal, el Tribunal considera, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, que estos derechos han sufrido tales limitaciones que los demandantes no gozaron de un proceso equitativo. Por tanto, afirma que ha habido violación de los artículos 6.1 y 6.3 d) del Convenio.

## 2. Sobre la violación del artículo 10 del Convenio

Los demandantes alegan que sus condenas penal y civil por difamación vulneraron su derecho a la libertad de expresión en tanto que periodista y editor de prensa. Invocan el artículo 10 del Convenio, en términos del cual:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la

libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...)

"2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, (...) para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

El Tribunal señala que no se discute que las condenas en litigio constituyen "una injerencia de una autoridad pública" en el derecho de los demandantes a la libertad de expresión, que estaban "previstas por la Ley" y que perseguían una finalidad legítima, "la protección de la reputación ajena". Queda por saber si la injerencia era "necesaria en una sociedad democrática".

Al respecto, el Tribunal recuerda los principios fundamentales que se desprenden de su jurisprudencia sobre la libertad de expresión (ver, entre muchas otras, Sabor y Pircalab contra Rumanía, núm. 46572/1999, aps. 33-36, 28 septiembre 2004, y Cumpănă y Mazăre contra Rumanía [TEDH 2004, 101] [GC], núm. 33348/1996, aps. 88-91, CEDH 2004-XI).

El Tribunal señala que los artículos incriminados trataban sobre temas de interés general y de actualidad para la sociedad rumana, a saber, la corrupción alegada entre los altos responsables políticos. Afirma en este sentido que: "Aunque a veces es necesario proteger a los políticos de los ataques graves y carentes de fundamento, es igualmente cierto que los límites de la crítica admisible son más amplios que respecto a un simple particular. Contrariamente a esto último, el político se expone inevitablemente y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto para los periodistas como para los ciudadanos y, por tanto, debe mostrar una gran tolerancia (ver, entre muchas otras, Lingens contra Austria, 8 julio 1986 [TEDH 1986, 8], serie A núm. 103, pg. 26, ap. 42)."

El Tribunal considera, por tanto, "que divulgando hechos susceptibles de interesar al público y expresando opiniones al respecto, los demandantes ejercieron el papel de 'perro guardián' devuelto a la prensa en una sociedad democrática, contribuyendo así a la transparencia de las actividades de las autoridades públicas (*mutatis mutandis*, Vides Aizsardzības Klubs contra Letonia [TEDH 2004, 38], núm. 57829/2000, ap. 42, 27 mayo 2004)."

Sin embargo, el Tribunal recuerda "(...) que la protección ofrecida por el artículo 10 del Convenio a los periodistas está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe de manera que ofrezcan informaciones dignas de crédito respetando la deontología periodística (Radio France y otros contra Francia [TEDH 2004, 24], núm. 53984/2000, ap. 37, Repertorio 2004-II)."

Respecto a la buena fe, el Tribunal señala que: "(...) los artículos incriminados no trataban sobre aspectos de la vida privada de N.V., sino a comportamientos y actitudes en su condición de alto responsable político (*mutatis mutandis*, Dalban contra Rumanía [TEDH 1999, 39] [GC], núm. 28114/1995, ap. 50, CEDH 1999-VI)."

apoyaron sus acusaciones y que posteriormente, hicieron prueba de interés por su proceso en todas las fases del mismo (ver, a contrario, Cumpănă y Mazăre, previamente citada, ap. 104, Stângu y Scutelnicu contra Rumanía, Sentencia de 31 enero 2006, núm. 53899/2000, ap. 51, e Ivanciuc contra Rumanía [dec], núm. 18624/2003, 8 septiembre 2005). Por tanto, el Tribunal considera que no existen razones válidas que permitan dudar de su buena fe.”

Las acusaciones eran graves en la medida en que acusaban al senador N.V. de corrupción. Sin embargo, aunque se consideren imputaciones de hechos o en juicios de valor, el Tribunal “constata que tenían una base factual, a saber el papel jugado por N.V. en la creación del banco, materializado por el contrato de 24 mayo 1999, y el abono de importantes cantidades de dinero en su cuenta, aunque alegaba haber roto toda relación con el banco en cuestión (a contrario, Stângu contra Rumanía [dec], núm. 57551/2000, 9 noviembre 2004; Ivanciuc, citada y Tudor [núm. 2] contra Rumanía [dec], núm. 6929/2004, 15 junio 2006).”

En este contexto, las palabras duras empleadas respecto al senador N.V. no podrían considerarse, en opinión del Tribunal, “(...) acusaciones deliberadamente difamatorias, sino integrantes de una libertad periodística que comprende igualmente el posible recurso a cierta dosis de exageración, incluso de provocación (*mutatis mutandis*, Dalban [TEDH 1999, 39], citada, ap. 50 y Vides Aizardzibas Klubs contra Letonia [TEDH 2004, 38], núm. 57829/2000, ap. 46, 27 mayo 2004).”

Estos elementos bastan al Tribunal para juzgar que la condena de los demandantes era desproporcionada en relación con la finalidad legítima perseguida, y que las autoridades nacionales no ofrecieron motivos pertinentes y suficientes para justificarla.

### 3. Fallo de la sentencia

El Tribunal declara la violación de los artículos 6.1 y 6.3 d) y 10 del Convenio, de acuerdo con los fundamentos de derecho transcritos, y declara que el Estado demandado deberá abonar conjuntamente a los demandantes ocho mil ciento cincuenta euros, y rechaza el resto de la demanda de indemnización.

## C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación**

**Órgano:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-538/07. Assitur Srl contra Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano

**Fecha:** 19 de mayo de 2009

**Disposiciones analizadas:** El artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50

**Doctrina:** El artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión, con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

El Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar, de manera simultánea y en competencia en una misma licitación, a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

### Supuesto de hecho

La cuestión tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia), relativa a la interpretación del artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, así como de los principios generales de Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Assitur Srl (en lo sucesivo, “Assitur”) y la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (Cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura de Milán), relativo a la compatibilidad con las disposiciones y principios de una normativa nacional que prohíbe la participación, por separado y en competencia, en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos, a aquellas sociedades entre las que existe una relación de control, o cuando una de ellas ejerce sobre las demás una influencia considerable.

Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Al prever siete causas de exclusión de la participación en las licitaciones de contratos públicos de servicios, ¿establece el artículo 29 de la Directiva 92/50 (LEEur 1992, 2431) [...] una lista taxativa de causas de exclusión y, por tanto, se opone a que el artículo 10, apartado 1 bis, de la Ley [núm. 109/94] (actualmente sustituido por el artículo 34, último apartado, del Decreto legislativo [núm. 163/2006]) prohíba participar en la misma licitación a las empresas que se hallan en una relación de control?”

### Fundamentos de derecho/doctrina

Para responder a la cuestión, el Tribunal de Justicia señala que las siete causas de exclusión de la participación de un empresario en un contrato público establecidas en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, se refieren a la honestidad profesional, a la solvencia o a la fiabilidad del interesado, es decir, a sus cualidades profesionales (véase, en este sentido, la sentencia La Cascina y otros).

El Tribunal de Justicia recuerda que ya ha señalado que: “(...) en lo que respecta al artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, que enumera las mismas causas de exclusión que figuran en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, que la voluntad del legislador comunitario ha sido incluir en dicha disposición tan sólo las causas de exclusión relacionadas únicamente con las calidades profesionales de los interesados. En la medida en que se refiere a tales causas de exclusión, el Tribunal de Justicia considera que dicha enumeración es exhaustiva (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-0000, apartados 42 y 43, así como jurisprudencia citada).”

El Tribunal de Justicia añade: “(...) que dicha enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia Michaniki, antes citada, apartados 44 a 48, y la jurisprudencia citada).”

Resulta evidente, señala el Tribunal, que una medida legislativa nacional como la controvertida en el litigio principal, tiene como objetivo evitar toda colusión potencial entre los participantes en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos, y garantizar la igualdad de trato de los candidatos y la transparencia del procedimiento.

Por lo tanto, establece una primera conclusión:

“(...) el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que

tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.” Sin embargo, “(...) la conformidad con el Derecho comunitario de la normativa nacional controvertida en el asunto principal debe examinarse, además, con respecto al principio de proporcionalidad. A este respecto procede recordar que las normas comunitarias relativas a la adjudicación de contratos públicos se adoptaron en el marco de la realización del mercado interior, en el que esté garantizada la libre circulación y se eliminen las restricciones de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 2).”

El Tribunal examina la disposición controvertida en el litigio principal, y concluye que está redactada en términos claros e imperativos, y establece, para las entidades adjudicadoras, una obligación absoluta de excluir de un procedimiento de adjudicación de contratos a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia, cuando dichas empresas están vinculadas entre sí mediante relaciones de control.

El Tribunal de Justicia concluye que: “(...) la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario.”

Hechas las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia razona y expresa las conclusiones siguientes:

“Por lo tanto, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

“Tal normativa, basada en una presunción *iuris et de iure* según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005 [TJCE 2005, 53], Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I-1559, apartados 33 y 35, así como Michaniki, antes citada, apartado 62).

“Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza

contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.

“En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos.”

La respuesta a la cuestión planteada es:

—el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión, con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, y

—el Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

## D) Jurisdicción contencioso-administrativa

### 1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

**Tribunal Supremo. No se puede afirmar, a los efectos de denegar una medida cautelar de suspensión de la eficacia del acto de aprobación de un plan urbanístico, la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento, frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos**

#### Supuesto de hecho

La Abogacía del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 20 de abril de 2007 por el que se aprueba, supeditado a diversas correcciones, la homologación modificativa y Plan parcial del sector “El Rajolar” del municipio de Llaurí (Valencia). En otrosí del escrito de interposición del recurso se solicitaba la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, aduciendo la parte recurrente que, durante la tramitación del instrumento urbanístico impugnado, la Confederación Hidrográfica del Júcar no pudo emitir informe relativo a la disponibilidad de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas de agua vinculadas a las actuaciones urbanísticas previstas, y no menoscabar o afectar a otros usos ya existentes.

La medida cautelar solicitada fue efectivamente acordada por auto de 30 de noviembre de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana.

La representación de la Generalidad Valenciana interpuso recurso de súplica contra el auto de 30 de noviembre de 2007, en el que se acuerda la suspensión, siendo este recurso

de súplica desestimado por auto de 14 de enero de 2008 (con relación a este auto se dictó luego auto de rectificación de error material fechado a 28 de enero de 2008).

Contra el auto desestimatorio del recurso de súplica, la representación de la Generalidad Valenciana interpuso recurso de casación, en el que se aduce un único motivo de casación, la infracción de las normas legales y la jurisprudencia relativas a los requisitos que deben concurrir para la adopción de medidas cautelares.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

#### Fundamentos de derecho/doctrina

La representación de la Generalidad Valenciana argumenta que no cabe afirmar que de la ejecución del acuerdo impugnado puedan derivarse daños y perjuicios, pues la aprobación del nuevo planeamiento a que dicho acuerdo se refiere está supeditada a determinados condicionantes, consistiendo uno de ellos en que “se emita informe por la Confederación Hidrográfica del Júcar”. Estando de ese modo supeditada la efectividad de la aprobación, y no habiéndose producido la publicación del instrumento de planeamiento, este carece

de eficacia; y por ello –concluye la recurrente– no cabe afirmar que de la ejecución del acuerdo puedan derivarse daños y perjuicios.

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 790/2008

**Fecha:** 30 de marzo de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

**Demandante:** Administración del Estado

**Demandado:** Comunidad Autónoma Valenciana

**Disposiciones analizadas:** Artículo 24 CE. Artículo 25.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, redactado por la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio. Artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y de protección del paisaje

**Doctrina:** No se puede afirmar, a los efectos de denegar una medida cautelar de suspensión de la eficacia del acto de aprobación de un plan urbanístico, la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento, frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hídricos.

La doctrina de la apariencia del buen derecho requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución).

La doctrina de la apariencia del buen derecho, se utiliza solo en determinados supuestos, específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz. Por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que, por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

El TS rechaza este planteamiento en base a que:

“(…) la supeditación de la aprobación acordada presenta un importante elemento de indefinición e incertidumbre, pues el propio acuerdo impugnado señala que ‘...si transcurre el plazo de tres meses desde la solicitud del informe a la Confederación Hidrográfica del Júcar sin haber recibido contestación, se resolverá el expediente teniendo en cuenta las reglas contenidas en el auto de la Sala de lo Contencioso-Admini-

strativo, Sección 1ª del TSJCV de fecha 15 de enero de 2007 en el recurso nº 1/1003/2006).’ Es decir, que para determinar el cumplimiento del condicionante al que se dice supeditada la efectividad de la aprobación el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo se remite a las reglas establecidas en una resolución judicial cuyo contenido no nos es conocido y que, además, con toda probabilidad comporta una labor de interpretación cuyo alcance no podemos aventurar.

“En segundo lugar –y esto conecta con otro aspecto de la controversia al que seguidamente nos referimos –el argumento de que el acuerdo controvertido carece en sí mismo de efectividad se contradice con la alegación de la recurrente sobre la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento. No se entiende fácilmente cómo puede aducirse que el interés público inherente a la aprobación del planeamiento exige la no suspensión del acuerdo de aprobación cuando al mismo tiempo se está sosteniendo, para negar la procedencia de la suspensión, que el mencionado acuerdo de aprobación carece en realidad de efectividad.”

El Tribunal Supremo afirma “que tampoco puede prosperar la alegación relativa a la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento”, porque estamos “frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hídricos”. Ese alegato sobre la pretendida preeminencia del interés público urbanístico queda en buena medida desvirtuado, afirma el TS, por la alegación de la propia recurrente, relativa a que no es necesario suspender el acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento, porque este carece de efectividad. Por lo demás, concluye: “(…) las resoluciones judiciales que cita la recurrente en apoyo de su planteamiento (autos del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de mayo de 1995) en realidad poco o nada aportan al debate pues, a diferencia de lo que sucede en el caso presente, en ninguna de esas resoluciones se aborda el supuesto de dos intereses públicos en conflicto.”

El TS, para resolver el recurso, se detiene en el examen de la importancia para la concesión o no de la medida cautelar, de la existencia o inexistencia de apariencia de buen derecho en la pretensión.

