

Artículos

- Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones
Succession of sanctioning administrative rules: non-retroactivity and exceptions
MANUEL REBOLLO PUIG 6-32
- Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales
Application of the special administrative laws for the Next Generation EU funds to local governments
FRANCISCO VELASCO CABALLERO 33-52
- La graduación *ad hoc* de las infracciones. motivos para la discusión
Ad hoc graduation of offences. reasons for discussion
MIGUEL CASINO RUBIO 53-70
- Cuestiones jurídicas sobre el papel de los entes locales en la transición energética: hacia la producción y el consumo del hidrógeno renovable
Legal issues on the role of local authorities in the energy transition: going to the production and consumption of renewable hydrogen
CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ 71-97
- ¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?
Is it possible to create mixed-economy companies to manage local public services in the framework of service contracts and service concessions?
DIANA SANTIAGO IGLESIAS 98-117

Estudios breves

- El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo
Legal framework for homeworking in public employment: comparative analysis
ARIANA EXPÓSITO GÁZQUEZ 118-133

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Un comentario a propósito del artículo 68.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de la sentencia de casación de la sala tercera del tribunal supremo 954/2021, de 21 de julio
A comment in relation to article 68.4 from administrative procedure common and judgment of casation of third room the Supreme Court 954/2021, 1st of July
PATRICIA SORIANO BAUTISTA / MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ 134-149
- ¿Las cláusulas sociales en los contratos públicos favorecen a las entidades del tercer sector? La evolución de la contratación pública local en el ámbito de los servicios de atención a las personas en Barcelona
Do social clauses in contracts favor third-sector social entities? The evolution of local public procurement in the field of services to people in Barcelona
MARC MARTÍ-COSTA / CECILIA ISABEL CONDE LÓPEZ 150-172
- Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador
Notes on the act of initiation of the sanctioning procedure
JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA 173-189



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **16**
Nueva época
Octubre, **2021**



FECYT-204/2021
Fecha de confirmación: 12 de julio de 2019 (9ª convocatoria)
Vigencia hasta: 30 de julio de 2021



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 278-19-015-5
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<https://publicacionesoficiales.boe.es/>

Director: José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España)
Secretaría: Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España). Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú). Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España). Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaría), Universidad de Córdoba (España).

CONSEJO CIENTÍFICO

Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Mariano López Benítez, Universidad de Córdoba (España). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Edorta Cobrerros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Francisco Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Gerona (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Gimeno Feliú, Universidad de Zaragoza (España). Luis Míguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Estanislao Arana García, Universidad de Granada (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Juan José Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Giuseppe Piperata, Universidad de Venecia (Italia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur (Brasil). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia).

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (**REALA**), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **REALA** es una publicación de periodicidad semestral (abril-octubre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



REALA se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / Table of contents

Artículos

Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones

Succession of sanctioning administrative rules: non-retroactivity and exceptions

MANUEL REBOLLO PUIG 6

Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales

Application of the special administrative laws for the Next Generation EU funds to local governments

FRANCISCO VELASCO CABALLERO 33

La graduación *ad hoc* de las infracciones. motivos para la discusión

Ad hoc graduation of offences. reasons for discussion

MIGUEL CASINO RUBIO 53

Cuestiones jurídicas sobre el papel de los entes locales en la transición energética: hacia la producción y el consumo del hidrógeno renovable

Legal issues on the role of local authorities in the energy transition: going to the production and consumption of renewable hydrogen

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ 71

¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?

Is it possible to create mixed-economy companies to manage local public services in the framework of service contracts and service concessions?

DIANA SANTIAGO IGLESIAS 98

Estudios breves

El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo

Legal framework for homeworking in public employment: comparative analysis

ARIANA EXPÓSITO GÁZQUEZ 118

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

Un comentario a propósito del artículo 68.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de la sentencia de casación de la sala tercera del tribunal supremo 954/2021, de 21 de julio

A comment in relation to article 68.4 from administrative procedure common and judgment of cassation of third room the Supreme Court 954/2021, 1st of July

PATRICIA SORIANO BAUTISTA / MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ 134

¿Las cláusulas sociales en los contratos públicos favorecen a las entidades del tercer sector? La evolución de la contratación pública local en el ámbito de los servicios de atención a las personas en Barcelona

Do social clauses in contracts favor third-sector social entities? The evolution of local public procurement in the field of services to people in Barcelona

MARC MARTÍ-COSTA / CECILIA ISABEL CONDE LÓPEZ 150

Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador

Notes on the act of initiation of the sanctioning procedure

JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA 173



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 24-06-2021
Aceptado: 09-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10961>
Páginas: 6-32

Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones

Succession of sanctioning administrative rules: non-retroactivity and exceptions

Manuel Rebollo Puig
Universidad de Córdoba (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4803-7967>
manuel.rebollo.puig@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: Fuentes del Derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, Derecho Administrativo sancionador.

RESUMEN

En Derecho Administrativo sancionador se parte de reglas claras sobre la retroactividad o irretroactividad de sus normas. Pero su aplicación suscita dudas. Para solventarlas, se ha analizado separadamente la regla de la prohibición de la retroactividad desfavorable y la de la obligada retroactividad favorable. Las soluciones que se ofrecen respecto a la primera, cuyos fundamentos son sólidos, tienden a su radical entendimiento; pero se excluye de su ámbito las normas procedimentales y las relativas a la ejecución de las sanciones. Además, se aborda la cuestión del momento en que han de entenderse cometidas las infracciones. Muy distinto es el enfoque que merece la regla de la obligada retroactividad favorable, de fundamento positivo y material más endeble. Con ese punto de vista, se trata de restringir su ámbito de aplicación para no llevarla más allá de los casos en que el legislador ha cambiado su valoración negativa de la conducta. Asimismo, se analiza hasta qué momento cabe esta aplicación retroactiva. Y para ambas reglas se exponen las consecuencias de su violación y las vías de reacción.

PALABRAS CLAVE

Infracciones y sanciones administrativas; Retroactividad e irretroactividad.

ABSTRACT

This paper analyses the principle of non-retroactivity and its application in the field of administrative sanctions, where there are clear rules about the retroactivity and the non-retroactivity of sanctioning norms but also doubts about its application. To solve them, the principle of non-retroactivity of unfavourable rules is studied as well as the rule of obligatory favourable retroactivity. Regarding the first principle, its validity seems peaceful, although its application is excluded with respect to procedural norms and those related to the execution of sanctions. Also, it is analysed the moment when the infractions must be understood to have been committed. The rule of favourable retroactivity is studied in a very different way. It is intended to restrict its scope of application to implement this rule only in cases in which the legislator has changed his negative assessment of the conduct. It also analyses up to what point this rule can be applied. Finally, this work exposes the consequences of the violation of both rules, as well as the possible ways of reaction.

KEYWORDS

Administrative offences and sanctions; Retroactivity and non-retroactivity.