Para ello, recuerda la jurisprudencia relativa a la doctrina sobre que: “(…) el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.”

En esta la misma línea se expresa, señala el TS, la sentencia de 18 de mayo de 2004 (casación 5793/01), en la que: “(…) se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace

una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.”

El TS entiende que, en este caso, ha sido aplicado de forma acertada:

“De un lado, es un hecho no controvertido que la aprobación del instrumento de planeamiento se produjo sin el preceptivo informe de la Confederación Hidrográfica previsto

en el artículo 25.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, redactado por la Disposición Final Primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio. No cabe examinar ahora, para resolver el incidente cautelar, la controversia de fondo que se suscita sobre si puede o no entenderse que tal exigencia de informe de la Confederación Hidrográfica se solapa o queda sustituida por la previsión contenida en el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y de Protección del Paisaje, que alude a un ‘...informe del organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro’. Pero, sin prejuzgar aquí esa cuestión que corresponde a la controversia de fondo, es indudable que la ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica constituye un indicio a favor de quien sostiene la ilegalidad del acuerdo impugnado; y de ello parece estar persuadida la propia Comisión Territorial de Urbanismo autora del acuerdo impugnado, pues ella misma decide supeditar la efectividad de la aprobación otorgada a que se emita informe por la Confederación Hidrográfica del Júcar.

“De otra parte, es notorio que la decisión de la Sala de instancia no descansa exclusivamente en la apreciación sobre la apariencia de buen derecho, pues esta se formula, según hemos visto, en concordancia con otros criterios y razones que sirven también de fundamento a la medida cautelar acordada.”

Por ello, el recurso de casación es desestimado.

**Tribunal Supremo. No cabe denegar petición de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, en base a la falta de concreción de la medida “respecto de fincas determinadas, cuyos propietarios obligatoriamente deberían ser oídos”, cuando la recurrente pone en su solicitud, a disposición de la Sala, la posibilidad de la concreción de las fincas afectadas por la medida y, con ello, la de sus titulares registrales, por si se considerase procedente su audiencia previa; y, por otra parte, ha ofrecido la prestación de caución**

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2698/2007

**Fecha:** 17 de marzo de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

**Demandante:** Red Eléctrica de España, S.A.

**Demandado:** Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid

**Disposiciones analizadas:** 130 a 134 LJCA, y artículo 307.6 LS 1992

**Doctrina:** Ante la petición de adopción de medidas cautelares en relación a un recurso contra el acuerdo de modificar supuestos errores de hecho en relación a un instrumento de planeamiento aprobado, los criterios de *periculum in mora* y *fumus boni iuris* han de ser modulados, respecto de la petición de suspensión del acuerdo, en el caso de la petición de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, porque esta medida cautelar no produce efectos no impeditivos del desarrollo urbanístico, y solo informativos de la existencia de un litigio.

No cabe denegar petición de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, en base a la falta de concreción de la medida “respecto de fincas determinadas, cuyos propietarios obligatoriamente deberían ser oídos”, cuando la recurrente pone en su solicitud, a disposición de la Sala, la posibilidad de la concreción de las fincas afectadas por la medida y, con ello, la de sus titulares registrales, por si se considerase procedente su audiencia previa; y, por otra parte, ha ofrecido la prestación de caución

### Supuesto de hecho

La entidad Red Eléctrica de España, S.A. interpone recurso de casación contra el auto dictado en pieza separada de medidas cautelares, por el TSJ de Madrid, de 30 de marzo de 2007, que denegó la solicitud de las medidas de suspensión y anotación preventiva de demanda, solicitadas en el recurso formulado contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se rectifica el error material detectado en la Ficha de Desarrollo del Sector del Suelo Apto para Urbanizar número 4 (Valdepozuelo), de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Loeches, debiendo corregirse en la misma la superficie total y los parámetros que de ella se deducen, edificabilidad total y número máximo de viviendas.

Las medidas cautelares solicitadas, relacionadas con la mencionada Resolución, se concretaban en las siguientes:

- a) Suspensión de la vigencia de la "supuesta corrección" de las Normas Subsidiarias del municipio de Loeches.
- b) Suspensión de la vigencia del Plan parcial de la unidad, en la medida en la que no se adecue al contenido originario de las Normas Subsidiarias.
- c) Anotación preventiva de la demanda en las fincas afectadas por la actuación.

El TS estima parcialmente el recurso, en cuanto a la anotación preventiva de demanda.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TS reitera las notas que caracterizan el sistema general de medidas cautelares previsto en la LJCA:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas solo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso."

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero."

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los

dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental, la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que, sin duda, se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia."

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose, además, que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

El TS confirma el auto respecto de la no adopción de la medida cautelar de suspensión de la eficacia del acto recurrido en base a que:

“1º. (...) desde la perspectiva del *periculum in mora* debemos rechazar la impugnación (...) por cuanto la decisión de rectificación de errores adoptada por la Administración madrileña, no resulta, en principio, como determinante de unas consecuencias fácticas y jurídicas con un grado de irreversibilidad tan elevado que convirtieran en inútil el resultado del litigio planteado. (...) la apelación a la pérdida de la finalidad legítima del recurso se nos presenta como diluida frente a la innata potencialidad de la eficacia y ejecutividad de las actuaciones y decisiones administrativas, aun tras su rectificación por la consideración de estarse en presencia de errores de los que se ocupa el artículo 105.2 LRJPA.”

“2º. Tampoco desde la segunda perspectiva (esto es, desde la ponderación de los intereses en conflicto) la pretensión suspensiva de la recurrente puede prosperar; los intereses que por la misma se esgrimen –que en modo alguno se acreditan– se sitúan en un ámbito estrictamente teórico y que, como ha expuesto la Sala de instancia, no resultan perturbados por la no adopción de la medida cautelar de suspensión denegada. Si se repara, lo pretendido por la entidad recurrente es la suspensión de unas Normas Subsidiarias y de un Plan Parcial, en los particulares de dichos instrumentos de planeamiento en que fueron modificados –en un determinado ámbito y en relación con unas concretas determinaciones– por vía de la rectificación de errores contemplada en el artículo 105.2 de la LRJPA, y ello, utilizando como argumento la defensa de un genérico interés por la preservación de la legalidad (que se sitúa en el ámbito formal del mecanismo de rectificación utilizado al efecto), así como de un interés general implícito en la actividad desarrollada por la recurrente relacionada con la distribución y transporte de la energía eléctrica. Como decimos, coincidimos con la Sala de instancia en la valoración de dichos intereses que se nos presentan teóricos y genéricos sin la cercanía necesaria para determinar la medida cautelar que se reclama.”

Tampoco, señala el TS, los dos primeros motivos de casación pueden prosperar desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho.

Cuestión distinta, afirma el Tribunal, es el motivo tercero, que se concreta en la medida cautelar, de la anotación preventiva de la demanda. Sintetiza la petición realizada del siguiente modo:

–El fundamento de la petición es el artículo 307.6 LS 1992, que establece que “serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: ... 6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.”

–La petición de anotación preventiva se señaló que se llevaría a cabo “en las fincas afectadas por la actuación (...) cuya concreción se realizará en el trámite de ejecución de la medida cautelar.”

–Finalmente, se indicó expresamente que “la representación que suscribe deja señalada su disposición a aportar

caución, si así lo estima procedente la Sección ante la cual tiene el honor de dirigirse, que se concretará en el trámite de ejecución de la medida cautelar interesada.”

La petición fue desestimada por la Sala de instancia, por la falta de concreción de la medida “respecto de fincas determinadas, cuyos propietarios obligatoriamente deberían ser oídos”, así como por la necesidad de la posterior aprobación de un plan parcial para el desarrollo del sector (al tratarse de suelo urbanizable), y por la presencia de terceros afectados.

El TS argumenta que procede autorizar la medida cautelar, de acuerdo con el razonamiento siguiente:

“(...) este motivo ha de ser acogido, y, en consecuencia, el recurso estimado, procediendo la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda solicitada. Con ello no entramos en contradicción con las valoraciones realizadas en los Fundamentos anteriores en torno al *periculum in mora* y el *fumus boni uiris* en relación con la medida cautelar de suspensión de los instrumentos de planeamiento que hemos rechazado, como hiciera la Sala de instancia, pues, en realidad, lo que acontece es que los citados argumentos –y las conclusiones alcanzadas fruto de las valoraciones de referencia– han de ser modulados en presencia de una medida cautelar distinta, cual es la anotación preventiva de la demanda que produce unos efectos no impositivos del desarrollo urbanístico, pero sí informativa de la existencia de un litigio que surge –si bien se observa– como consecuencia de una importantes modificaciones en las determinaciones urbanísticas de las Normas Subsidiarias de Loeches utilizando una vía que, por lo menos, hemos de calificar de excepcional, cual es la rectificación de errores prevista en el artículo 105.2 del LRJPA, sobre cuya legalidad no podemos definitivamente pronunciarnos.

“Los defectos formales a los que alude la Sala de instancia para rechazar la medida no son de recibo por cuanto la recurrente pone en su solicitud a disposición de la Sala la posibilidad de la concreción de las fincas que se contienen en la Unidad afectada por la medida y, con ello, la de sus titulares registrales, por si se considerase procedente su audiencia previa; por otra parte, ha ofrecido la prestación de caución, por si, igualmente, y de conformidad con el artículo 133 de la LRJCA, resultare procedente la fijación de caución compensatoria de dicha medida que, sin duda, cuenta con la virtualidad de hacer público el litigio evitando hipotéticos y habituales conflictos en el momento –en gran medida irreversible– de la ejecución de la sentencia ante la presencia de terceros que dicen desconocer todo lo jurisdiccionalmente actuado.”

Por todo ello, el TS resuelve que, por la Sala de instancia, se concrete la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, en los términos prevenidos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia.

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La posibilidad de clausura de una actividad, vinculada a la eventual ineficacia de una licencia de apertura, cuya transmisibilidad se debate en un recurso contencioso-administrativo, permite la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo recurrido, con mantenimiento de la vigencia de la licencia, ante la evidencia de los perjuicios que se pueden causar a la recurrente, y porque no consta cause perjuicios relevantes para el interés público**

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 513/2009

**Fecha:** 29 de abril de 2009

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de Portugalete

**Disposiciones analizadas:** 130 a 134 LJCA

**Doctrina:** En relación con la posibilidad de clausura de una actividad, vinculada a la eventual ineficacia de una licencia de apertura, cuya transmisibilidad se debate en un recurso contencioso-administrativo, procede la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo recurrido, con mantenimiento de la vigencia de la licencia, ante la evidencia de los perjuicios que se pueden causar a la recurrente, y porque no consta cause perjuicios relevantes al interés público, en concreto y en lo que es importante, por desarrollarse la actividad de conformidad con las pautas normativas que sean de aplicación, sobre todo desde el punto de vista medioambiental.

La no emisión de informe por la Administración demandada en el plazo de 10 días concedido por el artículo 131 de la LJCA, no significa que la no oposición a la medida cautelar implique, sin más, la adopción de las medidas cautelares, pero sí es relevante en la valoración de intereses públicos afectados

### Supuesto de hecho

El propietario de un local en el que se desarrolla una actividad de restaurante, con licencia de apertura de 1990, de la que era titular un antiguo arrendatario, recurre en apelación el auto de 24 de junio de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao, que denegó la adopción de medida cautelar de suspensión del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Portugalete, de 17 de diciembre de 2007, por el que: (1) se desestimaron las alegaciones efectuadas, entre otros, por la indicada propietaria, y se denegó la solicitud de cambio de titularidad, a su favor o, subsidiariamente, a favor de la actual arrendataria, de la licencia de apertura de establecimiento dedicado a bar-degustación, y (2) se acepta la renuncia a la licencia de apertura formulada por la titular de la licencia concedida en 1990, antigua arrendataria del local.

En el recurso de apelación se justifica la petición de la medida cautelar por el peligro de un daño futuro, señalándose que la ejecución del acto recurrido implicaría el cierre del establecimiento de hostelería, y, a su vez, que el cierre del local supondría la pérdida de los ingresos que, por el alquiler

de dicho local, recibe la apelante (pensionista); un perjuicio económico para los actuales arrendatarios, quienes lo explotan desde el 1 de junio de 2007; la pérdida del fondo de comercio por el cierre del establecimiento en relación con clientela conseguida tras 18 años de actividad, y que la licencia concedida en 1990 podría declararse caducada, dado que, si se da un cierre superior a 6 meses, podría determinar la caducidad.

La apelante razona que con la medida cautelar no se produciría lesión alguna al interés público.

El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de apelación y establece como medida cautelar la suspensión del acuerdo, manteniendo la vigencia de la licencia de apertura.

### Fundamentos de derecho/doctrina

EL TSJ del País Vasco revoca el auto recurrido, porque por una parte es evidente que los perjuicios son relevantes "(...)" en relación con la clausura de una actividad en este caso, vinculada al fracaso o finalización de previa licencia de apertura (...)", en relación con una actividad "(...)" que no consta cause perjuicios relevantes, en concreto y en lo que es importante, que no se desarrolle de conformidad con las pautas normativas que sean de aplicación, sobre todo del punto de vista medioambiental, dado que ni tan siquiera se ha trasladado por el Ayuntamiento de Portugalete que existiera una incidencia al respecto de carácter negativo para el entorno; relevante se presenta, en este momento, que, en relación con ello, ninguna reacción ha tenido el ayuntamiento."

El Tribunal otorga mucha importancia al hecho de que, en el trámite central de la pieza de medidas cautelares, se dio expreso traslado al Ayuntamiento de Portugalete para informe, sin que efectuara alegaciones en el plazo de 10 días concedido a los efectos del artículo 131 de la LJCA, por lo que "(...)" no cabe duda que de ello se ha de sacar como conclusión que el Ayuntamiento, en el trámite hábil y oportuno, no se opuso a la adopción de medidas cautelares, lo que no quiere decir que esa no oposición implique, sin más, la adopción de las medidas cautelares, pero sí que es relevante en un supuesto como el presente, en relación con la entidad de la actividad desarrollada que por sí misma es clarificadora, ello en relación con los alegatos que se han ido trasladando."

El Tribunal, en una ponderación de los intereses en conflicto, establece que debe adoptarse la medida cautelar que se interesó, en relación con la suspensión de la resolución recurrida, y destaca "que ha de entenderse con un singular contenido positivo en cuanto a que se mantenga la vigencia de la Licencia de Apertura mientras se tramita el proceso en

los autos principales, singularmente vinculado a la solicitud de cambio de titularidad en la Licencia de Apertura de 5 de Enero de 1990.”

Por todo ello, en el fallo establece, como medida cautelar, la suspensión del acuerdo de la Junta de Gobierno

Local del Ayuntamiento de Portugalete de 17 de diciembre de 2007, manteniendo la vigencia de la licencia de apertura de 5 de enero de 1990, para la instalación de bar-degustación, sin necesidad de caución.

## 2. Derechos fundamentales (protección de datos personales)

**Audiencia Nacional. Un convenio urbanístico suscrito entre un ayuntamiento y los propietarios promotores, en el que se incluyen los datos personales (nombre, apellidos, NIF y domicilio completo) tanto de los intervinientes en el mismo como de los propietarios no intervinientes, es un tratamiento de datos pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad legítima para la que dichos datos personales fueron obtenidos, por lo que se ajusta plenamente al principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD, y dicho tratamiento, en los términos indicados, no requería el consentimiento de los afectados por mor de la normativa urbanística aplicable, presidida por los principios de transparencia y publicidad, y de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD**

**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 249/2008. Recurso de casación núm. 6387/2006

**Fecha:** 11 de marzo de 2009

**Ponente:** Excm. Sra. Dña. Nieves Buisán García

**Demandante:** Ayuntamiento de Huesca

**Demandado:** Agencia Española de Protección de Datos

**Disposiciones analizadas:** Artículo 4 LOPD

**Doctrina:** La actuación policial a las 11 de la noche, para realizar gestiones a fin de determinar el censo de población de la zona, con vista a una actuación urbanística a desarrollar en la misma, dudosamente supone un tratamiento de datos por parte de tal Policía Municipal, pero, en cualquier caso, lo que es indudable es que la pertinencia o adecuación de datos que protege el artículo 4.1 de la LOPD se refiere al objeto o contenido de dicho tratamiento de datos, y nada tiene que ver con el momento, del día o de la noche, en que se realiza el mismo. Supone desconocer la normativa urbanística el hecho de considerar, como hace la Agencia de Protección de Datos, inadecuado y excesivo, de acuerdo con el artículo 4.1 de la LOPD, que en el texto de un convenio urbanístico figuren también los datos personales de quienes ni suscriben ni participan en dicho convenio, y considerar igualmente excesiva la publicación en el BOP de dicho convenio, con todos los datos personales de los que no han formado parte ni han autorizado el uso de los mismos.

Un convenio urbanístico suscrito entre un ayuntamiento y los propietarios promotores, en el que se incluyen los datos personales (nombre, apellidos, NIF y domicilio completo) tanto de los intervinientes en el mismo como de los propietarios no intervinientes, es un tratamiento de datos pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad legítima para la que dichos datos personales fueron obtenidos, por lo que se ajusta plenamente al principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD, y dicho tratamiento no requería el consentimiento de los afectados por mor de la normativa urbanística aplicable, presidida por los principios de transparencia y publicidad, y de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD

Un convenio urbanístico suscrito entre un ayuntamiento y los propietarios promotores, en el que se incluyen los datos personales (nombre, apellidos, NIF y domicilio completo) tanto de los intervinientes en el mismo como de los propietarios no intervinientes, es un tratamiento de datos pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad legítima para la que dichos datos personales fueron obtenidos, por lo que se ajusta plenamente al principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD, y dicho tratamiento no requería el consentimiento de los afectados por mor de la normativa urbanística aplicable, presidida por los principios de transparencia y publicidad, y de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD

### Supuesto de hecho

El Ayuntamiento de Huesca formula recurso contencioso-administrativo contra resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 25 de febrero de 2008, que declara que el Ayuntamiento de Huesca ha infringido lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LOPD, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley orgánica, requiriendo al mismo para que adopte las medidas de orden interno que impidan que en el futuro pueda producirse una nueva infracción de dicho artículo.

La resolución administrativa impugnada considera vulnerado el principio de proporcionalidad o pertinencia del artículo 4.1 de la LOPD, desde las siguientes perspectivas:

–En primer lugar (...) considera que no es pertinente que en el texto de un convenio (urbanístico), en que no se participa ni se suscribe, figuren los datos completos de los teóricos propietarios (solo era necesaria la referencia a la entidad de la propiedad, no del titular). Y no es adecuada ni pertinente, y, desde luego, es excesiva la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca de dicho convenio, con todos los datos personales de los que no han formado parte, ni han autorizado el uso de los mismos.

–En segundo lugar, porque por medio de los agentes de la policía local se comprobaron sobre el terreno dichos datos, actualizándolos, y la Agencia considera que el hecho del tratamiento de datos personales efectuado por la policía local no puede considerarse adecuado –horario nocturno–, pertinente y no excesivo.

–En definitiva (concluye la misma resolución) los datos que el Ayuntamiento almacena en los ficheros propios de su actividad, y los que puede obtener de otros ficheros conforme a la normativa vigente, solo pueden ser usados y tratados para los fines establecidos en dichos ficheros o en las normas que regulan ese uso, pero con los límites en el tratamiento de datos que establece la LOPD. Al no hacerlo así, el Ayuntamiento infringe el principio calidad de datos.

La Audiencia Nacional estima el recurso y anula la resolución.

### Fundamentos de derecho/doctrina

La infracción grave imputada al Ayuntamiento de Huesca, a tenor del artículo 44.3.d) de la LOPD, deriva de lo dispuesto en el artículo 4.1 de dicha LOPD, precepto según el cual: "Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido."

La Audiencia precisa el principio de proporcionalidad (cuantitativa y cualitativa) en el tratamiento de los datos personales, que deriva del artículo 4 citado. En concreto, señala que este precepto delimita el principio de proporcionalidad cuando "(...) fija los criterios de adecuación, pertinencia y ponderación, en relación con el ámbito y finalidades para las que se han obtenido los datos personales, por lo que carecería de validez la recogida de datos con finalidades indeterminadas o tan vagas o genéricas que admitieran cualquier propósito. En íntima conexión con lo anterior, se impide el uso de dichos datos para finalidades ilegítimas y no explícitas."

La Audiencia precisa también que: "(...) en el artículo 4 (se realiza) una sutil distinción entre finalidad de la recogida y finalidad del tratamiento, pues la recogida sólo puede hacerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y el tratamiento posterior no puede hacerse de manera incompatible con dichos fines. Así, y de acuerdo también con la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, si la recogida se hizo con fines determinados, cualquier uso o tratamiento posterior con finalidad distinta es incompatible con la primera finalidad que determinó la captura por lo que, en este contexto, diferente o incompatible significan lo mismo."

Estos extremos se concretan en la STC 202/1999, que señala que "en desarrollo de lo previsto en el artículo 18.4, en la LORTAD se enuncian, entre otros principios generales de la protección de datos, la congruencia y racionalidad de su utilización, en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida (apartados 1 y 2 del artículo 4), ( STC 94/1998, fundamento jurídico 4º), así como su exactitud y puesta al día (artículo 4.3). Con lo que la finalidad legítima del fichero o tratamiento se constituye en clave fundamental."

La Audiencia Nacional, hechas estas precisiones, analiza separadamente cada una de las dos conductas imputadas como infracción, para acreditar la adecuación y pertinencia, o no, de los datos personales tratados en cada caso, en relación con la finalidad para la que se obtuvieron.

En cuanto a la actuación policial, se hace mención a las actuaciones que concluyeron con el auto del Juzgado de

Instrucción núm. 1 de Huesca de sobreseimiento de las actuaciones penales iniciadas por los mismos hechos. El auto razona que lo que existe es "una solicitud de cooperación para que dicha Policía realizase las oportunas gestiones a fin de determinar el censo de población de la zona con vista a una actuación urbanística a desarrollar en la misma", y también que el denunciante califica la actuación policial de "irrupción", actuación esta de la que no se aporta indicio alguno más que la simple manifestación de parte, y que el mismo denunciante afirma que esa actuación policial lo era para beneficiar a los promotores urbanísticos y perjudicar a los vecinos de la zona, afirmación también gratuita, no corroborada por dato objetivo alguno.

La Audiencia declara su conformidad con las consideraciones que se hacen constar en la demanda: "(...) en el contexto en que se produjeron los hechos, el que un inmueble sea o no residencia hace variar notablemente su valoración, interés público y defensa de derechos de las personas afectadas."

A partir de lo anterior, reitera que la motivación de la resolución dictada por la Agencia se limita a señalar que: "El hecho de tratamiento de datos personales efectuados por la policía local no puede considerarse adecuado –horario nocturno–, pertinente y no excesivo."

La Audiencia concluye que la resolución recurrida es ilegal en este extremo, en base a lo siguiente:

–"(...) se conecta el tratamiento supuestamente inadecuado y excesivo de datos personales de los vecinos por parte de la policía local (que consistió en acudir a sus viviendas para determinar el censo de población de la zona con vista a la actuación urbanística a desarrollar), con la hora nocturna en la que se efectuó dicha labor, pues al parecer eran las 11 de la noche.

"Parece desprenderse también de las noticias de prensa que dicha actuación policial pudo ser, además de intempestiva por la hora, también intempestiva por la actitud de los agentes, más esta última circunstancia, al igual que la primera carece de incidencia alguna en este pleito, al tratarse de un 'exceso' o 'ineducación' que ninguna relación guarda con la materia de protección de datos personales que ahora se analiza.

"Además de que nos hallamos ante una actuación policial que, como recoge la propia resolución, dudosamente supone un tratamiento de datos por parte de tal Policía Municipal, lo que es indudable es que la pertinencia o adecuación de datos que protege el artículo 4.1 LOPD se refiere al objeto o contenido de dicho tratamiento de datos, y nada tiene que ver con el momento, del día o de la noche, en que se realiza el mismo, por lo que la pretensión de la demanda ha de ser estimada en este extremo."

El segundo motivo por el que se considera infringido el principio de proporcionalidad o pertinencia del artículo 4.1 de la LOPD, se basa, nos recuerda la Audiencia Nacional, en considerar inadecuado y excesivo que en el texto de un convenio urbanístico figuren también los datos personales de quienes ni suscriben ni participan en dicho convenio. Considerándose,

igualmente, excesiva la publicación en el BOP de Huesca de dicho convenio, con todos los datos personales de los que no han formado parte ni han autorizado el uso de los mismos.

La ilegalidad de la resolución en este punto se razona con esta primera consideración:

“Argumentación (de la resolución recurrida) que, con todos los respetos para tal resolución ahora recurrida y tal y como hace constar la demanda, supone desconocer la normativa urbanística.”

La publicidad del convenio viene exigida, afirma la Audiencia, por el artículo 82 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística, de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el artículo 83 siguiente y por la disposición adicional sexta de la misma Ley. Por ello:

“En consecuencia ha de considerarse conforme a derecho la argumentación de la entidad local actora en la demanda, en cuanto que es pertinente la publicación, en un Convenio urbanístico, de los datos de todas las personas afectadas por él, pues el Ayuntamiento se ha limitado a seguir el procedimiento legalmente establecido para actuaciones urbanísticas, normativa presidida por los principios de transparencia y publicidad, citando, además de los preceptos de la Ley urbanística autonómica que se acaba de exponer, también el artículo 37.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

“Y ello porque son parte interesada en un Convenio urbanístico no solo quienes firman el mismo, sino todos los ciudadanos, al ser una pluralidad indeterminada de personas los destinatarios de la acción urbanística.

“Es por ello necesario identificar a todas las personas afectadas por la acción urbanística y también es impres-

cindible que todos los interesados y afectados por el procedimiento urbanístico conozcan los datos identificativos de los demás titulares de derechos (por ejemplo, para comprobar si ha habido igualdad de trato en la valoración de sus terrenos).”

Finalmente señala que respecto a la publicación del convenio en el Boletín Oficial, la misma deriva, además, de la disposición adicional sexta.2 de la Ley urbanística de Aragón, en relación con el artículo 59 de la LRJPAC.

La conclusión es:

“Se desprende por tanto de todo lo anterior que el Convenio urbanístico suscrito el 07/06/2007 entre el Ayuntamiento de Huesca y los propietarios promotores, en el que se incluyen los datos personales (nombre, apellidos, NIF y domicilio completo) tanto de los intervinientes en el mismo como de los propietarios no intervinientes, es un tratamiento de datos pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad legítima para la que dichos datos personales fueron obtenidos, por lo que se ajusta plenamente al principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD.

“A lo que hay que añadir, para concluir, y contrariamente a lo que se indica en el hecho probado 7 de la resolución combatida, que dicho tratamiento, en los términos indicados, no requería el consentimiento de los afectados (los ciudadanos afectados por el mismo, pero que no lo suscribieron) por mor de la normativa expuesta y de conformidad con el artículo 6.2 LOPD que asimismo se cita por la entidad actora en la demanda.”

Por ello, la Audiencia Nacional estima el recurso y anula la resolución de la Agencia de Protección de Datos.

### 3. Actividad de fomento (subvenciones)

**Tribunal Supremo. No supone un supuesto de causa de fuerza mayor (causa de exoneración de las obligaciones, según dispone con carácter general el artículo 1105 del Código Civil), el incumplimiento de la obligación asumida por la beneficiaria de acreditar la efectiva realización de la actividad subvencionada, por haberse producido un incendio en el establecimiento en el que se llevaba a cabo esa actividad, antes de su comprobación material por la Administración**

#### Supuesto de hecho

El recurso de casación se interpone contra la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de una entidad mercantil contra la resolución, que dispuso: a) dejar sin efecto la Orden 7335/99, de 27 de octubre de 1999, por la que se concede una subvención a favor de la referida empresa, y b) reclamar a la entidad el reintegro de las cantidades percibidas indebidamente, por importe de 1.729.609,88 euros más los intereses devengados, que ascienden a la cantidad de 52.464,83 euros, por incumplimiento de la obligación de acreditar la efectiva realización de la actividad subvencionada.