SUMARIO

1. LAS DOS REGLAS QUE DISCIPLINAN LA SUCESIÓN DE NORMAS PUNITIVAS. DISTINCIÓN ENTRE NORMA POSTERIORES FAVORABLES Y DESFAVORABLES. 2. LA PROHIBIDA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS DESFAVORABLES. 2.1. FUNDAMENTO. 2.2. ELEMENTOS DE LAS NORMAS SANCIONADORAS CON RETROACTIVIDAD IN PEIUS PROHIBIDA. 2.3. IRRETROACTIVIDAD IN PEIUS DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS Y DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS. 2.4. IRRETROACTIVIDAD IN PEIUS DE LAS NORMAS NO SANCIONADORAS EN CUANTO SE INTEGRAN CON LAS SANCIONADORAS. 2.5. IRRETROACTIVIDAD DE LA HABILITACIÓN LEGAL A REGLAMENTOS SANCIONADORES. 2.6. EXCLUSIÓN DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES. 2.7. SOBRE LAS NORMAS RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. 2.8. MOMENTO EN QUE HAN DE ENTENDERSE COMETIDAS LAS INFRACCIONES A ESTOS EFECTOS. 2.9. CONSECUENCIAS DE LA VULNERACIÓN DE LA REGLA Y CAUCES PARA ELIMINARLA. 3. LA OBLIGADA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS FAVORABLES. 3.1. FUNDAMENTO. 3.2. ELEMENTOS DE LAS NORMAS SANCIONADORAS CON OBLIGADA RETROACTIVIDAD IN BONUS. 3.3. LA EXCEPCIÓN DE LAS NORMAS TEMPORALES Y DE ACTUALIZACIÓN DE IMPORTES ECONÓMICOS. 3.4. RETROACTIVIDAD IN BONUS DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS Y DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS. 3.5. ¿RETROACTIVIDAD IN BONUS DE LAS NORMAS NO SANCIONADORAS EN CUANTO SE INTEGRAN CON LAS SANCIONADORAS? LA RESPUESTA DOMINANTE Y LA CONVENIENTE MATIZACIÓN. 3.6. RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES QUE DAN COBERTURA A REGLAMENTOS FAVORABLES. 3.7. SOBRE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES Y LAS RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. 3.8. INTRASCENDENCIA DEL MOMENTO EN QUE SE COMETIERA LA INFRACCIÓN. 3.9. PROCEDE ESTA APLICACIÓN RETROACTIVA MIENTRAS NO SE HAYA EJECUTADO LA SANCIÓN Y MIENTRAS, INCLUSO EJECUTADA, NO SEA FIRME. 3.10. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LA REGLA Y CAUCES PARA ELIMINARLA.

1. LAS DOS REGLAS QUE DISCIPLINAN LA SUCESIÓN DE NORMAS PUNITIVAS. DISTINCIÓN ENTRE NORMA POSTERIORES FAVORABLES Y DESFAVORABLES

A diferencia de lo que sucede en otros sectores del ordenamiento, en el Derecho Administrativo sancionador, como en el Penal, hay reglas claras sobre la posibilidad y hasta obligatoriedad de la retroactividad o irretroactividad.

El artículo 26.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) proclama como regla general la de la aplicabilidad de la norma sancionadora vigente «en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa»; para ser más, exactos, en el momento de cometerse la acción (u omisión) imputada como infracción administrativa. Por tanto, excluye la retroactividad de las normas sancionadoras. Es lo que da sentido al rubro del artículo: «Irretroactividad».

Pero esa regla general tiene de inmediato una excepción: la relativa a las normas sancionadoras posteriores más favorables que las existentes en el momento del acto enjuiciado. Estas sí pueden y deben aplicarse retroactivamente; esto es, pueden y deben aplicarse a las acciones realizadas antes de su entrada en vigor. Lo establece el artículo 26.2 LRJSP.

En realidad, más que una regla general y una excepción, hay dos reglas que se reparten el campo: la de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (o sea, la prohibición de retroactividad *in peius* o *in malam partem*); y la de la obligada retroactividad de las normas sancionadoras favorables (o simplemente retroactividad favorable o benigna o *in bonam partem* o *in bonus* o *in melius*). Y es así como lo formula, por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público [ahora artículo 94.2.b) del Texto Refundido de 2015] que simplemente afirma que «la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con (el) principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor». Por tanto, si cambian las disposiciones sancionadoras, o está prohibida su retroactividad o es obligada según la nueva regulación sea desfavorable o favorable. Aparentemente no hay supuestos en los que la nueva norma sancionadora pueda decidir con libertad sobre su retroactividad.

Con esta proclamación, como con la que existe en el Derecho Penal (arts. 2 y 7 CP), no sólo se ha dejado claro el respectivo ámbito de la prohibida retroactividad *in peius* y de la obligada retroactividad *in bonus*, sino que se expresa inequívocamente qué se entiende a estos efectos por retroactividad y por irretroactividad. Por eso aquí no se han planteado problemas para perfilar un concepto de retroactividad y

de irretroactividad ni apenas se ha sentido la necesidad de distinguir la retroactividad de los meros efectos inmediatos o la de diversificar retroactividad de grado máximo, medio y mínimo que sí han presidido –y torturado– las exposiciones en otros ámbitos jurídicos para dilucidar lo que realmente está prohibido y permitido¹. En nuestra sede la retroactividad es el enjuiciamiento de una acción (u omisión) conforme a normas punitivas que entraron en vigor después de que se cometiera la acción. Si acaso, hay problemas, como se verá, cuando esa acción (u omisión) se prolongó en el tiempo y solo en parte se realizó estando ya vigente la nueva norma. Salvo esto, es seguro que en unos casos la retroactividad está prohibida y en los demás es obligada.

Ambas reglas (la de la prohibición y la de la obligación de retroactividad) presentan aspectos comunes. Pero también muchos singulares de cada una. Incluso tienen distinto fundamento². Por eso, conviene analizarlas separadamente aun a riesgo de resultar reiterativo en algunos aspectos.

Pero hay un aspecto común y previo que sirve para decidir cuál de las dos reglas (la de la prohibida o la de la obligada retroactividad) es de aplicación: determinar si la norma posterior es favorable o desfavorable. A este respecto está asentado en la doctrina y en la jurisprudencia que la comparación debe hacerse entre las dos regulaciones en su conjunto. O sea, no cabe descomponer sus diversos elementos, escoger de cada una lo favorable y excluir lo desfavorable pues «con tal manipulación del contenido de las normas puede llegarse a una descomposición en la unidad y *ratio* de las dos disposiciones en conflicto, surgiendo un híbrido que no es sino un producto normativo nuevo» (López Menudo, 1982, pp. 195-196). Dice, por ejemplo, la STC 75/2002, de 8 de abril, que procede la «aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior»³. Pero cuando cambian diversos aspectos no siempre es fácil determinar qué regulación, en su conjunto, es favorable y cuál desfavorable⁴. Más cuando se trata de comparar entre sí leyes administrativas sancionadoras cada una de ellas con vagas reglas para calificar las infracciones como leves, graves o muy graves, con amplias horquillas de sanciones para cada una de ellas y sin precisas atenuantes ni agravantes sino solo desvaídos criterios de graduación de la sanción, de modo que la severidad o benignidad dependerá de cómo se apliquen. Ante ello, se afirma que «hay que operar en concreto y no en abstracto» (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, p. 190), esto es, hay que atender a la concreta solución que procedería ante una conducta determinada. Incluso se ha dicho que hay que «considerar el modo de vida y proyectos del reo pues, en definitiva, ha de tratarse de una solución más favorable para él»⁵. Por eso, aunque no esté prevista en las leyes de procedimiento, «podría ser de utilidad la traslación al ámbito administrativo sancionador de la previsión incluida en el artículo 2.2 CP de que en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable será oído el reo» (Bueno Armijo, 2010, pp. 207-2089). Puede ser de utilidad y, aun sin previsión legal expresa, es perfectamente posible y recomendable, aunque la opinión del imputado no sea vinculante⁶.

¹ Sobre esto es capital la exposición de López Menudo (1982, pp. 42 a 70).

² González Tapia (2002, pp. 216-217) explica que es imposible reducir a un fundamento común la irretroactividad de la norma punitiva desfavorable y la retroactividad de la favorable: obedecen a «exigencias y razones completamente distintas o, mejor dicho, antagónicas». López Menudo (1982, p. 180) dice que «la retroactividad in bonam partem es una institución distinta; no meramente la otra cara del principio de la ley penal más rigurosa; su fundamento y su ratio son diferentes».

³ Igualmente, STC 131/1986, de 29 de octubre y SSTS de 18 de marzo de 2003 (rec. 5721/1998), 15 de octubre de 2008 (rec. 717/2006), 9 de marzo de 2010 (rec. 553/2007 y 30 de octubre de 2009 (rec. 334/2006)). En esta última se lee: «la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición». También SSTS 1460 y 1467/2020, de 5 de noviembre; 1469, 1471, 1476 y 1477/2020, de 10 de noviembre; 1511 y 1513/2020, de 12 de noviembre; 1562/2020, de 19 de noviembre; y 1620/2020, de 26 de noviembre. Todas estas, ante unos hechos realizados bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 y la posterior vigencia del Reglamento (UE) 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018, afirman que la consideración de si son o no más favorables «deriva de su aplicación *in toto* al caso concreto de que se trate pues solo así se le puede considerar de manera efectiva una norma más favorable para dicho supuesto». Como, valoradas en su conjunto las nuevas normas no resultaban más favorables, negaron su aplicación.