La resolución impugnada argumenta que el incendio acaecido en el establecimiento en el que se llevaba a cabo la actividad subvencionada (proyecto de modernización y mejora tecnológica de sala de despiece de porcino y fábrica de productos y elaborados cárnicos), antes de su comprobación material por la Administración, supone un incumplimiento de la obligación asumida por la beneficiaria de acreditar la efectiva realización de la actividad subvencionada.

Explica también dicha resolución que el incendio ni puede calificarse como fuerza mayor ni como caso fortuito, de acuerdo tanto con la jurisprudencia nacional como comunitaria, dado que la actora ha incumplido su obligación de acre-

ditar la realización de la actividad subvencionada. El incendio se produjo cuando se había aportado la documentación justificativa, pero no se había podido comprobar todavía por la Administración la realidad de la actividad subvencionada.

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4361/2006

**Fecha:** 10 de marzo de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

**Demandante:** Entidad mercantil

**Demandado:** Comunidad Autónoma de Madrid

**Disposiciones analizadas:** Artículos 25 CE, 1105 del Código Civil (concepto de fuerza mayor), 209 LEC, 84 y 63.2 LRJPAC, y 8 y 11 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995

**Doctrina:** No supone un supuesto de causa de fuerza mayor (causa de exoneración de las obligaciones, según dispone con carácter general el artículo 1105 del Código Civil), el incumplimiento de la obligación asumida por la beneficiaria de acreditar la efectiva realización de la actividad subvencionada, por haberse producido un incendio en el establecimiento en el que se llevaba a cabo la actividad subvencionada, antes de su comprobación material por la Administración.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, establece que no cabe exonerar al beneficiario de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de acreditar la realización de la actividad subvencionada, cuando del examen de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se aprecia que "el retraso de la actora en terminar de aportar la documentación justificativa de la inversión [...] es el que ha determinado que la Administración tuviera que retrasar a su vez la iniciación de su tarea de comprobación material de la actividad subvencionada", y cuando "la actora no adoptó las medidas propias de un empresario diligente para evitar el incendio de su establecimiento."

El reintegro de la subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario es una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento, consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídico-administrativa en que la subvención consiste, ya que esta comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa *donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de este.

El incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución; pero de ninguna forma puede sostenerse que la devolución de la subvención concedida por el incumplimiento de esa carga —de las condiciones impuestas y aceptadas— pueda considerarse inserta en el ámbito del derecho sancionador.

La fecha en la que la actora debía haber presentado la documentación justificativa de los gastos y pagos de las inversiones realizadas era la de 30 de junio de 2001. En esta

fecha presentó alguna documentación justificativa, pero no terminó de aportarla hasta el 21 de agosto de 2001. A continuación, tras examinarse por la Administración dicha documentación, con fecha 26 de septiembre de 2001, se designó por la Administración un representante de la Intervención General de la Comunidad de Madrid para la comprobación material de la inversión subvencionada y, sin que pudiera haberse realizado, aún, la correspondiente comprobación material de dicha inversión subvencionada, con fecha 1 de octubre de 2001, se produjo el incendio en las instalaciones de la actora donde estaba realizando el proyecto subvencionado, incendio que destruyó la totalidad del establecimiento industrial.

La resolución impugnada imputa al retraso de la actora en terminar de aportar la documentación justificativa de la inversión, como causa determinante de que la Administración tuviera que retrasar, a su vez, tras el estudio de dicha documentación, la iniciación de su tarea de comprobación material de la actividad subvencionada.

El recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil, se articula en la formulación de tres motivos de casación:

—El primer motivo de casación por infracción del artículo 25 CE (principio *non bis in idem*) y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo desarrolla, según la cual, en opinión de la recurrente, la Consejería de Economía debió de abstenerse de actuar mientras no hubiese recaído pronunciamiento en el proceso penal, incoado con ocasión del incendio que destruyó el establecimiento industrial de fabricación de productos cárnicos a cuyo fin estaba destinada la subvención otorgada.

—El segundo motivo de casación, por infracción de los artículos 84 y 63.2 de la LRJPAC, imputa a la sentencia recurrida no tener en cuenta que se ha producido, en el procedimiento de revocación de la subvención, violación del principio de audiencia.

—El tercer motivo de casación, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por la vulneración del artículo 209 de la LEC y del artículo 24 CE, en cuanto que la sentencia no contiene una explicación razonada de los hechos probados y de los puntos de derecho controvertidos, pues descarta valorar la resolución del director general de Trabajo, que entendió que el incendio producido en las instalaciones industriales subvencionadas fue un caso de fuerza mayor, y aprecia la responsabilidad del empresario recurrente por *culpa in vigilando*, sin un claro desarrollo argumental.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El TS argumenta, en relación al tercer motivo de casación (fundamentado en la alegación de que la sentencia recurrida descarta valorar la resolución del director general de Trabajo, que entendió que el incendio producido en las instalaciones industriales subvencionadas fue un caso de fuerza mayor, y aprecia la responsabilidad del empresario recurrente por

*culpa in vigilando* sin un claro desarrollo argumental), que la resolución de la Administración laboral sobre despido colectivo por causas objetivas derivadas del incendio del establecimiento empresarial "(...) no puede caracterizarse de precedente vinculante, en relación con el supuesto que aquí se examina."

En relación a este motivo de casación, el Tribunal Supremo concluye:

"(...) Conforme es doctrina de esta Sala, advertida en la sentencia de 10 de marzo de 2003 'el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.'

"La proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta al caso litigioso examinado, promueve la declaración de que la Sala de instancia no ha incurrido en déficit de motivación, al constatarse que la fundamentación de la sentencia recurrida responde de forma precisa y pormenorizada a los argumentos jurídicos planteados en la demanda, en relación con la cuestión de fondo de habersele privado del derecho a la subvención cuando concurría la causa de fuerza mayor, que constituye una causa de exoneración de las obligaciones, según dispone con carácter general el artículo 1105 del Código Civil, y el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en el ámbito de las relaciones laborales, al considerar, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995, y, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que no cabe exonerar al beneficiario de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de acreditar la realización de la actividad subvencionada, cuando del examen de las circunstancias concurrentes se aprecia que 'el retraso de la actora en terminar de aportar la documentación justificativa de la inversión [...] es el que ha determinado que la Administración tuviera que retrasar a su vez la iniciación de su tarea de comprobación material de la actividad subvencionada', concluyendo que 'la actora no adoptó las medidas propias de un empresario diligente para evitar el incendio de su establecimiento', y rechazando que el Consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, al exigir el reintegro de la subvención, se estuviera apartando de lo resuelto por la autoridad laboral, en un expediente sobre despido colectivo, que no guarda relación con el supuesto examinado en este proceso."

Sobre el primer motivo de casación (la infracción del principio *non bis in idem*, que garantiza el artículo 25 CE) el Tribunal Supremo argumenta que no puede ser acogido, por las razones siguientes:

"(...) las garantías que se desprenden del reconocimiento constitucional del principio de legalidad sancionadora no son de aplicación en el ámbito objetivo de los expedientes de reintegro de subvenciones por incumplimiento de las obligaciones legales que se imponen al beneficiario, que no tienen una naturaleza sancionadora, pues la Administración no ejerce, en este supuesto, la potestad sancionadora, sino facultades de control de las subvenciones y ayudas públicas, que se corresponden con la carga jurídica que resulta del otorgamiento de la subvención, que se engarzan en el Derecho subvencional y en el Derecho presupuestario."

El TS define el reintegro de la subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario. Señala que: "(...) no puede considerarse sino como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento (...) una consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídica administrativa en que la subvención consiste, (...) la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa *donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de este."

Ese carácter de intervención de la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario, conlleva, como señala el Tribunal Supremo que: "(...) el incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución; pero de ninguna forma puede sostenerse que la devolución de la subvención concedida por el incumplimiento de esa carga —de las condiciones impuestas y aceptadas— pueda considerarse inserta en el ámbito del derecho sancionador (...)."

La jurisprudencia reconoce, junto al carácter modal de la subvención, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido; por ello afirma el TS que: "(el incumplimiento) no comporta la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJPAC (...) Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido."

Por tanto, el Tribunal Supremo sostiene que, en contra de la alegación de la recurrente, no se debía paralizar el expediente de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas mientras pendiera la causa penal, por no estar subordinada la Administración a la autoridad judicial, pues "(...) no cabe apreciar la existencia de prejudicialidad penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 LOPJ y del artículo 4 LJCA, que determine la suspensión del proceso administrativo y del

proceso contencioso-administrativo de revisión hasta que finalicen las actuaciones penales (...)", ya que "(...) la actuación administrativa se limita a reclamar el reintegro de las cantidades percibidas por incumplimiento de las obligaciones impuestas, y no está afectada o condicionada la calificación jurídica sobre la concurrencia o no de fuerza mayor, a los efectos de examinar si procede el reintegro, por la decisión que recaiga en el proceso penal."

El segundo motivo de casación, señala el Tribunal Supremo, debe ser inadmitido, "al cuestionarse aspectos procedimentales relacionados con la aplicación de la obligación de reintegro de la subvención, regulados en la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995, de 8 de marzo, que, por incardinarse en la interpretación del Derecho público de la referida Comunidad Autónoma, excede de las atribuciones en materia de resolución de recursos de casación, que competen al Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa."

Aun así, el TS examina la queja casacional por vulneración del artículo 84 de la LRJPAC, y establece que:

"(...) resulta infundada, (...) en este supuesto, la omisión del trámite de audiencia en el expediente de reintegro de la subvención no ha provocado indefensión material y efectiva,

pues el Consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid se ha limitado a aplicar a los hechos aducidos por el beneficiario la disposición legal que impone la obligación de devolver el importe de la subvención (...), por lo que cabe estimar que concurre el supuesto de prescindencia del trámite de audiencia a que alude el referido artículo 84 LRJPAC, de aplicación supletoria en este procedimiento."

Todo ello es acorde, además:

"(...) con la jurisprudencia de esta Sala (...) que debe entenderse subsanado el defecto de falta de audiencia previa del particular cuando este tuvo suficientes oportunidades de defensa en vía administrativa, amén de las que utilizó luego en la vía judicial y afirmar, en plena consonancia con la interpretación que acaba de exponerse, que, al no tratarse de un procedimiento sancionador, la falta de audiencia previa debe considerarse subsanada por la posterior interposición de los correspondientes recursos en vía administrativa y jurisdiccional y que el principio de economía procesal hace improcedente la retroacción de actuaciones. La omisión del trámite de audiencia debe considerarse, en suma, una irregularidad no invalidante o suficientemente convalidada por las actuaciones posteriores."

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima íntegramente los tres motivos de casación.

#### 4. Haciendas locales – Patrimonio de las administraciones públicas

**Tribunal Supremo. La existencia de esos cajeros automáticos instalados en la fachada de un establecimiento bancario comporta un aprovechamiento, no privativo, pero sí especial de la vía pública, por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, subsumibles en los conceptos que motivan el cobro de una tasa, previstos en el artículo 20 de la LHL**

##### Supuesto de hecho

El 23 de diciembre de 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca aprobó definitivamente el expediente de modificación de la tasa por la ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de los terrenos del dominio público local, publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares del día 31 de diciembre de 2004, estableciendo en el apartado 17 de su anexo las tarifas de la tasa para cajeros automáticos utilizables por el público desde la vía pública, en función de la categoría de la calle donde se ubica el cajero, basadas en la clasificación de vías municipales aplicable al impuesto municipal sobre actividades económicas.

La Confederación Española de Cajas de Ahorro interpuso recurso contencioso-administrativo contra el apartado 17 del anexo de la tasa el 24 de febrero de 2005. En la demanda aducía, en resumen, que se trata de un supuesto de uso común general de la vía pública, que de ser un caso de aprovechamiento especial "...debe ser atribuido... al usuario...", y que el hecho imponible creado contraviene el artículo 20.1.

de la LHL, ya que el cajero "...no está ubicado en el dominio público sino en la fachada de un edificio que es de propiedad particular...", invocándose la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004, relativa, no a cajeros como el del caso, sino a escaparates y vitrinas, y hasta siete sentencias de juzgados de lo contencioso dictadas entre 2002 y 2004.

La STSJ de las Islas Baleares desestimó el recurso y el Tribunal desestimó, a su vez, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia.

Los motivos que fundamentaron el recurso de casación desestimado, son:

1.º) Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de los artículos 20 y 57 de la LHL, en relación con los artículos 31.3 y 133.2 CE y del artículo 106.1 de la LBRL y los artículos 2.2.a) y 8 de la Ley general tributaria y jurisprudencia conexas.

2.º) Al amparo de la letra 1.d) del artículo 88 de la LJCA, por infracción de la vulneración del ejercicio libre del uso de las vías públicas reconocido en el artículo 76 RBEL.

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6387/2006

**Fecha:** 12 de febrero de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó

**Demandante:** Confederación Española de Cajas de Ahorro

**Demandado:** Ayuntamiento de Palma de Mallorca

**Disposiciones analizadas:** 20 LHL y 76 RBEL

**Doctrina:** El cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública, por lo que no cabe su calificación como de utilización privativa, pero sí comporta un aprovechamiento de aquella que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública. Ello es así porque los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de las entidades financieras; mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria, que tales entidades ofrecen a sus clientes, son prestados de forma ininterrumpida, no ya en el interior del centro bancario, sino con aprovechamiento, de forma no excluyente, pero sí especial, del espacio exterior, sobre la vía pública. El cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial, sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad.

La instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública.

Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un aprovechamiento, no privativo pero sí especial, de la vía pública, por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene, con dicha instalación, un beneficio económico específico y exclusivo, subsumible en los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa, previstos en el artículo 20 de la LHL.

La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló la STS de 28 de abril de 2004, en la que se dilucidaba la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistos desde el dominio público, no configura un aprovechamiento especial "del" dominio público, sino "desde" el dominio público".

El aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero, sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide, por tanto, su inclusión en el artículo 75 RBEL, como uso común "especial"

3.º) Al amparo de la letra 1.d) del artículo 88 de la LJCA, por infracción del artículo 23.1 del Real decreto legislativo 2/2004, desconociendo la naturaleza no contributiva de la tasa y jurisprudencia conexas.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El Tribunal Supremo hace referencia a las numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (de Castilla-La Mancha, Madrid y Cataluña) que siguen el mismo criterio que la sentencia recurrida. En síntesis, estas sentencias sostienen:

a) Que el artículo 20 de la LHL contempla dos supuestos de hecho: por un lado, la utilización privativa, y, por otro, el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público local. En el presente caso, la contraprestación pecuniaria se exige de la entidad recurrente, ya que esta resulta beneficiada de las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, produciéndose por estos una utilización del dominio público local, cual es la vía pública, obteniendo de este modo el Banco la contraprestación pecuniaria correspondiente al servicio público.

b) La función, finalidad y ubicación del cajero automático dispuesto con frente directo a la vía pública en línea de fachada (no en el interior del local en que el Banco desarrolla su actividad), constata que, mediante este sistema operativo, usual ya en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria, que tales entidades ofrecen a sus clientes, son prestados no ya en el interior del centro bancario, sino con aprovechamiento de un espacio exterior, la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones, incluso fuera del horario comercial, sin necesidad de utilizar las propias dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad y que traslada a la vía pública el desarrollo de los servicios que habrían de ser realizados en el interior.

c) Que tratándose, por tanto, de un servicio económico del que el Banco obtiene el consiguiente provecho y ventaja, que se presta en línea de fachada, hacia el exterior, que permite atender al público que deambula por la acera, y siendo en la propia vía pública donde se presta dicho servicio, hay que concluir que se produce una utilización privativa de bienes del dominio público local.

El Tribunal Supremo destaca el hecho de: "(...) que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local diese origen al abono de una tasa constituyó sin duda la innovación más significativa de la tesis de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, que sacó del campo de los precios públicos este supuesto, retornando así a la tradicional doctrina que arranca de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958, que conceptuó la utilización del dominio público como generadora del pago de una tasa, habiéndose mantenido así en toda la normativa posterior hasta

la promulgación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en la cual esta actividad pasó a conceptuarse como generadora del abono de un precio público.”

El artículo 20 de la LRHL (en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio) estableció que las entidades locales pueden establecer tasas –con carácter potestativo–, por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, si concurren estas tres circunstancias: a) que se trate de un aprovechamiento especial o privativo; b) que su uso sea legítimo, y c) que los bienes sean de dominio público local.

La cuestión litigiosa, destaca el Tribunal Supremo, ha recibido dos tratamientos distintos:

a) Para unos, no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el breve tiempo que dura el servicio del cajero, tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública.

b) Para otros, aunque el cajero esté instalado dentro del local del establecimiento bancario, es utilizado desde fuera de él, ocupándose la vía pública de un modo especial, muy distinto del mero transitar.

El TS optará por el segundo, en base a los siguientes argumentos:

–El cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública, por lo que “(...) la instalación de un cajero automático en la vía pública no cabe calificarla como de utilización privativa, (pero) sí comporta un aprovechamiento de aquella que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública.” El razonamiento se construye por el hecho de lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas: “(...) aparte de la obtención de dinero efectivo, los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras; en efecto, mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad.”

–No ofrece dudas, para el TS: “(...) que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios,

cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un aprovechamiento, no privativo pero sí especial de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, subsumible (...) en los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa.”

–Finalmente, diferencia entre la utilización de un cajero y los escaparates y vitrinas situadas en propiedad privada con frente al dominio público local. Así, señala que “(...) La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2004, en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público, pues la instalación de portadas, escaparates y vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial ‘del’ dominio público, sino ‘desde’ el dominio público (...)”

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión planteada en el recurso de casación, relativa a quién es el sujeto pasivo de esta tasa, si los clientes que utilizan el cajero o la propia entidad financiera titular del mismo.

El TS entiende que:

a) “(...) el aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide por tanto su inclusión en el artículo 75 RBEL, como uso común especial.”

b) “(...) Tratándose de un servicio financiero al cliente del que el Banco obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil, la contraprestación pecuniaria representada por la tasa debe exigírsele a los bancos o cajas de ahorro ya que son estos los que resultan beneficiados por las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, al ser en la vía pública donde se presta dicho servicio.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto por la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

## 5. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

**Tribunal Supremo. Constituye doctrina legal, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la LJCA, que el artículo 242.6 de la LS 1992 y el artículo 8.1 b), último párrafo, de la LS 2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la LRJPAC, en la versión dada al precepto por la Ley 4/1999, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística**

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación en interés de la ley núm. 45/2007

**Fecha:** 28 de enero de 2009

**Ponente:** Don Jesús Ernesto Peces Morate

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Ayuntamiento de Málaga

**Disposiciones analizadas:** El artículo 242.6 de la LS 1992, el artículo 8.1 b), último párrafo, de la LS 2008 y el artículo 43.2 de la LRJPAC, en la versión dada al precepto por la Ley 4/1999

**Doctrina:** La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, pero nunca examinó, hasta este recurso de casación en interés de ley, como cuestión central sí, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación. El Tribunal Supremo mantiene la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la LRJPAC, recogida, entre otras, en las sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2005 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora, para el TS, la necesidad de que proceda a declarar la doctrina legal (que transcribimos en el párrafo siguiente) extensiva al artículo 8.1. b), último párrafo, de la LS 2008, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

Constituye la doctrina legal, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la LJCA, a partir de la publicación de la parte dispositiva de la STS de 28 de enero de 2009, dictada en recurso de casación en interés de ley, que el artículo 242.6 de la LS 1992 y el artículo 8.1 b), último párrafo, de la LS 2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la LRJPAC, en la versión dada al precepto por la Ley 4/1999, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística

### Supuesto de hecho

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de Málaga de 15 de julio de 2002, desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, del Ayuntamiento de Málaga, que denegó una licencia de obra de mayor y desestimó la pretensión de haberla obtenido por silencio positivo. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, estimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia de instancia, y consideró que la licencia se había obtenido por silencio positivo, sin pronunciarse sobre la adecuación a la ordenación urbanística de lo obtenido por silencio.

La STSJ de Andalucía establece que la única cuestión que debe resolverse en la apelación formulada es, por deseo expreso de las partes, la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística y debemos aplicar la regulación del silencio tras la reforma realizada en la LRJPAC, por la Ley 4/1999.

En síntesis, el TSJ de Andalucía considera que la licencia urbanística, a que se contrajo el pleito sustanciado, al haber transcurrido el plazo marcado por la ley para que el Ayuntamiento resolviese, se adquirió por silencio positivo, por lo que anula la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había considerado que, conforme a lo establecido en el artículo 242.6 de la LS 1992, la licencia pedida no podía entenderse adquirida por silencio administrativo, por ser contraria al ordenamiento urbanístico.

La sentencia es recurrida por el Ayuntamiento de Málaga mediante recurso de casación en interés de ley, y el Tribunal Supremo establece la doctrina legal que entiende corresponder a la interpretación del Derecho estatal aplicable al caso.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en apoyo de su tesis, utiliza cuatro argumentos:

a) Que no existe doctrina del TS al respecto, una vez el artículo 43.2 de la LRJPAC fue modificado por la Ley 4/1999.

b) Lo declarado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en varias sentencias, entre otras la de fecha 24 de noviembre de 2006 (recurso de apelación 184/2006).

c) La Ley de ordenación urbanística de Andalucía 7/2002, aun cuando se sirve de ella como criterio exegético, ya que por razones temporales no era de aplicación.

d) Interpretar los artículos 43.2 de la LRJPAC y 242.6 de la LS 1992, en el sentido de que este último precepto es un mandato dirigido a la Administración y al solicitante de la licencia, que "intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico", lo cual, según la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia, "es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio."

La síntesis de la doctrina de la STSJ de Andalucía (y de las SSTSJ de la Comunidad valenciana que cita) es:

"(...) Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el artículo 43.3 (ha) producido el silencio administrativo positivo (y) el 'procedimiento administrativo ha finalizado.' La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto; si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo, dejase de ser operativa, sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999 ; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad '...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley...' y, en consonancia con la exposición de motivos el artículo 43.4.a) solo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo; caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo –el procedimiento ha finalizado– (artículo 43.3). Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor

tiene razón en su pretensión el Tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar la resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente. (...)

"(...) baste la lectura del artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con lo expuesto sobre la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Efectivamente hemos concluido:

"–El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo.

"–El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular.

"–En consecuencia con estas dos premisas '...no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia...', sin que nos pueda llevar a engaño el artículo 43.4.a) '...En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo...', la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo, simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones etc. pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos.

"Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por 'silencio administrativo positivo' que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra, dentro del concreto procedimiento, al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido (...) (de la legislación urbanística cuando establece que no pueden adquirirse facultades contra la ordenación urbanística) (...) dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999."

Situación que en nada difiere de la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea. La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas comunidades autónomas. En el mismo sentido el artículo 176 de la Ley aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, urbanística, "...Transcurrido el plazo de resolución sin ha-

berse notificado esta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico (...) la Sala no concede la licencia sino que reconoce que la ha obtenido por 'silencio administrativo positivo...'

Tanto el Ministerio Fiscal como el abogado del Estado aducen en sus respectivos informes que, aun cuando la tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia es errónea, al existir jurisprudencia consolidada en sentido claramente contrario al de dicha Sala sentenciadora, no es cauce adecuado el recurso de casación en interés de la ley para fijar una doctrina legal que ya existe y que ha sido infringida por aquella.

El Tribunal Supremo señala que no puede aceptar este planteamiento, porque el Tribunal Superior de Justicia se basa en la modificación introducida en el artículo 43.2 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual, a su parecer, puede separarse de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y sostener que las licencias urbanísticas contrarias a la legislación o al ordenamiento urbanístico, solo tienen como cauce de corrección la correspondiente revisión por la propia Administración como conducta obligada para esta. Señala expresamente:

"Aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación, razón por la que, en contra del parecer del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, debemos entrar a conocer del recurso de casación en interés de la ley deducido por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga."

El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la sala del TSJ de Andalucía, aunque reconoce que "(...) no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demolición, responsabilidades que, en cada caso, habrá que dirimir quién las deba soportar."

El TS recuerda que:

a) el artículo 8.1 b) de la LS 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 de la LS 1992 con una redacción más general, cuando dispone que "en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística";

b) uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico, que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir, y

c) también es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la LRJPAC, modificado por Ley 4/1999, según el cual "los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario."

Señalado lo anterior, concluye lo siguiente:

"Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 LS 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, LS 2008 y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

"Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97), 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768/98), 26 de marzo de 2005 (recurso de casación 4021/01), 3 de diciembre de 2005 (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03), 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1. b), último párrafo, LS 2008, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España."

El TS estima el recurso de casación en interés de la ley, y declara la doctrina legal que destacamos en la ficha y en el encabezamiento de este resumen.

**Tribunal Supremo. La determinación de un plan general urbanístico establecida directamente por la Comunidad autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva, que tiene por objeto exclusivo la fijación del aprovechamiento urbanístico correspondiente a un determinado ámbito del suelo urbanizable, invade el ámbito de competencias del Ayuntamiento. Desborda, sin embargo, el ámbito puramente local, y habilita para establecer la decisión discrecional a la Comunidad Autónoma, la preservación de los valores paisajísticos y la necesidad de preservar el frente marítimo**

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 67/2005

**Fecha:** 2 de abril de 2009

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

**Demandante:** Particular

**Demandado:** Administración de la Generalidad de Cataluña

**Disposiciones analizadas:** La doctrina jurisprudencial sobre el contenido, compatible con la autonomía local, de los actos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, adoptados por órganos de la Comunidad Autónoma

**Doctrina:** Si la determinación de un plan general urbanístico establecida directamente por la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva, tiene por objeto exclusivo la fijación del aprovechamiento urbanístico correspondiente a un determinado ámbito del suelo urbanizable, puede sostenerse que el acuerdo de la Administración autonómica que lo modifica está invadiendo el ámbito de competencias del Ayuntamiento, por tratarse de una determinación que solo afectaría a intereses locales. Desborda el ámbito puramente local, y habilita para establecer la decisión discrecional a la Comunidad Autónoma, la preservación de los valores paisajísticos y la necesidad de preservar el frente marítimo

### Supuesto de hecho

La STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2004 –complementada por auto de aclaración de 26 de octubre de 2004– desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución por la que se aprueba definitivamente el Plan general de ordenación urbana de Alcanar.

La parte actora mostró su disconformidad con el aprovechamiento asignado a la parcela de su propiedad (0'35 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>) destinada a camping, alegando: a) la vulneración del principio de igualdad, que fundamenta en la existencia de zonas dentro del municipio de Alcanar, y de campings en otras localidades, con edificabilidad superior a la otorgada de 0,35 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, y b) la vulneración del principio de autonomía local, por el hecho de que la edificabilidad final atribuida se modifica en el acuerdo de aprobación definitiva que adopta la Comunidad Autónoma, que altera a la baja la atribuida en la aprobación establecida acordada por el Pleno municipal.

La sentencia recurrida examina las dos cuestiones planteadas en relación a la vulneración del principio de argumentación que, en un ámbito como el planeamiento urbanístico, no puede plantearse desde el parámetro de la igualdad entendida como uniformidad, y ello es así en cuanto la potestad que se ejerce de "crear ciudad" implica siempre la adopción de criterios discrecionales sobre el territorio en el que actúa.

La decisión halla su fundamento en la especial situación de los terrenos, al hallarse situados en el frente marítimo, en una zona no consolidada por la edificación.

En relación al principio de autonomía local, la sentencia recurrida señala que no solo no consta que la Administración municipal no haya asumido pacíficamente la modificación del planeamiento, sino que, además, al afectar la decisión al frente marítimo, no puede resolverse acudiendo a la invocación de un mero interés local, pues nos hallamos ante un interés compartido, al revelarse también un interés que trasciende al propio del municipio.

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del principio de igualdad; infracción del principio de autonomía municipal, y de la jurisprudencia que delimita su significado y alcance; y en la infracción del artículo 348 de la LEC, porque la apreciación de la prueba pericial realizada por la sala de instancia no responde a las reglas de la sana crítica, debiendo reputarse ilógica.