⁴ Más bien, como afirma Bueno Armijo (2010, p. 207), «parece difícil aportar soluciones de validez general», siendo «materia proclive al desarrollo de una amplia casuística». Igualmente, López Menudo (1982, p. 729).

⁵ Rodríguez Mourullo (1997, p. 140). Por ejemplo, entre una sanción de multa y otra de pérdida temporal del permiso de conducir, para unos será preferible la primera y para otros la segunda.

⁶ Lo demuestra la STS de 29 de mayo de 1998 (recurso 3846/1992): según una de las normas la conducta era delito y según otra infracción administrativa; pero el infractor prefería ser castigado por el delito porque comportaba una pena (prisión menor, a la que se podría aplicar la remisión condicional y, por tanto, no cumplirse efectivamente) mientras que a la infracción correspondía una elevada multa. Pero para el TS, en contra de la voluntad del interesado, la norma que tipificaba como delito y preveía pena privativa de libertad es desfavorable respecto a la que la consideraba infracción castigada con multa.

2. LA PROHIBIDA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS DESFAVORABLES

2.1. Fundamento

El fundamento positivo suprallegal de la irretroactividad de las normas punitivas desfavorables no ofrece duda. Está claramente consagrada en los artículos 9.3 y 25.1 CE, como desde su sentencia 8/1981 ha entendido el TC. Además, es lo que principal e inequívocamente está proclamado en los preceptos de los textos internacionales sobre derechos humanos. Así, en los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). También en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, a sus efectos, en el artículo 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No es necesario insistir aquí en que, aunque algunos de esos textos hablan de «delitos» y «penas», según una tendencia generalizada, son aplicables por igual ante infracciones y sanciones administrativas. Por eso, en cuanto a esta prohibición de retroactividad *in malam partem* no vale la pena analizar el ámbito de aplicación de la LRJSP y su exclusión de las sanciones tributarias, de orden social, de extranjería o de tráfico (disposición adicional primera) u otras (las impuestas por colegios profesionales, por el Consejo General del Poder Judicial, etc.) porque, al margen del artículo 26.1 de esa Ley, tal prohibición ha de regir para todas las manifestaciones del *ius puniendi* estatal.

Con tal fundamento positivo suprallegal, la prohibición de retroactividad *in malam partem* opera sin dificultades como mandato para la ley (y, claro está, para el reglamento en la modesta medida en que puede ser fuente del Derecho Administrativo sancionador) y como mandato para el aplicador de las normas sancionadoras, o sea, la Administración y, en su caso, el juez contencioso-administrativo.

En cuanto a su fundamento material, está en la seguridad jurídica, pues evita que los ciudadanos se vean sorprendidos por leyes posteriores a sus acciones; sólo con la irretroactividad podrán saber las consecuencias de sus actos y prever la reacción estatal⁷. Así, es complemento necesario de otro de los componentes del principio de legalidad del Derecho punitivo, en concreto, de la tipicidad: de nada servirían las tipificaciones más exquisitas si las normas punitivas pudieran tener eficacia retroactiva desfavorable. Por eso aparece formulada conjuntamente con el principio de legalidad, no solo en los textos internacionales y en las Constituciones, sino también en sus formulaciones doctrinales clásicas: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Además, el castigo en virtud de leyes posteriores al hecho reprimido no tendría la justificación que se atribuye a las penas y que también hay que reconocer a las sanciones administrativas: ni la de la retribución ni la prevención⁸.

2.2. Elementos de las normas sancionadoras con retroactividad in peius prohibida

El artículo 26.1 LRJSP habla de «disposiciones sancionadoras» sin más precisiones. Solo en el apartado siguiente, cuando se consagra la retroactividad *in melius*, hay especificaciones de interés al referirse concretamente a la tipificación de la infracción, a la sanción y a la prescripción. Esas precisiones valen para lo que ahora nos interesa. Por tanto, no será de aplicación la norma posterior que:

- a) Tipifique como infracción una acción que antes era impune o aumente un tipo ya existente (sancione la comisión culpable cuando antes sólo era punible la dolosa; añada nuevos sujetos responsables; etc.). Da igual que la acción ya fuese antijurídica e incluso que tuviera prevista alguna consecuencia negativa no punitiva: lo importante es que la nueva norma establezca un castigo para una conducta que antes no tenía atribuido ninguno.

⁷ Es radical Ruiz Antón (1991, p. 152): «el fundamento de la prohibición de retroactividad de los delitos y las penas se encuentra –por encima de cualquier otra consideración– en la idea de seguridad jurídica. Razonamientos de diferente índole no son más que un desarrollo consecuente...».

⁸ Rodríguez Mourullo (1997, p. 131): «Desde el punto de vista político-criminal la irretroactividad se justifica porque una sanción establecida con posterioridad al hecho no podría operar ni como *retribución* (que supone la violación culpable de la ley, y ésta no existía entonces) ni como *prevención* (es imposible evitar ya la comisión del hecho efectuada en el pasado)». Y para el Derecho Administrativo Cano Campos (2018, p. 56): «La aplicación retroactiva de las normas sancionadoras hace perder a la sanción toda su función» pues «mal puede incidir en las conductas una norma que se refiera a comportamientos ya realizados o con una amenaza más grave que la existente cuando se realizó». También se ha puesto en conexión con el principio de culpabilidad. Es cierto que la existencia previa de la norma punitiva que el sujeto pudo conocer cuando actuó es presupuesto para afirmar la culpabilidad. Pero, como precisa González Tapia (2002, pp. 157-166), la culpabilidad no puede explicar que no quepa aplicar la ley posterior que simplemente agrava la pena pues para la culpabilidad «resulta del todo irrelevante que el sujeto conozca la clase y gravedad de la pena que corresponda imponer por su comportamiento».

- b) Agrave el castigo previsto anteriormente para un hecho que ya era punible. Puede que tuviese prevista antes una pena o puede que se tratara de una sanción administrativa: lo relevante a estos efectos es que la sanción administrativa establecida en la nueva norma sea más severa que la anterior con independencia de que su imposición correspondiera a los jueces o a la misma Administración. Y ello se puede producir por distintas formas: no sólo con un castigo de igual naturaleza, pero mayor extensión sino con otros de diferente y más aflictiva naturaleza; o por la introducción de una nueva agravante; o por la supresión de una anterior eximente o atenuante; etc. Lo que, sin embargo, no está cubierto por la prohibición que exponemos son las consecuencias de las infracciones que, aunque perjudiciales, no sean propiamente sanciones⁹.
- c) Alargue el plazo de prescripción. Se refiere específicamente el artículo 26.2 LRJSP a los plazos de prescripción, pero solo a los efectos de la obligada retroactividad *in bonus*. Y no distingue entre la prescripción de la infracción y de la sanción. Resulta cuestionable la justificación y acierto de esta previsión legal, como se explicará después. Pero, si se acepta para la retroactividad de las normas favorables, con más razón deben incluirse esas normas sobre prescripción en la prohibida retroactividad *in peius*¹⁰. Por tanto, si cuando se cometió una infracción estaba establecido un plazo de prescripción, la norma posterior que prolongue ese plazo no será de aplicación; y es indiferente que esa norma entre en vigor cuando todavía no había pasado el plazo de prescripción inicialmente establecido o cuando ya se había superado. Aunque el artículo 26.2 LRJSP habla precisamente de «plazos de prescripción», igual irretroactividad hay que afirmar respecto a las normas que alteren en contra del infractor el momento de inicio del cómputo o las causas de interrupción.