El TS desestima el recurso.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El Tribunal Supremo destaca que los dos primeros motivos de casación reproducen las dos cuestiones centrales de la controversia planteada en el proceso de instancia, y que el tercer motivo de casación alberga, en realidad, una argumentación complementaria e instrumental, respecto de lo alegado en los motivos anteriores, pues lo que en él se plantea es que la apreciación de la prueba pericial realizada por la sala de instancia –que a juicio de la recurrente no responde a las reglas de la sana crítica y debe reputarse ilógica–, ha determinado la desacertada conclusión del órgano sentenciador respecto a aquellas dos cuestiones que constituyen el núcleo de la controversia.

En lo que se refiere a la alegada vulneración del principio de igualdad, reitera que "(...) la distinta edificabilidad en los diferentes ámbitos del suelo urbano y urbanizable, o la asignada a otras parcelas en las que también se desarrolla la actividad de camping (...) no es constitutiva de discriminación habida cuenta que responde a distintos ámbitos territoriales y que, por otra parte, no ha quedado acreditada una identidad de circunstancias que requiera la asignación de un mismo aprovechamiento."

La prueba pericial practicada acredita "(...) la singular ubicación del camping 'Els Alfacs' y las características que lo diferencian de los otros terrenos destinados a camping (...) y nada indica, frente a lo que se alega en el tercer motivo de casación, que esa valoración de la prueba pericial realizada por la Sala de instancia sea irracional o arbitraria, por lo que

no cabe que ahora en casación realicemos una valoración distinta a la reflejada en la sentencia, por más que eso sea precisamente lo que pretende la recurrente.”

Para abordar la alegación de vulneración del principio de autonomía local, el TS recuerda lo declarado en la STS de 26 de junio de 2008 (casación 4610/04):

“(…) Constituye reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que la garantía institucional de la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetar (...) A salvo ese contenido mínimo de la autonomía local, estamos ante ‘un concepto jurídico de contenido legal’, que se concreta en una garantía institucional de los elementos primarios o fundamentales, es decir, del núcleo esencial del autogobierno de los entes públicos territoriales de ámbito local, debe necesariamente ser respetado por el legislador para que dichas Administraciones sean reconocibles como entes dotados de autogobierno (...)”

“Pues bien, la expresada autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias, como señala la citada STC 240 /2006, recordando lo declarado en la también citada STC 40/1998. Ahora bien, en este ámbito sectorial confluyen intereses de diferente naturaleza y, por lo que aquí importa, de distinta intensidad y ámbito territorial, de suerte que únicamente cuando dichos intereses públicos a salvaguardar rebasan el ámbito puramente local, se legitima el control sobre el plan, en sus aspectos discrecionales (...)”

“En materia urbanística, (...), la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan. (...)”

“Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés

puramente local o municipal, o superior a este. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el Ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ex artículo 9.3 CE.

“Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supra-locales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, el posible control o modificación por la Comunidad Autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aun en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Trasladando esa doctrina al caso que nos ocupa, el TS afirma que: “(...) si la determinación controvertida tuviese por objeto exclusivo la fijación del aprovechamiento urbanístico correspondiente a un determinado ámbito del suelo urbanizable, podría sostenerse que el acuerdo de la Administración autonómica está invadiendo el ámbito de competencias del Ayuntamiento por tratarse de una determinación que sólo afectaría a intereses locales.”

En el caso examinado, concluye el TS que “(...) hay otros intereses concernidos que desbordan el ámbito puramente local, como son los valores paisajísticos y la necesidad de preservar el frente marítimo. La resolución recurrida no se limita a disponer un índice de edificabilidad máxima de 0’35 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> (...) pues esa determinación está estrechamente relacionada con el propósito declarado de preservar el valor paisajístico en ese tramo de costa.”

Por estas razones, el TS desestima el recurso de casación.

## E) Jurisdicción civil

**Audiencia Provincial de Vizcaya. La demolición de la obra paralela al puente “Zubi Zuri”, emplazado en la ciudad de Bilbao, que ha alterado esta obra de arte original, con la consiguiente violación del derecho moral a la integridad de la misma, supondría la recuperación total de este derecho moral que ha sido conculcado. Sin embargo, la demolición sería una medida absolutamente excesiva y desproporcionada de cara al interés general de la ciudadanía. El derecho moral del autor afectado puede ser compensado por equivalencia, sin necesidad, por tanto, de eliminar físicamente la obra que afecta a los derechos morales, mediante la reparación de los daños y perjuicios sufridos**

### Supuesto de hecho

El técnico redactor del proyecto del puente “Zubi Zuri” (puente blanco en euskera) de unión entre las márgenes de la ría de Bilbao, considera que el Ayuntamiento ha alterado su obra, y solicitó, mediante juicio ordinario, la condena del

Ayuntamiento de Bilbao y las sociedades Vizcaína de Edificaciones, S.A. (VIDESA) y Lariam 95, S.L.

La acción promovida, al amparo de los artículos 138 a 140 de la Ley de propiedad intelectual, pretendía, previa declaración de haberse vulnerado por los demandados el

derecho moral del autor a la integridad de la obra, que se les condenara a restituir el puente "Zubi Zuri" a su estado original y a indemnizarle en la cantidad de 250.000 euros; y, subsidiariamente, para el supuesto de que se acordara perpetuar la alteración de su obra, que se condenara a los demandados a indemnizarle en la cantidad mínima de tres millones de euros; con publicación de la sentencia en ambos supuestos.

El juez de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, mediante sentencia de 23 de noviembre de 2007, desestima la demanda.

El técnico redactor formula recurso de apelación contra esta sentencia.

La Audiencia Provincial de Vizcaya declara haber lugar, en parte, al recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia.

**Órgano:** Audiencia Provincial de Vizcaya. Sección Cuarta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 109/2007

**Sentencia:** 187/2009

**Fecha:** 10 de marzo de 2009

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpíroz

**Demandante:** Técnico redactor del proyecto de una obra pública

**Demandados:** Ayuntamiento de Bilbao y las sociedades Vizcaína de Edificaciones, S.A. (VIDESA) y Lariam 95, S.L.

**Disposiciones analizadas:** Artículo 10.1 y 14.4 de la Ley de la propiedad intelectual

**Doctrina:** La demolición de la obra paralela al puente "Zubi Zuri", objeto de protección como obra de arte original con arreglo a la Ley de propiedad intelectual, que ha sido alterada con la consiguiente violación del derecho moral a la integridad de la misma, supondría la recuperación total de este derecho moral a la integridad de la obra "Zubi Zuri", que ha sido conculcado.

Constituiría, sin embargo, una medida absolutamente excesiva y desproporcionada de cara al interés global o general de la ciudadanía, que es muy de tener en cuenta también, tanto por ser un tercero inocente en tanto que ajeno al problema suscitado entre la Administración y el arquitecto, cuanto por ser la beneficiaria de un cómodo servicio que fue programado por la entidad municipal en el marco de sus competencias administrativas.

El servicio municipal que presta la pasarela que vulnera el derecho moral a la integridad de la obra "Zubi Zuri", de origen público en cuanto dimanante de la *autoritas* de la Administración pública, quedaría, con la demolición, directa e irremisiblemente afectado por una resolución dictada por una jurisdicción distinta, como es la civil, y, además, en el entorno de un procedimiento de propiedad intelectual que, en principio, no debe guardar relación con la actuación municipal, de índole puramente administrativa.

El derecho moral del autor afectado puede ser compensado por equivalencia, sin necesidad, por tanto, de eliminar físicamente la obra que afecta a los derechos morales, mediante la reparación de los daños y perjuicios sufridos, tal y como está legalmente previsto en el artículo 140 de la Ley de propiedad intelectual

### Fundamentos de derecho/doctrina

La desestimación de la sentencia de instancia viene fundamentada, señala la Audiencia, en que "(...) aun reconociendo que se ha producido una alteración de la obra de la que el recurrente es autor, con la consiguiente violación del derecho moral a la integridad de la misma, el Juzgador de primera instancia considera que el demandante viene obligado a sufrirla en atención al servicio público al que dicha obra atiende, al tratarse de una obra pública que satisface un interés de la misma naturaleza, el cual consiste en facilitar la comunicación peatonal entre dos partes del municipio."

No comparte la Audiencia los razonamientos del juzgador, y llega a las conclusiones siguientes:

"–Primero, que el puente "Zubi Zuri" ideado y proyectado por el Sr. Aurelio es objeto de protección como obra de arte original con arreglo a la Ley de Propiedad Intelectual (lo que la Sentencia de instancia ya declaraba y que los demandados no obstante discutían, haciéndolo también en esta alzada);

"–Segundo, que la referida obra y, por tanto, el estilo arquitectónico reconocido al recurrente han sido alterados y modificados por el adosamiento en el lado del muelle de Uribarte de la pasarela ideada y proyectada por el arquitecto D. Ildefonso, construida por las demandadas Vizcaína de Edificaciones, S.A. y Lariam 95, S.L. con licencia del Ayuntamiento de Bilbao que es su titular (lo que también declaraba la sentencia recurrida, con discrepancia de los demandados);

"–Tercero, que el derecho moral que corresponde al recurrente de exigir el respeto a la integridad de su obra e impedir cualquier alteración o modificación de la misma en perjuicio de sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación, no queda anulado, solapado o excluido en el presente caso por el interés público que la obra contribuye a aportar o a satisfacer, extremo este en el que procede revocar la Sentencia dictada por el Juzgado de instancia en el sentido de afirmar expresamente que dicho derecho ha sido conculcado por los demandados, cada uno en su particular intervención (...)"

El razonamiento de la Audiencia en este punto, único con el que discrepa de la sentencia de instancia y que conlleva la estimación en parte del recurso, es que:

a) Los intereses públicos que satisfacía el puente Zubi Zuri eran la mera comunicación entre ambos márgenes de la ría, que antes no existía.

b) Los intereses públicos de mayor enjundia que justificaron la decisión de la sentencia de instancia (a saber, intereses que se concretan en permitir a las personas que puedan alcanzar la Alameda de Mazarredo desde el Campo de Volantín y viceversa, lo que es algo muy distinto de la mera comunicación entre ambos márgenes de la ría, e intereses que son el resultado de los planes urbanísticos que el Ayuntamiento de Bilbao aprobó), quedaron cumplidos (a nivel de mayor comodidad, no de mera posibilidad) con el puente "Zubi Zuri", en conjunción con la pasarela de Ildefonso, que se unió a aquel a modo de prolongación, es decir, mediante ambas obras conjuntamente.

c) Todo ello con la particularidad (y esto es importante) de que la única obra que facilita físicamente y en último término el acceso hasta la Alameda de Mazarredo es realmente la pasarela de Ildefonso, no el puente de Aurelio, puesto que, a nivel de mera posibilidad, sería factible atravesar este último sin necesidad de que sufriera modificación alguna, y, posteriormente, acceder hasta la Alameda de Mazarredo por otros medios (rampas, escaleras, ascensores) que, para la culminación definitiva del PGOU, la Administración hubiera podido arbitrar.

En definitiva, la Audiencia sostiene que el Ayuntamiento, mediante la suscripción de un convenio urbanístico, confió la promoción y ejecución del Plan parcial en esa zona a terceros promotores, que decidieron satisfacer los intereses públicos que según la sentencia obligaban a soportar la alteración de la obra, a su exclusivo y unilateral criterio. Señala textualmente la Audiencia: "Es esencial, por tanto, concluir que los únicos que tenían en su mano culminar los objetivos del PGOU sin violentar los derechos de terceros eran el Ayuntamiento de Bilbao, la promotora Campo Volantín, S.L., ligada a aquel por al correspondiente convenio urbanístico (...)"

El razonamiento que le permite llegar a esa conclusión es:

"En efecto, antes de ponerse en contacto con el Sr. Aurelio era la Administración la única que sabía, como autora del Plan general de ordenación en la zona de que se trata, que el objetivo final era, no sólo unir físicamente ambas márgenes de la ría, sino facilitar el acceso de los ciudadanos de las zonas aledañas al Campo de Volantín, Castaños, Matiko, etc. al centro de Bilbao por la Alameda de Mazarredo; aun consciente de ello, se decidió contratar a un arquitecto de prestigio, como es el Sr. Aurelio, no para que proyectara la obra completa que culminara dicho Plan general (lo que perfectamente pudieron hacer), sino para que se limitara a diseñar y construir un puente que sirviera solo para atravesar la ría desde el Campo de Volantín hasta el muelle de Uribitarte; tal decisión en absoluto es criticable, al contrario, es muy plausible la idea de adornar la ciudad con un puente proyectado por un profesional laureado y conocido en el mundo, del que ahora disfrutamos y que enriquece sin duda el patrimonio urbano de la Villa; ahora bien, lo que no es admisible es que, construido el puente 'Zubi Zuri', se completaran los objetivos del PGOU a costa de dicho puente y de los derechos intelectuales de su autor, mediante la alteración física del propio puente (rotura de barandilla) y del estilo característico que lo inspira, afectado sin duda por el añadido y prolongación de otra obra distinta, diseñada, es cierto, por otro arquitecto igualmente prestigioso y mundialmente conocido como es el Sr. Ildefonso, que favorece igualmente con el conjunto del 'Isozaki Atea' el patrimonio urbano, pero que nada tiene que ver con la técnica constructiva original y propia del Sr. Aurelio, que en consecuencia queda afectada en algún grado."

La Audiencia, una vez no acepta el único motivo que en la sentencia de instancia impidió la estimación del recurso, se pronuncia sobre las consecuencias que la violación de ese derecho moral de autor ha de conllevar o producir.

El Tribunal coincide en la línea de la fundamentación del escrito del recurso de apelación, y establece que: "(...) todo y que la demolición de la paralela Isozaki supondría la recuperación total del derecho moral a la integridad de la obra 'Zubi Zuri' que ha sido conculcado, constituiría una medida absolutamente excesiva y desproporcionada de cara al interés global o general de la ciudadanía, que es muy de tener en cuenta también en el presente caso, tanto por ser un tercero inocente en tanto que ajeno al problema suscitado entre la Administración y el arquitecto, cuanto por ser la beneficiaria de un cómodo servicio de recorrer la ciudad y acceder al centro de la misma que fue programado por la Entidad Municipal en el marco de sus competencias administrativas; servicio municipal de origen público en cuanto dimanante de la *autoritas* de la Administración Pública, que quedaría en su consecuencia directa e irremisiblemente afectado por una resolución dictada por una jurisdicción distinta, como es la civil y, además, en el entorno de un procedimiento de propiedad intelectual que en principio no debe guardar relación con la actuación municipal, de índole puramente administrativa, de la que surgió la pasarela de que se trata, sin perjuicio de todo lo argumentado hasta aquí."