2.3. Irretroactividad *in peius* de reglamentos ejecutivos y de criterios interpretativos

Todo lo afirmado debe extenderse a los reglamentos que, dentro de las posibilidades que les reconoce el artículo 27.3 LRJSP, desarrollen una ley sancionadora¹¹. Por tanto, ante un hecho cometido bajo la vigencia de la ley sancionadora pero antes de la del reglamento de desarrollo, éste no podrá aplicarse si en alguna de las formas vistas perjudica al infractor. Da igual que se considere que lo único que hace es interpretar a la ley previa. Y lo mismo hay que decir en general de las normas meramente interpretativas (aunque sean interpretativas, no ya de la norma sancionadora, sino de las que han de integrarse con ella)¹². Lo que habrá que tener en cuenta será únicamente la norma originaria interpretada conforme a los criterios hermenéuticos generales. Si eventualmente la interpretación a la que por esa vía se llegue coincide con la que le da la norma de desarrollo o interpretativa posterior a los hechos, miel sobre hojuelas: servirá para reforzar la corrección de la interpretación alcanzada, pero no más. Y en ese caso más bien habría que decir que la norma de desarrollo o interpretativa no es realmente desfavorable, sino inocua. Pero si la norma posterior lo que hace es optar entre varias interpretaciones posibles por una que excluye otras más favorables al infractor, la prohibición de retroactividad debe impedir su toma en consideración; más bien su existencia servirá para demostrar que hasta que se aprobó había dudas, con el beneficio para

⁹ Ofrece ejemplo de ello la STS de 21 de julio de 2009 (recurso 507/2008): aceptó la publicación de una sanción pese a que esto se había previsto en una ley posterior a los hechos sancionados; y fundamentalmente se basó en entender que esa publicación no constituía, ella misma, otra sanción. Sobre esta sentencia y, en general, sobre las consecuencias de considerar una publicación como sanción o no, *vid.* Huergo Lora (2021, p. 121). Quizá tampoco las normas que prevean estas otras consecuencias puedan ser retroactivas *in peius*, pero ello ocurrirá eventualmente así en virtud de principios diferentes del que aquí analizamos.

¹⁰ Lo que cabe discutir es si esta regla que prohíbe la retroactividad de las normas que alarguen los plazos de prescripción tiene rango suprallegal. Me inclino por una respuesta negativa de modo que no sería necesariamente inconstitucional una ley que previera lo contrario y, *lege data*, que no habría recurso de amparo frente a una aplicación administrativa y judicial de ese plazo más largo previsto por norma posterior.

¹¹ Naturalmente y hasta con más razón, igual prohibición de retroactividad rige para los reglamentos que en algunos ámbitos (como el de las ordenanzas locales o el de las normas de los colegios profesionales) tienen la posibilidad de tipificar infracciones más allá del marco general que ofrece el art. 27.3 LRJSP.

¹² Sobre estas normas interpretativas o «aclaratorias» es de gran interés Villar Palasí (1972, pp. 459-478) que precisamente pone de relieve, además de la dificultad del concepto, que su utilidad ha sido históricamente en gran parte la de justificar su retroactividad, aunque dice, p. 471: «Ninguna disposición legal autoriza a que la vieja doctrina de la retroactividad *ipso iure* de la interpretación auténtica pueda mantenerse hoy». Más radicalmente Santamaría Pastor (1988, p. 378) afirma: «las normas aclaratorias o interpretativas simplemente no existen; son un falso concepto. Toda norma aclaratoria o interpretativa contiene un *novum* (...); es una norma complementaria o ejecutiva de la pretendidamente aclarada o interpretada, por lo que no hay ninguna razón para que su entrada en vigor se retrotraiga a la de ésta». Y advirtió López Menudo (1982, p. 167) que uno de los puntos de fuga de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables está en las «falsas normas aclaratorias e interpretativas».

el infractor que esas dudas interpretativas puedan comportar. Aplicación correcta de esta idea es la de la STS de 4 de marzo de 2016¹³:

«No debe olvidarse que cuando se quiere dotar de carácter retroactivo a las normas interpretativas, en cuanto pretenden mantener su vigencia desde la fecha de vigencia de la norma interpretada, se incurre en un contrasentido, pues si la norma anterior ha necesitado de interpretación, ello implica reconocer que no era seguro el alcance de la norma anterior hasta que no fue interpretada. Y este pretendido efecto retroactivo no puede servir como fundamento para sancionar una conducta anterior a dicha norma por entender que, conforme a la normativa anterior, debidamente interpretada a la luz de la norma posterior, ya era sancionable, pues ello implicaría conceder eficacia retroactiva de una norma sancionadora, posibilidad expresamente vedada en el art. 9.3 de la CE y 128 de la Ley 30/1992» (hoy art. 26 LRJSP).

Algo similar sucede con los criterios interpretativos desfavorables que acoja la jurisprudencia posterior a la acción enjuiciada. El TEDH parte a este respecto de considerar que la jurisprudencia sobre las normas punitivas es fuente del Derecho y, como quiera que el artículo 7.1 del CEDH habla de «Derecho», no de ley, proclama la irretroactividad de los criterios judiciales desfavorables¹⁴. Igual conclusión se alcanza, aunque se niegue a la jurisprudencia naturaleza de fuente del Derecho¹⁵. Lo mismo mantiene el TJUE. Es expresiva su sentencia de 10 de junio de 2014, as. C-295/12 P, Telefónica c. Comisión, que, ante una infracción de abuso de posición dominante, dijo: «... los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica (...) pueden oponerse a la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma que define una infracción (ap. 147); y «así ocurre, en particular, cuando se trata de una interpretación jurisprudencial cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción...» (ap. 148).

Idéntica solución puede extenderse a los criterios interpretativos que establezca la propia Administración. Y así lo hace el TS como muestra su sentencia de 27 de febrero de 2012 (rec. 747/2009) que, ante una sanción impuesta por la Agencia de Protección de Datos, dijo:

«... no es posible que la Agencia (...) considere cometida una infracción cuando la misma conducta había sido considerada impune en resoluciones anteriores, entendiéndose que en materia sancionadora los nuevos criterios, por muy razonables que estos sean, ya estén contenidos en una norma o deriven de una decisión de la Administración interpretando las normas, han de desplegar sus efectos hacia el futuro pero nunca proyectarse hacia actuaciones pasadas que se acomodaran a los criterios entonces existentes, así como que la relación de los administrados con la Administración debe sustentarse en un principio de confianza legítima, confianza que solo puede generarse cuando se tiene previsibilidad y seguridad en la actuación de la Administración».

2.4. Irretroactividad *in peius* de las normas no sancionadoras en cuanto se integran con las sancionadoras

Ante normas que prevén castigo para una conducta tipificada total o parcialmente como la transgresión de otra norma no sancionadora (una norma que simplemente impone un deber, una prohibición, una limita-

¹³ Recurso 2163/2013. Los hechos eran estos: antes de 2010 Gas Natural denegó a 399 clientes el cambio de suministrador porque habían manifestado su voluntad de forma oral en grabaciones telefónicas; Gas Natural se escudaba en que en esa fecha podía interpretarse que el consentimiento verbal no bastaba; en 2010 se aprobó un reglamento que dejaba claro que el consentimiento verbal era suficiente; a partir de ese momento Gas Natural comunicó que atendería los cambios pedidos verbalmente. La Administración sancionó a Gas Natural por abuso de posición dominante por entender que ya antes de 2010 la manifestación verbal era suficiente y que el reglamento de 2010 sólo aclaraba lo que de todas formas se podía deducir con anterioridad. El TS, con el razonamiento transcrito en el texto, anuló la sanción. De otro lado, la STS de 17 de marzo de 2009 (rec. 4283/2006) ofrece un ejemplo en el que sí se entendió que la norma interpretativa era perfectamente conforme con la ley interpretada y con un criterio que pudo conocer la sancionada antes de su acción.

¹⁴ Por todas, STEDH (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013, caso Del Rio Prada c. España, apdos. 91 a 93.