Todo ello con mayor motivo porque "(...) el derecho moral del autor afectado puede ser compensado por equivalencia, sin necesidad por tanto de eliminar físicamente la obra que afecta a los derechos morales, mediante la reparación de los daños y perjuicios sufridos, tal y como está legalmente previsto en el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual."

En cuanto a la fijación de la indemnización que compense al recurrente de los daños y perjuicios sufridos por la violación de su derecho moral de autor, la Audiencia reseña que en el suplico de la demanda, la pretensión era la cantidad mínima de 3 millones de euros.

La cantidad, señala la Audiencia, "(...) nos parece total y absolutamente desproporcionada (...) rebasa toda medida de prudencia; piénsese que por el alquiler de los servicios profesionales del Sr. Aurelio como arquitecto e ingeniero para la realización del proyecto del 'Zubi Zuri', se concertó un precio de 500.000 francos suizos, equivalente según cotización de hoy a, unos 341.600 euros; (...) que supondría la cantidad actualizada según IPC de 511.000 euros a la fecha de la demanda, (subida IPC 49,6%); y sus honorarios por la dirección de obra se cifraron en el 4,5% sobre el presupuesto real de las obras (...) (y, por ello) se devengaron honorarios por importe de 135.965,31 euros, lo que implica una percepción total de 646.965 euros de la promotora Campo Volantín, S.L., por todos los conceptos derivados de la relación contractual (salvo los gastos de viajes y visitas a la obra); y es de suponer que el caché del recurrente como arquitecto será notable teniendo en cuenta su relevancia y prestigio mundial que él mismo se ha encargado de resaltar."

El recurrente, señala la Audiencia, "(...) pretende incrementar sus ingresos, por la violación de su derecho moral a que se respete la integridad de la obra, en otros 3 millones de euros, es decir, en un importe que casi quintuplica (4,6

veces) la cantidad percibida por su trabajo profesional, lo que no se explica sino por una autocomplacencia intolerable y desmedida del actor en el contenido del derecho moral sobre la obra terminada o resultado objetivo de su trabajo.”

La Audiencia establece la indemnización por daño moral de acuerdo con los parámetros que señala la Ley de propiedad intelectual para fijarla: “circunstancias de la infracción”, “gravedad de la lesión” y “grado de difusión ilícita de la obra”.

El razonamiento de la Audiencia se inicia por este último requisito, y se indica que “(...) se ignora absolutamente en qué medida se ha difundido la alteración del puente ‘Zubi Zuri’ y a qué ámbitos concretos (profesionales, sociales, geográficos, etc.) (...) (correspondía al actor), en su condición de demandante, (...) acreditar conforme al artículo 217 LEC en qué medida se ha difundido la alteración de su obra y no se ha preocupado de hacerlo (...) En definitiva y a falta de la correspondiente prueba, parece que la divulgación del ataque a su derecho moral sobre la obra se ha extendido al entorno de la ciudad de Bilbao en el que aquella se ubica y poco más; y, si no era así, se insiste en que (el actor) era el obligado a probarlo por lo que la falta de las pruebas sobre la real difusión del perjuicio sólo al recurrente ha de perjudicar.”

En cuanto al requisito de las “circunstancias de la infracción”, la Audiencia argumenta que: “(...) la infracción de la obra mediante el adosamiento de la pasarela de Ildefonso no respondió a un capricho de alguien para causar gratuitamente un daño al derecho moral del actor, sino que vino motivado por la ejecución de un plan administrativo sobre ordenación urbanística de la ciudad que facilitara el paso de los ciudadanos y les acercara al centro de la villa, lo que a la postre era un servicio público como le tilda la Sentencia de instancia; circunstancia infractora que merece tenerse en cuenta para matizar la indemnización a la que finalmente tendrá que hacer frente quien se preocupó de programar y ejecutar tal servicio (...)”

Respecto del tercer requisito de la “gravedad de la lesión”, la Audiencia asevera que “(...) en autos se han aportado diversos informes periciales con sus correspondientes fotografías que la ponen de manifiesto, el puente ideado por el Sr. Aurelio ha sido objeto de la alteración, con la pérdida de su integridad y el confusionismo de estilos arquitectónicos que objetivamente constan y que han sido declarados tanto por el Juzgado de instancia como por esta Sala; ahora bien, aún siendo esto así, también es verdad que no ha sido afectado ni en su trazado, ni en la mayor parte de su estructura, ni en sus accesos mediante rampa y escaleras en ambas orillas, ni en su denominación habitual de ‘Puente Zubi Zuri’ o ‘Puente de Aurelio’ haciendo expresa referencia a su autor; si bien afectado por la prolongación que supone la pasarela del Sr. Ildefonso, se alza no obstante majestuoso sobre la ría de Bilbao en el centro de la ciudad y sigue siendo objeto de propaganda gráfica tanto a nivel turístico como en las publicaciones sobre arquitectura en general y en las que hacen referencia a la obra del Sr. Aurelio en particular, como este mismo ha acreditado; en su consecuencia, el vocablo ‘gravedad’ en relación a la infracción que la pasarela Isozaki comporta, hay que llevarlo a sus justos caminos.”

Las anteriores consideraciones conllevan a estimar parcialmente el recurso de apelación, y a que la sentencia de la Audiencia:

–Fije a favor del autor de la obra una indemnización de 30.000 euros, como compensación a los daños y perjuicios sufridos, que será satisfecha solidariamente por los tres demandados.

–Ordene la publicación, a costa de los demandados, de la parte dispositiva de la sentencia, en el diario El Correo, en todas sus ediciones, para las distintas zonas de Vizcaya, y en otro diario o revista de alta difusión, que será elegida por el demandante en ejecución de sentencia, de conformidad con lo permitido en el artículo 138, primer párrafo “*in fine*” de la Ley de propiedad intelectual.

**Audiencia Provincial de Barcelona. Las lesiones causadas como consecuencia de la práctica de juegos infantiles inocuos y de práctica generalizada (así, por ejemplo, saltar a la comba y que la cuerda alcance el ojo de un menor que pierde la visión de ese ojo), no generan responsabilidad de los padres del menor que causa el daño, porque no se les puede atribuir una culpa *in vigilando*. Cuando “el juego” no es una actividad ni inocua, ni de práctica generalizada (en el caso examinado, “estaba estirando del árbol como si lo quisiera arrancar, y después lo soltó como si fuera un látigo”), sí que existe tal responsabilidad de los padres**

### Supuesto de hecho

Los actores, que son padres del menor de edad, Marc, que resultó lesionado cuando se encontraba jugando con otro menor, Sergi, y quedó sin visión en un ojo como resultado de esas lesiones, reclamaron de los padres de este último una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que el terrible resultado había sido consecuen-

cia de un caso fortuito, y que no se apreciaba culpa alguna de los padres.

Los demandantes formulan recurso de apelación.

A través de la prueba practicada en autos, principalmente de la declaración testifical de Don Eloy, quedó probado que el día 25 de marzo del 2005, que fue cuando ocurrieron los hechos, el menor Marc, que entonces tenía cinco años, se hallaba en su casa, situada en una urbanización de l’Ametlla

de Mar, acompañado de su hermano mayor de edad, Jonatan, cuando Don Eloy fue a buscar a este último para jugar a baloncesto, acompañándolos el menor Marc y dirigiéndose los tres a las canchas existentes en la misma urbanización.

**Órgano:** Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Decimovena. Jurisdicción civil. Recurso de apelación 483/2008

**Sentencia:** 99/2009

**Fecha:** 25 de febrero de 2009

**Ponente:** Ilma. Sra. Dña. Amelia Mateo Marco

**Demandante:** Particular

**Demandados:** Particular

**Disposiciones analizadas:** 1902 y 1903 CC

**Doctrina:** La STS de 28 de diciembre de 2001, que es el caso paradigmático de ausencia de responsabilidad de los padres por las lesiones causadas como consecuencia de la práctica de juegos infantiles, establece la falta de responsabilidad de los padres del menor, porque no puede atribuirse a una *culpa in vigilando* si se trata de un juego inocuo de práctica generalizada (en el caso de la sentencia citada, al jugar a saltar la comba la cuerda alcanza el ojo de una menor, que pierde la visión de ese ojo). Cuando “el juego” no es una actividad inocua (en el caso examinado “estaba estirando del árbol como si lo quisiera arrancar, y después lo soltó como si fuera un látigo”), que amén de ser una conducta totalmente incívica que revela una inadecuada educación imputable a los padres, entrañaba un notable riesgo atendida la proximidad de otro menor, que fue totalmente despreciado por parte del menor que manipula el árbol, ha de conllevar a declarar la responsabilidad de los padres de este menor ex artículo 1903 CC, por aparecer clara su *culpa in vigilando* de los mismos.

En cuanto al cálculo de la indemnización por la responsabilidad civil de los padres, dimanante de actos ilícitos realizados por los hijos sometidos a la patria potestad, aun cuando no resulte de aplicación directamente, el baremo establecido para los accidentes de circulación puede servir de orientación a la hora de valorar si la indemnización peticionada resulta adecuada y razonable

Fue ya en las canchas de baloncesto cuando apareció el menor Sergi, que entonces tenía diez años e iba solo, y se puso a jugar con Marc en un espacio arbolado que estaba a unos 25 metros, que fue donde ocurrieron los hechos que han dado lugar a este procedimiento, mientras Jonatan seguía en las canchas.

Los árboles existentes eran muy jóvenes, y Sergi tensó la rama de uno de ellos, soltándola al tiempo que se acercaba Marc, de modo que aquella golpeó al niño, con las fatales consecuencias de la pérdida de la visión en un ojo.

El propio Sergi admitió que fue así como sucedieron los hechos, si bien manifestó en el acto del juicio que fue porque Marc le pidió que arrancara una rama. En su confusa declaración, también intentó involucrar a Marc en el juego de arrancar o tensar la rama, diciendo que también este estiraba de la misma, lo que fue negado por el testigo presencial de los hechos, Don Carlos Manuel, que paseaba por el lugar,

el cual afirmó rotundamente que solo uno de los chicos estiraba de la rama, mientras que el otro, en referencia a Marc, se hallaba al otro lado del árbol.

### Fundamentos de derecho/doctrina

El artículo 1902 CC establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, y que el artículo 1903 CC señala que la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no solo por los actos u omisiones propias, sino por los de aquellas personas de quienes se deba responder, y que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su custodia.

La Audiencia recuerda que “(...) la jurisprudencia ha venido manteniendo constante y reiteradamente que la responsabilidad civil de los padres dimanante de actos ilícitos realizados por los hijos sometidos a la patria potestad se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que incumbe a los primeros (...). Ciertamente, la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hechos de los hijos no es una responsabilidad objetiva o por riesgo, sino que exige en cualquier caso una actuación o una omisión culposa por parte de aquellos, de modo que, ninguna culpa podrá predicarse cuando el daño se produzca en un contexto propio de juegos infantiles sin culpa alguna de los menores, entendida esta en el sentido que tiene tal concepto para un responsable civilmente. Ello es así porque entonces no podrá decirse que falló la necesaria vigilancia, desde el momento que, aun extremando aquella, no se habría evitado el daño, lo que hubiera exigido que se prohibiese el juego mismo, y dicha prohibición no sería exigible desde una perspectiva de la diligencia impuesta por el artículo 1.104 CC, aplicable también a la responsabilidad extracontractual (STS 29 mayo 1998).”

En el marco anterior, indica el Tribunal, se desenvuelven los argumentos en que se apoya la sentencia de primera instancia para desestimar la demanda. Sin embargo, para la Audiencia, el caso que enjuicia no responde en absoluto a tales parámetros. Por ello, se adentra en los antecedentes jurisprudenciales que fundamentan la sentencia recurrida, que responden a supuestos de hecho –juegos infantiles inocuos y de práctica generalizada–, no coincidentes con el que debe resolverse en este concreto pleito. Argumenta que:

1.– “(...) La STS 28 diciembre 2001, que es el caso paradigmático de ausencia de responsabilidad de los padres por las lesiones causadas como consecuencia de la práctica de juegos infantiles, y que con frecuencia aparece citada en la jurisprudencia menor para fundamentar la falta de responsabilidad de aquellos, enjuiciaba el accidente acaecido cuando la niña lesionada, que al igual que en el caso de autos perdió un ojo, jugaba a saltar a la comba junto con otras niñas en el tiempo de recreo del colegio, y al soltar uno de los extremos la hija de los demandados de quien se peticionaba la condena, la mala fortuna hizo que diera en el ojo de aquella. En esa sentencia el alto tribunal razona que la responsabilidad de los padres (...)

no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores, en cuanto que las lesiones y su secuela se han producido, cuando la niña, la lesionada, y la que pudo ocasionar la lesión, junto a otras compañeras de la misma edad, jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua y de general práctica entre las niñas de esa edad, y si se produjo ese resultado fue por un fatal accidente como así se califica en la sentencia recurrida. Es la inocuidad del juego y su práctica generalizada, que revela a su vez aquella, lo que implica la falta de responsabilidad, porque no puede atribuirse a una *culpa in vigilando* de los padres."

2.– "(...), en el caso de autos el menor Sergi no estaba realizando una actividad inocua, sino que en palabras del testigo presencial de los hechos, 'estaba estirando del árbol como si lo quisiera arrancar, y después lo soltó como si fuera un látigo', lo que amén de ser una conducta totalmente incívica que revela una inadecuada educación imputable a los padres, entrañaba

un notable riesgo atendida la proximidad de Marc, que fue totalmente despreciado por parte de Sergi, lo que ha de llevar a declarar la responsabilidad de aquellos, ex artículo 1903 CC, por aparecer clara la *culpa in vigilando* de los mismos."