¹⁵ Afirma Muñoz Machado (2015, p. 207): «... la conclusión tiene que ser que la prohibición de retroactividad ha de concebirse como absoluta, se entienda o no que la jurisprudencia crea Derecho». Si se niega a la jurisprudencia carácter de fuente del Derecho, cabe decir, como hace Cano Campos (2018, p. 57), que no se trata propiamente de aplicar la prohibición de retroactividad *in peius* sino el principio de tipicidad o directamente el de seguridad jurídica «pues cuando se realiza la conducta se hace en la confianza de que el significado de la norma es el que la jurisprudencia viene aplicando, no el nuevo criterio que ahora adopta y que entonces era imprevisible». En igual dirección, Ruiz Antón (1991, pp. 165-167) que razona que la retroactividad de la jurisprudencia agravatoria, violaría la seguridad jurídica igual que si de un cambio legislativo *in peius* se tratara.

ción), la prohibida retroactividad desfavorable debe extenderse a esta otra norma no sancionadora en cuanto a las consecuencias punitivas. El supuesto al que nos referimos puede identificarse con el de las llamadas normas sancionadoras en blanco, utilizado el concepto en sentido amplio (esto es, sea cual sea la forma en que la norma punitiva alude a la otra y sea esta otra del mismo o diferente rango y emanada del mismo órgano o de otro). Para los demás efectos –para los no punitivos– la norma no sancionadora podrá ser o no retroactiva según reglas distintas de las que aquí analizadas. Pero en cuanto a su integración con una norma punitiva debe regir la prohibición de retroactividad en la medida en que esa otra norma aumente el ámbito de la infracción punible (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, p. 198). Lo contrario supondría, no ya castigar lo que no era punible cuando se realizó, sino incluso lo que acaso no era siquiera ilícito. Por ejemplo, según la ley del medicamento, es infracción administrativa «dispensar medicamentos sin receta, cuando ésta resulte obligada». La norma requiere integrarse con las disposiciones que establecen los medicamentos que requieren receta. Si un sujeto expende sin receta el fármaco X cuando esas disposiciones no la exijan para tal medicina, su conducta no podrá ser sancionada aunque con posterioridad se modifiquen e impongan la receta; sostener lo contrario sería, en realidad y con toda evidencia, vulnerar la prohibición de retroactividad *in peius* de las normas sancionadoras.

La STC 38/1997 explicitó lo aquí afirmado ante una nueva ley tributaria no sancionadora (alteró respecto al pasado la forma de cuantificar la deuda tributaria) que se integraba con una norma sancionadora anterior que no se había modificado. La sentencia dijo que esta nueva ley «está admitiendo la aplicación retroactiva de una disposición que, al constituir el complemento indispensable de las normas sancionadoras (...), participa también de este carácter a los efectos constitucionales»; y después: «es evidente que (...), en tanto que integra otra de carácter sancionador (...), que determina la sanción aplicable a las infracciones (...) supone la aplicación retroactiva de una norma de dicho carácter». En suma, la norma tributaria no sancionadora, en cuanto a su integración con otra sí sancionadora (no a los demás efectos), tiene la misma prohibición de retroactividad *in peius*¹⁶.

2.5. Irretroactividad de la habilitación legal a reglamentos sancionadores

La prohibición de retroactividad *in peius* de las normas punitivas es un límite a las convalidaciones legislativas; por tanto, no cabe que una ley convalide una sanción o un reglamento sancionador inválido (Boix Palop, 2004, pp. 270-273). Yendo algo más lejos, también se ha entendido proscrita la retroactividad de la habilitación de una ley a los reglamentos sancionadores aprobados antes de esa ley. Así lo hizo la STC 29/1989: se aprobó en 1983 sin habilitación legal un reglamento sancionador sobre tutela del consumidor (RD 1945/1983) y en 1984 la ley de defensa de los consumidores –que ya sí contenía una mínima regulación material de las infracciones y sanciones en ese sector– incluía una disposición final en la que declaraba que aquel reglamento previo era el desarrollo de la nueva regulación sancionadora legal. Frente a ello, el TC afirmó:

«... es obvio que esta Ley no podía prestar cobertura legal al RD 1945/1983 para la imposición de sanciones por infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia de la propia ley, dada la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 de la Constitución)»¹⁷.

Lo mismo reiteró ante una situación parecida la STC 45/1994, de 15 de febrero¹⁸. La prohibición de retroactividad desfavorable impide en estos casos que el reglamento se aplique a los hechos que se produjeron en el periodo que va desde la aprobación del reglamento hasta la aprobación de la ley ha-

¹⁶ El supuesto era algo peculiar porque se trataba de la ley que se dictó para superar la situación creada por otra STC anterior que declaró inconstitucional el régimen de tributación conjunta por IRPF de los matrimonios. Esa especie de ley-puente para superar la situación creada no cambió la tipificación de infracciones ni la previsión de las sanciones, pero sí cambió para periodos previos a su aprobación el modo de calcular la deuda tributaria. Además, en este caso el TC no anuló la ley en cuestión porque entendió que no era perjudicial sino favorable pues reducía la deuda tributaria. Pero al margen de todo eso, sí que dejó sentada la idea que aquí nos importa.

¹⁷ Sobre la inconstitucionalidad de ese RD 1945/1983 y sobre el intento de sanación por la ley posterior, *vid.* Rebollo Puig (1989, pp. 504-519); así como Rebollo Puig (1992, pp. 1078-1085).

¹⁸ En este caso se trataba de un reglamento sobre infracciones de tráfico al que después una ley intentó dar fundamento legal. Pero el TC dijo que «no es posible aceptar que la cobertura legal *ex post facto* pueda subsanar el vicio previo causante de la vulneración del art. 25.1 CE».

Aparentemente en contra y sin fundamentación bastante, STS de 25 de mayo de 2004 (rec. 448/2002) que acepta una ordenanza sobre animales de compañía dictada en 1994 pues «hoy la misma en virtud de lo dispuesto en la Ley 57/2003 (...) tiene plena cobertura legal, por adecuarse a las previsiones específicas de dicha ley». *Vid.* Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (2007, pp. 3739-3740).

ilitante del reglamento. Pero no impide que aquel reglamento sea aplicable a los hechos posteriores a la ley habilitante. En mi opinión, esto también está prohibido, pero por otra regla distinta: el reglamento (cualquier reglamento, aunque no sea sancionador y desfavorable) que nació nulo por vulnerar la reserva de ley no puede ser subsanado por una ley posterior que le dé cobertura. A este respecto, cabe decir, el orden de los factores sí altera el producto: la habilitación legal a los reglamentos ha de ser anterior a esos reglamentos. Pero, insisto, esta consecuencia es ajena a la prohibición de retroactividad *in peius* que aquí nos ocupa.

2.6. Exclusión de las normas procedimentales

No son «disposiciones sancionadoras» de las que habla el artículo 26.1 LRJSP las que regulan el procedimiento sancionador. Con más razón quedan fuera las relativas a los recursos administrativos y contencioso-administrativos contra las resoluciones sancionadoras. Ninguna de ellas entra tampoco dentro del ámbito del artículo 25.1 CE pues esas normas procedimentales y procesales ni tipifican infracciones ni prevén sanciones. Igualmente quedan extramuros de nuestra regla las normas relativas a la competencia de los distintos órganos administrativos o judiciales para incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores o para resolver los recursos contra sanciones. Por tanto, en suma, todas esas normas sobre los aspectos procedimentales y orgánicos no son a estos efectos normas sancionadoras ni rige para ellas la irretroactividad *in peius* de la que aquí nos ocupamos.

Algunos autores critican esa solución¹⁹. Tales críticas se superan con esta aclaración: las normas procedimentales no se ven afectadas por la prohibición de la retroactividad *in peius* de las normas punitivas; pero sí quedan sometidas a otras reglas distintas que imponen cierta irretroactividad que es por completo diferente en su fundamento material, ámbito y significado. También tiene distinto apoyo constitucional (quizá el art. 9.3 CE cuando proclama la irretroactividad de las disposiciones «restrictivas de derechos individuales») y legal (art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «... normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas»). Lo que más evidencia que la irretroactividad de las normas procesales es totalmente diversa de las de las normas punitivas es que jamás ha significado que los hechos hayan de juzgarse conforme a las reglas vigentes en el momento de cometerse los hechos enjuiciados, esto es, la infracción de que se acusa (que es lo que se predica de las normas punitivas) y no conforme a las posteriores²⁰. Lo que si acaso se acepta es que deban aplicarse las normas procedimentales vigentes en el momento de inicio del proceso y no las posteriores a ese momento que resulten desfavorables²¹.

Por lo demás, en cuanto a esa otra retroactividad (la de la regulación del procedimiento administrativo sancionador), lo que ha abordado la jurisprudencia es la de las normas que alargan el tiempo para su tramitación y que, por tanto, retrasan su caducidad perjudicando de esa forma al imputado. Y lo han hecho sin criterios uniformes²². Pero, reitero, eso no tiene nada que ver con lo que aquí nos incumbe y, por tanto, debe abordarse con principios distintos del de la irretroactividad de las normas punitivas.

¹⁹ Así, López Menudo (1982, pp. 172-176), hasta concluir que tal tesis «podrá regir para procedimientos de otra índole, pero es inadmisibles en relación con los sancionadores. En estos debe respetarse el régimen bajo el cual fuera cometida la infracción (...) Sólo en el caso de que las normas de procedimiento posteriores fueran más favorables podrían ser aplicadas...». Reiteró sus argumentos y conclusiones en Lozano Cutanda (2010, p. 726). En similar dirección, Cano Campos (2018, pp. 56-57), y Cano Campos (2014, p. 139).

²⁰ Gómez Orbaneja y Herce Quemada (1987, p. 28): «Ningún tribunal puede proceder sino a tenor de la ley procesal vigente en el momento del proceso, sin consideración a la que pudiera regir en el momento de la perpetración del delito».

²¹ Una prueba de fuego es lo que sucede con la prisión provisional, por ser medida procesal extremadamente restrictiva y similar a las penas. Y ante ello el TC, con toda razón, no aplica de ningún modo la regla de la irretroactividad de las normas punitivas. Su doctrina quedó sentada en las SSTs 32 y 117/1987. Allí puso límite a la retroactividad de las nuevas normas desfavorables reguladoras de la prisión provisional pero un límite muy distinto del que rige respecto a las normas punitivas. Por lo pronto, no invocó el art. 25.1 CE. Cuando esgrimió el art. 9.3 CE lo hizo en cuanto se refiere a las normas restrictivas de derechos, no a las normas sancionadoras. Y además, lo que decidió fue que la ley aplicable era la vigente cuando comenzó la prisión provisional, de ningún modo la vigente cuando se cometieron los delitos enjuiciados, que sería lo que correspondería si se tratara de aplicar la regla de la irretroactividad de las normas punitivas.

²² Buena y clara solución ofrece la STS de 5 de junio de 2007 (rec. 7616/2003): al iniciarse un procedimiento sancionador en materia de aguas, regía una norma que establecía como plazo de duración el de seis meses; durante su tramitación y antes de que transcurrieran esos seis meses otra norma fijó el plazo en un año; la resolución se dictó y notificó después de los seis meses pero antes del año. Alegada vulneración de la prohibición de la retroactividad *in peius* de las normas sancionadoras, el TS entendió que no había tal vulneración porque «una norma procedimental no puede considerarse limitadora o restrictiva de derechos». Pero la situación es confusa y hay algunos pronunciamientos discrepantes relativos a procedimientos sancionadores tributarios (SSTS de 29 de diciembre de 2011, rec. 152/2009; y de 9 de abril de 2013, rec. 3943/2012).

2.7. Sobre las normas relativas a la ejecución de las sanciones

Puede que la reforma legal afecte no al castigo sino a la ejecución de la sanción: que se adelante su ejecutividad; que se establezcan nuevas formas de ejecución forzosa (por ejemplo, multas coercitivas o compulsión sobre las personas); que se acorten los plazos de cumplimiento voluntario o se alarguen los de la posible ejecución forzosa; etc. Por lo general, dado que esas normas no son propiamente sancionadoras, no sufren la prohibición de retroactividad desfavorable aquí analizada. Es del todo lógico que lo concerniente a la ejecución de un acto administrativo se rija por la norma vigente en el momento de dictarse; si acaso, por el del momento en que se inició el procedimiento que con él culminó; de ningún modo que sea aplicable la norma que regulaba esos aspectos cuando se cometió la infracción sancionada. Dicho de otra forma, que a este respecto no es de aplicación la irretroactividad de las normas punitivas *in peius*; si acaso, podrá invocarse alguna otra regla que limite la retroactividad, pero no la de las normas punitivas desfavorables.

Hay, sin embargo, que introducir un matiz relativo a la prescripción de las sanciones. La prescripción de las sanciones pudiera considerarse una cuestión de ejecución. A fin de cuentas, el plazo de prescripción de las sanciones señala el momento a partir del cual no cabrá ejecutarlas. Y como el artículo 26 LRJSP se refiere a la prescripción sin distinguir entre la de las infracciones y la de las sanciones; y, aunque lo hacen a los efectos de imponer la retroactividad *in bonus*, pueden inclinarse a entender que, para los casos en que alarguen esos plazos, jugará la irretroactividad *in peius*. No me parece que sea una regla de rango constitucional ni que encuentre sustento en ningún tratado internacional de derechos humanos, pero sí puede encontrarlo en esos preceptos legales.

No creo, por el contrario, que la STEDH (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013, caso Del Rio Prada c. España, obligue a introducir más correcciones. Es cierto que extendió la irretroactividad de las normas penales a una cuestión de ejecución de las penas como era la de la aplicación de la redención de penas por el trabajo en prisión y que por ello consideró contraria al artículo 7 CEDH la aplicación de la llamada «doctrina Parot» a una terrorista que cometió los múltiples asesinatos por los que estaba condenada antes de que el TS formulara tal doctrina. Pero, aun así, incluso esa sentencia reconoce la distinción entre normas sobre penas y normas sobre ejecución de las penas y admite que, en principio, la irretroactividad solo juega para aquéllas, no para éstas (apdos. 83 y 84). Sin entrar aquí en su discutida argumentación ni en sus nefastos efectos, nada de lo que afirma altera lo sostenido para las reglas sobre ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras. Los matices que introduce valen, si acaso, para la ejecución de algunas penas, no para la de las sanciones administrativas.

2.8. Momento en que han de entenderse cometidas las infracciones a estos efectos

Con ínfimas diferencias de redacción, tanto los tratados internacionales como la Constitución y la LRJSP, al proclamar la irretroactividad de las normas punitivas desfavorables, toman como referencia el momento en que la acción u omisión se cometió. Pero ¿cuál es ese momento? No se trata de determinar en abstracto en qué momento se ha cometido una infracción. Sólo de determinar ese momento a efectos de seleccionar la ley aplicable. De hecho, no cabe determinar un único momento de comisión a todos los efectos. Y así se acepta comúnmente en Derecho Penal que el momento en que debe entenderse cometido un delito puede y hasta a veces debe ser distinto según se trate de, por ejemplo, determinar si el sujeto era o no imputable, si esa infracción ha prescrito o no...²³. Lo que aquí nos interesa es la determinación del momento de comisión a efectos de aplicar la irretroactividad *in peius*: si se decide que la infracción se cometió el día D y ese día ya estaba vigente la nueva norma, la aplicación de ésta no incurrirá en la retroactividad prohibida aunque el sujeto realizara antes de esa vigencia algunos actos relacionados con la infracción²⁴.

La LRJSP nada dice sobre ese momento. Sí que da algunas reglas sobre el momento en que arranca el plazo de prescripción de la infracción (art. 30.2) lo que a su vez suele ponerse en relación con el momento de comisión. Pero, de acuerdo con lo recién señalado, esas reglas no pueden trasladarse simplistamente

²³ Y lo mismo se afirma para las infracciones administrativas. Así, López Menudo (1982, p. 167).