En cuanto al cálculo de la indemnización, la Audiencia señala que: "(...) Aun cuando no resulte de aplicación al caso de autos, el baremo establecido para los accidentes de circulación puede servir de orientación a la hora de valorar si la indemnización peticionada resulta adecuada y razonable." A su vez, concluye que "(...) lo que hace que deba predicarse la absoluta moderación de tal pretensión (100.000 euros), si se la compara con las fijadas en el baremo para incapacidades similares, procediendo en consecuencia la estimación íntegra de la demanda."

Por todo ello, se estima totalmente el recurso y se condena solidariamente a los padres del menor causante de la lesión a pagar a los actores la cantidad de 100.000 euros, imponiéndoles las costas de la primera instancia.

## F) Jurisdicción penal

**Audiencia Provincial de Jaén. Un error sobre la impunidad, esto es, la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados, es un estado de confianza que no puede identificarse ni como ausencia de dolo, ni como error jurídico excluyente de la responsabilidad penal, ni encuadrable, por tanto, en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal**

**Órgano:** Audiencia Provincial de Jaén. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación 6/2009

**Resolución:** Sentencia 49/2008

**Fecha:** 9 de febrero de 2009

**Ponente:** Ilma. Sra. Dña. Elena Arias-Salgado Robsy

**Doctrina:** Son sujetos activos de los delitos contra la ordenación del territorio contemplados en el artículo 319 del Código Penal los promotores o dueños de las construcciones ilegales. En el caso de condena por delitos contra la ordenación del territorio por la construcción de edificios no autorizables en el suelo no urbanizable, la existencia de otras muchas construcciones ilegales en el entorno será una circunstancia a tener en cuenta en orden a la medida de demolición, y según los casos concretos, pero, desde luego, no excluye la tipicidad del hecho, ni sirve para justificar la alegación de existencia de error invencible.

Si la prueba practicada acredita que los acusados tenían conocimiento de que construían en suelo no urbanizable una construcción no autorizable, debe estimarse su conducta como dolosa, aun cuando desconocieran el alcance concreto de su acción ilegal, pues, como dice la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2006, "cosa distinta es lo que podríamos llamar un error sobre la impunidad, esto es la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Pero tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal."

### Supuesto de hecho

Los acusados, Eduardo y Gustavo, mediante escritura pública de fecha 5 de junio de 2003, adquirieron un trozo de terreno con una superficie de 25 áreas y 64 centiáreas, que dividieron en dos parcelas. El suelo estaba y está clasificado por el planeamiento urbanístico como no urbanizable.

Los acusados, que carecían de licencias urbanísticas, procedieron a la construcción, en sus respectivas parcelas, de sendos edificios de 59 y 58 metros cuadrados, destinados a viviendas unifamiliares, instalando pozos ciegos para evacuación de aguas fecales; construcciones que no son susceptibles de legalización.

El acusado Máximo, sobre una parcela de aproximadamente 1.500 metros cuadrados de superficie, adquirida mediante escritura pública de fecha 1 de marzo de 2004, emplazada en un terreno situado en el mismo paraje y término municipal, y con igual clasificación urbanística que el anteriormente descrito, careciendo de licencia, procedió a la construcción de un edificio de una planta de 172 metros cuadrados de superficie, destinada a vivienda unifamiliar, y una piscina con depuradora, así como a la instalación de un desagüe hasta una calle, que carece de sistema de alcantarillado. La construcción fue efectuada por la empresa YOLCRIS, S.L., cuya representante legal era la acusada Gracia.

Las obras fueron detectadas en el año 2004 por agentes de la Policía Local de Rus, ordenando el alcalde la paralización

de las obras, incumpliendo los acusados la mencionada medida, a excepción de Gracia, respecto de la cual no se ha acreditado que tuviera conocimiento de la orden de paralización, ni que esta orden fuera dirigida personalmente a ella.

El Juzgado de lo Penal número uno de Jaén, en el Procedimiento Abreviado núm. 147/2008, dictó sentencia de 7 de octubre de 2008 sobre los anteriores hechos, que:

a) Absolvió a Gracia del delito de desobediencia de que venía acusada y la condenó como autora de un delito contra la ordenación del territorio.

b) Condenó a Eduardo, Gustavo y Máximo como autores de un delito contra la ordenación del territorio y un delito de desobediencia a cada uno.

Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones de todos los acusados.

El recurso se estima en parte, revocando la sentencia en cuanto a la condena por el delito de desobediencia impuesta a tres de los acusados.

### Fundamentos de derecho/doctrina

En el recurso que se formula por los coimputados, D. Eduardo y D. Gustavo y D. Máximo, condenados en la sentencia que se impugna por el delito de desobediencia y por el delito contra la ordenación del territorio, la Audiencia resuelve las alegaciones de cada uno de ellos.

#### 1. El delito de desobediencia

El delito de desobediencia, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 394/2007, de 4 mayo, con cita de la de 5-6-2003, requiere:

“a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias;

“b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que este haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;

“c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.”

La Audiencia estima la apelación en este punto porque no concurren los requisitos del tipo en la actuación de los recurrentes, al constar acreditado, en el juicio celebrado, que la intervención del entonces alcalde, reconocida por el mismo tanto en sede de instrucción como en el juicio oral, les autorizó verbalmente para que utilizaran los materiales que ya tenían en las respectivas obras.

El argumento del Tribunal es:

“Si de un lado la Autoridad competente ordena paralizar las obras notificándose dicha orden a los interesados, y de

otro, tras acudir a hablar con dicha autoridad, esta indica verbalmente que pueden agotar los materiales que en dicho momento tenían en las fincas, con la razón que sea y al margen del procedimiento administrativo, es evidente que se desdibuja ese mandato imperativo cuyo respeto y obligatoriedad protege el tipo delictivo, que consecuentemente no puede calificarse de persistente y reiterado; sin que tampoco y de otro lado, pueda concluirse con la contundencia que el derecho penal y la presunción de inocencia exigen que se haya probado la intención o dolo de incumplir un mandato emitido por la autoridad competente, que en este caso actúa creando confusión en los administrados.”

#### 2. El delito contra la ordenación del territorio

Destacamos, primero, la respuesta dada por la Audiencia, a la alegación de que los imputados son simples promotores de las construcciones, careciendo de la condición de profesionales de la construcción a la que se refiere la tipificación penal. “Esta tesis ya ha sido, dice el Tribunal, descartada por la gran mayoría de las Audiencias Provinciales y hoy también por el Tribunal Supremo, que en Sentencias de 26 de junio de 2001 y 14 de mayo de 2003, concluyen considerando sujetos activos de los delitos contemplados en el artículo 319 del C. Penal a los promotores o dueños de las construcciones ilegales.”

En cuanto a la existencia de otras muchas construcciones ilegales, la Audiencia afirma que:

“Será una circunstancia a tener en cuenta en orden a la medida de demolición y según los casos concretos, pero desde luego no excluye la tipicidad del hecho, ni aún sirve para justificar la alegación de existencia de error invencible. (...) Los imputados conocían perfectamente que las construcciones que realizaban precisaban de licencia, que esta no podía concederse por la calificación del terreno. De hecho tuvieron conocimiento de la orden de paralización, y ello, como ya hemos dicho anteriormente, por más que también se les autorizara verbalmente para agotar los materiales, y seguir construyendo, supone la comisión del delito previsto en el artículo 319.2 que se les imputa. La prueba acredita que los acusados tenían conocimiento de que construían en suelo no urbanizable una construcción no autorizable, y por tanto, debe estimarse su conducta como dolosa aun cuando desconocieran el alcance concreto de su acción ilegal, pues como dice la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2006 ‘cosa distinta es lo que podríamos llamar un error sobre la impunidad, esto es la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Pero tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal.’”

Por todo ello, la Audiencia desestima el recurso en cuanto al delito contra la ordenación del territorio.

**Audiencia Provincial de Las Palmas. No se cumplen las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*, en un caso en el que, en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha obtenido la reparación oportuna de un ayuntamiento por el traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer, y en el ámbito penal, en el que se acusa a personas físicas que tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral**

**Órgano:** Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 121/2008

**Resolución:** Auto 27/2009

**Fecha:** 19 de enero de 2009

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González

**Doctrina:** No se cumplen las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*, en un caso en el que, en el ámbito administrativo, se ha obtenido la reparación oportuna por los daños físicos y morales derivados de la situación laboral a la que el recurrente fue sometido por su empleador, un ayuntamiento (su traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer), y en el ámbito penal, en el que se acusa a personas físicas que tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral; personas que no han sido ni mucho menos sancionadas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora

### Fundamentos de derecho/doctrina

La Audiencia, para resolver el recurso planteado, analiza la causa invocada por la instructora para inadmitir a trámite la querrela: la infracción del principio *non bis in idem*. Para el Juez instructor, “los mismos hechos que sirven de base a la querrela fueron ya planteados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y dieron lugar a la condena al Ayuntamiento de Telde a indemnizarlo en la cantidad de 12.000 euros por daños morales y físicos.”

#### 1. La doctrina del Tribunal Constitucional

La Audiencia advierte que la doctrina del Tribunal Constitucional en diversos supuestos, como en el auto de 26 de abril de 2004, “(...) admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración, potestad que, en ese caso, se basa, por lo tanto, en un fundamento distinto del genérico *ius puniendi* del Estado o en un interés distinto: el garantizar a través de la sanción que el servicio a los ciudadanos y a la sociedad se preste en condiciones adecuadas.

“(...) Esta dualidad sancionadora puede tener lugar mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, con independencia de su naturaleza penal o administrativa, en el seno de un único procedimiento (SSTC 159/1985, 94/1986, 154/1990, y 204/1996) o incluso gestarse en la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada. Evidentemente la situación de una dualidad de procesos penales.”

Respecto a la vulneración del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional ha reconocido que “(...) tal principio va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el artículo 25 CE, pero siempre que concede el amparo por su violación es por la existencia de dos pronunciamientos sancionadores o condenatorios ‘por una misma conducta integrada en un mismo ilícito’, pronunciamiento que se impone sobre el mismo sujeto (...)”

Para concluir la posición del Tribunal Constitucional se afirma que “(...) lo que está fuera de cualquier duda es la necesaria concurrencia de las identidades subjetiva, fáctica y de fundamentación que se han de exigir para apreciar la anterior infracción. Este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (por todas la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2003) de tal modo que la trasgresión del principio pasa por analizar la triple identidad.”

### Supuesto de hecho

Carlos Miguel inició un proceso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Telde, en el que le reclamaba el abono de una indemnización en compensación por los daños morales sufridos, a raíz de una situación de acoso laboral padecido durante varios meses, en los que fue objeto de diversos traslados, llegando a quedar aislado en una oficina en la que no tenía que realizar actividad laboral alguna. La sentencia dictada en dicho orden jurisdiccional condenó al Ayuntamiento a pagarle la cantidad de 12.000 euros, por los perjuicios morales y físicos ocasionados por la situación de acoso padecido.

Posteriormente, presentó una querrela que no fue admitida a trámite por auto de 24 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción Número Uno de los de Telde, por infringir la querrela la prohibición de *non bis in idem*, que está implícita en el artículo 25 CE.

La querrela no admitida a trámite tenía por objeto dilucidar la posible comisión, por parte de diversos integrantes de la corporación municipal, de los presuntos delitos de coacciones y contra la integridad moral, al adoptar decisiones relacionadas con el desempeño de su actividad laboral en el Ayuntamiento y que, el querellante afirma, no eran más que represalias, consecuencia de una denuncia presentada en su día contra quien posteriormente sería primer teniente de alcalde y concejal de la citada institución.

Contra el auto de no admisión a trámite interpuso recurso de alzada, que fue estimado.

## 2. La doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del principio "(...)" en la sentencia de 15 de febrero de 1997, que cita la de 23 de octubre de 1996, la compatibilidad de la jurisdicción penal y la contable; la de 24 de febrero de 1992 sobre licitud de sanción impuesta por el INSS a una empresa por incumplimiento de normas sobre seguridad en el trabajo y de la condena individualizada al ingeniero; la de 17 de febrero de 1992 que alude a la compatibilidad de sanciones por sus diferentes finalidades, naturaleza, objeto y competencia."

## 3. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 30 de julio de 1998 (asunto Oliveira), "(...)" concluyó que no existe violación del artículo 4 del Protocolo núm. 7 (relativo al principio de que nadie puede ser condenado dos veces por la misma ofensa) cuando el acto único es constitutivo de varias ofensas."

## 4. La proyección sobre el caso enjuiciado

Para la Audiencia, en proceso penal que se inicia con la querrela no admitida a trámite, "(...)" el fundamento de la pretensión no es la reparación del daño moral y físico sufrido a consecuencia de la situación personal que se le produjo a raíz de su traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer; el fundamento del presente proceso es determinar si las decisiones adoptadas por los querrelados tenían como finalidad, únicamente, infligirle un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral dirigiéndose, de forma individualizada, no en relación con el Ayuntamiento, como empleador, sino contra las personas físicas que adoptaron decisiones que, según el querellante, no eran más que una especie de venganza por haber sido denunciados en su día."

El argumento que conlleva la estimación del recurso es el que sigue:

"En consecuencia entendemos que, ni mucho menos, estamos ante un caso en el que se cumplan las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*. En un caso, en el ámbito administrativo, se ha tratado de obtener la reparación oportuna por los daños físicos y morales derivados de la situación laboral a la que el entonces recurrente fue sometido por su empleador, el Ayuntamiento de Telde. En este caso, en el ámbito penal, lo que se afirma es que las decisiones adoptadas por diversos componentes de la corporación municipal, más allá del hecho de tener o no facultad o poder para ello, tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral, de ahí que la querrela se dirija contra las personas, específicamente señaladas, que, presuntamente, con esa intención habían actuado y que, recordemos, no han sido ni mucho menos sancionadas, por lo menos no constan, en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, que es en lo que se basa la juez *a quo* para inadmitir la querrela."

Por tanto, el recurso es estimado, y la Audiencia ordena al instructor a dictar nueva resolución, con libertad de criterio, en la que o bien admita a trámite la querrela o bien disponga nuevamente su inadmisión por razones distintas a la infracción del principio de *non bis in idem*.



[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

**d** Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