²⁴ Un ejemplo claro es el de la STS 946/2018, de 6 de junio, sobre la sucesión de las Leyes de Defensa de la Competencia de 1989 y de 2007: bajo la vigencia de la primera se tramitó un procedimiento sancionador contra la sociedad estatal Correos que finalizó por acuerdo de terminación convencional en 2005; Correos incumplió sus compromisos en 2008 y 2009; se le sancionó en aplicación de la nueva Ley de 2007; frente a ello, Correos alegó que se le estaba aplicando retroactivamente esa Ley de 2007 y que se debía aplicar la Ley de 1989 que no tipificaba como infracción el incumplimiento de los acuerdos de terminación convencional. Con acierto, la STS reseñada afirmó que «para determinar la norma aplicable lo relevante no es la norma que estaba vigente cuando se adoptó el Acuerdo de Terminación Convencional sino la Ley vigente cuando tuvo lugar la conducta infractora».

a efectos de determinar el momento de comisión de la infracción que debe tomarse en consideración para elegir la norma aplicable.

Sí hay una respuesta en el artículo 7 CP: acoge el criterio de la actividad y excluye el del resultado. Este mismo criterio de la actividad hay que asumir para las infracciones administrativas. No por aplicación de un precepto del CP, lo que no tiene justificación, sino porque esa solución es, en realidad, la que se ajusta al sentido de la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables²⁵. Tan es así, que ese criterio de la actividad era el asumido unánimemente antes de que se explicitara en el CP²⁶.

Ahora bien, el criterio de la actividad no da respuesta para los muchos casos en que la actividad (o la omisión) infractora no es instantánea, sino que se realiza a lo largo del tiempo (Gallardo Castillo, 2008, pp. 149-151). Entonces, si durante ese tiempo ha habido cambio perjudicial de las normas sancionadoras, hay que decidir qué concreto momento de ese periodo hay que elegir ¿el del primer acto, el del último, alguno intermedio?

La respuesta no es fácil. No lo es siempre en Derecho Penal y menos lo es en el Derecho Administrativo sancionador²⁷ en el que, a veces, dado que con frecuencia los tipos están descritos con brocha gorda, ni siquiera es sencillo discernir si se trata de infracciones de acción u omisión, si son permanentes, de hábito... Ofreceré, con apoyo en la jurisprudencia contencioso-administrativa, algunas respuestas concretas.

Ante las infracciones permanentes, si se siguen realizando bajo la vigencia de la nueva norma más severa se puede aplicar ésta sin que ello suponga incurrir en la retroactividad prohibida pese a que la infracción se comenzó, se realizó parcialmente y hasta se consumó (aunque no se agotó) bajo la vigencia de la más benigna²⁸.

Para las infracciones de omisión es razonable aplicar la misma solución que en general se acepta para los delitos de omisión: si es de omisión pura, lo decisivo es el último momento en que el sujeto pudo realizar tempestiva y oportunamente la acción exigida y cumplir su deber; si es de comisión por omisión, lo decisivo es el último momento en que el sujeto pudo evitar el resultado prohibido (González Tapia, 2002, pp. 285-286). Por tanto, si la nueva ley más severa estaba vigente en ese último momento, su aplicación no incurrirá en la proscrita retroactividad desfavorable.

En cuanto a las infracciones continuadas²⁹, hay que partir de que, en realidad, hay distintas infracciones (es un caso de concurso real de infracciones), como explica Alarcón Sotomayor (2008, pp. 67-68), aunque por razones de proporcionalidad y simplificación se opte por sancionarlas conjuntamente. Con esa premisa, hay que abordar las tres hipótesis posibles. Primero, si lo que ha hecho la nueva ley es tipificar como infracción lo que antes era impune, la solución es obvia: habrá que sancionar solo las acciones posteriores a esa ley; las anteriores no podrán castigarse de ningún modo (tampoco integrándolas con las posteriores a la ley para formar con ellas la infracción continuada). Segundo, si estando ya tipificada la infracción la nueva ley agrava la sanción, a las realizadas antes de la nueva ley hay que aplicarles la ley previa; y sólo a las posteriores la nueva ley más severa³⁰. Por tanto, hay que desintegrar la infracción continuada. Así, claro está, no

²⁵ Es más, si se atendiera al momento del resultado, como explica González Tapia (2002, p. 114), el sujeto se vería sorprendido por aplicación de una ley que no pudo conocer cuando actuó de suerte que se «frustrarían los fines que justifican el principio de irretroactividad», esto es, sobre todo la seguridad jurídica.

²⁶ Hasta el punto de que muchos autores (como Cobo Del Rosal, González Rus o Vives Antón) lo consideran un precepto superfluo, como explica González Tapia (2002, pp. 128 y 239).

²⁷ Como afirmó López Menudo (1982, p. 169), las dificultades crecen «porque la propia tosquedad de los tipos administrativos debe impedir su análisis desde perspectivas jurídicas exquisitas que el legislador (...) administrativo quizás no tuvo en cuenta».

²⁸ Dos ejemplos serán suficientes. La STS de 17 de abril de 2002 (rec. 466/2000) se ocupó de una infracción consistente en la actuación de una jueza en un proceso con vulneración de su deber de abstención. La sancionada alegó que cuando comenzó con su conducta no estaba vigente el art. 417.8 LOPJ, que es el que tipifica como falta muy grave «la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas». La sentencia, sin embargo, niega que se hubiera incurrido en la retroactividad desfavorable prohibida puesto que la jueza continuó con la instrucción hasta que fue suspendida en el ejercicio de sus funciones cuando ya estaba vigente la norma en cuestión. Por tanto, se cometió la infracción cuando la conducta ya estaba tipificada como infracción muy grave y no hubo aplicación retroactiva de la norma sancionadora desfavorable. La SAN de 16 de septiembre de 2008 (rec. 488/2006) desechó también la vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables ante un supuesto de funcionamiento de una emisora de radio sin autorización que se sancionó en virtud de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones. Se alegó que la emisora funcionaba con anterioridad y que en el momento de su instalación la ley a la sazón vigente (Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones) no exigía autorización. La sentencia confirmó la sanción porque la conducta se había mantenido ya estando vigente la nueva ley y, desde entonces, había devenido típica. No se sanciona por lo acontecido antes de la Ley 32/2003 sino por lo que se continuó realizando sin autorización tras ella. Por tanto, tampoco en este caso hubo aplicación retroactiva de la norma sancionadora desfavorable.

²⁹ Sobre el tratamiento de los delitos continuados, González Tapia (2002, 294 y ss.), cuyas propuestas son aquí tenidas en cuenta con adaptaciones.

³⁰ No se adecua a ello la SAN 522/2020, de 7 de enero (RJCA\2020\254). Varias personas fueron sancionadas por infracciones de pesca. Las primeras infracciones se cometieron bajo la vigencia de un determinado régimen sancionador pero las últimas se cometieron cuando ya había entrado en vigor otro (establecido por la Ley 33/2014) que endurecía las sanciones máximas que cabía

se vulnera la prohibición de retroactividad *in peius*³¹. Y, tercero, si lo que hace la nueva norma es alargar el plazo de prescripción, lo razonable es que en tal hipótesis se descomponga la infracción continuada y que todas las realizadas antes de la nueva norma prescriban con el régimen de la norma anterior más favorable³².

Problemas singulares plantean las infracciones, frecuentes en el ámbito disciplinario, consistentes en «la condena en virtud de sentencia firme por delito» ¿Cuándo ha de entenderse cometida la infracción? ¿en el momento en que se cometió el delito o en aquel otro en que recayó la condena penal firme? La respuesta más adecuada al fundamento y sentido de la prohibición de retroactividad *in peius* es la de tomar en consideración el momento de comisión del delito, que es cuando el sujeto actuó. Pero el TS ha entendido que ha de estarse al momento de la condena penal³³; con ello, en realidad, el sujeto se ve sorprendido por una ley que no pudo conocer cuando actuó.

Con carácter general creo de aplicación, como también se ha propuesto en Derecho Penal, el *in dubio pro reo* de modo que se opte por situar la infracción en el momento que impida toda retroacción desfavorable incluso a infracciones que en gran parte, pero no totalmente, se cometieron ya bajo la vigencia de la nueva norma más severa.

2.9. Consecuencias de la vulneración de la regla y cauces para eliminarla

Hay que distinguir según se vulnere la regla en cuanto prohibición al legislador y en cuanto prohibición al aplicador de la norma, la Administración.

La norma sancionadora desfavorable que proclame su aplicación retroactiva es nula por inconstitucional (es contraria no solo al art. 9.3 CE sino también al art. 25.1). Y frente a ella se abren las vías previstas contra las normas inconstitucionales: recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad y recurso contencioso-administrativo según se trate de ley o de reglamento.

Las resoluciones administrativas que apliquen retroactivamente una norma sancionadora desfavorable son nulas de pleno derecho. Como lesionan un derecho susceptible de amparo constitucional (uno de los derechos incluidos en el art. 25.1 CE) están incursas en la causa de nulidad del artículo 47.1.a) LPAC. Frente a ellas sirven todos los medios previstos contra los actos administrativos ilegales. Y, además, servirán los cauces de protección reforzada establecida para los derechos fundamentales: recurso de amparo ante el TC y recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y ss. LJCA)³⁴. Si eventualmente la Administración hubiera aplicado retroactivamente una ley sancionadora desfavorable porque la misma ley así lo estableciera, entonces el juez contencioso-administrativo, antes de anular la resolución sancionadora, deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad. De otra parte, por ser nulas de pleno derecho las resoluciones que aplique retroactivamente una norma punitiva desfavorable,

imponer (pasaban de 300.000 a 600.000 euros). La Administración calculó el importe de las multas de acuerdo con la nueva ley. Los sancionados impugnaron alegando violación del principio de irretroactividad y, específicamente, de la disposición transitoria 1.ª de la nueva ley, a cuyo tenor «las infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley serán objeto de la sanción que resulte más favorable para el infractor». Pero la SAN entendió que «nos encontramos ante infracciones continuadas (...) por lo que en definitiva, las conductas infractoras por las que han sido sancionados los recurrentes no habían cesado en la fecha de entrada en vigor de la modificación de la Ley de Pesca Marítima del Estado por Ley 33/2014, de 26 de diciembre (...), por lo que no resulta de aplicación la disposición transitoria 1.ª de tal Ley 33/2014 (...) pues no se trata de infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de la Ley de Pesca de 2014, sino que han continuado cometiéndose con posterioridad».

³¹ El problema estará en que, precisamente por la sucesión de normas, el infractor se vería perjudicado al descomponerse en dos infracciones continuadas lo que podría haberse considerado una sola. Ante ello, al margen de la irretroactividad, lo correcto será simplemente moderar la suma de las dos sanciones pertinentes (la de las infracciones continuadas anteriores y posteriores a la nueva ley) para que la impuesta resulte adecuada a la gravedad de la conducta en su conjunto. Una forma de hacerlo, entre otras, será aplicar al conjunto la ley más favorable, aunque no estuviese vigente cuando se realizaron parte de las infracciones. Pero esto no será ya problema de retroactividad sino únicamente de proporcionalidad.

³² Por eso me parece errónea la STS 1776/2020, de 17 de diciembre, que ante una infracción continuada contra la competencia realizada durante veintisiete años y bajo la vigencia de tres sucesivas leyes sobre competencia (de 1963, de 1989 y de 2007) aplica a todas el régimen previsto en la última de ellas que suponía un plazo de prescripción mucho más largo que la de la primera ley. Si realmente se trataba de infracciones continuadas (y no de infracción permanente), la solución de la sentencia supone aplicar retroactivamente una norma desfavorable a todas las infracciones cometidas íntegramente bajo la vigencia de la ley de 1963.

³³ Así, STS, Sala de lo Militar, de 12 de mayo de 2011 (recurso 11/2011). Entendió que había que considerar cometida la infracción administrativa con la sentencia penal. Esto le permitió afirmar que la ley disciplinaria desfavorable no se había aplicado retroactivamente porque ya estaba vigente cuando recayó la condena penal, aunque no lo estaba cuando el sujeto cometió el delito.

³⁴ Acaso hay que exceptuar los casos en que la norma posterior acorte el plazo de prescripción porque las SSTS 73/1989 y 196/1991 declararon que la apreciación de la prescripción de delitos e infracciones administrativas es cuestión de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional.

cabrá también contra ellas en cualquier momento la revisión de oficio (art. 106 LPAC). Asimismo, en cuanto consagrado en el artículo 7.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, goza de la protección que dispensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es dudoso si al anular una resolución sancionadora por haber aplicado una norma posterior desfavorable cabe, además del pronunciamiento anulatorio y cuando en virtud de la ley anterior procediese una sanción menos grave, imponer directamente esta otra sanción. En algún caso los tribunales han optado por esto último³⁵. Con más razón puede procederse así cuando sea la misma Administración la que proceda a anular la sanción al resolver un recurso o una revisión de oficio. Pero, en el contencioso-administrativo, en general, salvo que la pretensión del sancionado recurrente sea exactamente esa reducción de la sanción, resulta más correcto que el fallo sea simplemente anulatorio y que la Administración, después, en su caso y con audiencia del interesado, decida la sanción procedente, decisión administrativa que podría controlarse en ejecución de la sentencia³⁶.

3. LA OBLIGADA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS FAVORABLES

3.1. Fundamento

Es discutible que la Constitución establezca la obligatoriedad de esta retroactividad *in bonus*³⁷. Indudablemente la permite. Pero que la permita no quiere decir que la imponga.

Ante ello se ha mantenido que la obligatoria retroactividad de las normas punitivas favorables no tiene fundamento constitucional de modo que, según esta tesis, la ley que introduzca una regulación menos severa es libre de establecer que las acciones cometidas bajo la vigencia de la ley anterior deban seguir siendo sancionadas conforme a esa ley previa³⁸. El fundamento sería exclusivamente legal: el que le presta el artículo 2.2 CP y, en nuestro ámbito, el que le da el artículo 26.2 LRJSP. Si así fuese, otra ley podría excluir esa retroactividad³⁹. Esta tesis que niega fundamento supralegal a la obligada retroactividad *in melius* tiene muchos aspectos positivos pues permite evitar los resultados inadecuados a que, según creo, conduce a veces la retroactividad de la norma posterior más benigna⁴⁰. Además, está extendida en el Derecho comparado⁴¹.

³⁵ Así, STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002 (apelación 280/2001) que, en aplicación de la ley anterior y no la posterior invocada por la resolución administrativa recurrida, falló anular la multa de 600.000 ptas. e imponer la de 150.000 ptas.

³⁶ Téngase en cuenta que incluso es posible que lo que proceda en virtud de la ley anterior sea, no una sanción administrativa, sino la imposición judicial de una pena (por ejemplo, la correspondiente a una de las faltas del CP convertidas en infracciones administrativas por el juego conjunto de las Leyes Orgánicas 1 y 4/2015). En esta hipótesis ni siquiera es concebible que el juez contencioso-administrativo imponga la pena; menos todavía que lo haga la Administración. Sus pronunciamientos deberán ser solo anulatorios de la sanción sin perjuicio, en su caso, de la decisión del juez penal.

³⁷ Hubo una enmienda al art. 9.3 CE que propuso añadir que «las leyes penales tendrán carácter retroactivo en cuanto favorezcan al reo», pero no prosperó. Vid. López Menudo (1982, p. 140).

³⁸ Destacado valedor de esta tesis es López Menudo (1982, pp. 146-147 y 179-194). La asumen también: Nieto García (2012, pp. 202 y ss.); Santamaría Pastor (1988, p. 375); Caballero Sánchez (2001, p. 132) y Cano Campos (2018, pp. 57-58). Conste que quienes asumen esta tesis no lo hacen únicamente por entender que la retroactividad favorable no se desprende de los arts. 9.3 y 25.1 CE sino también por razones de fondo, porque entienden que es una regla que conduce en ocasiones a resultados injustificables. Revelador es López Menudo (1982, p. 191), cuando, recogiendo ideas de Quintano Ripollés, afirma que «el surgimiento de una norma más benigna no comporta necesariamente, en Derecho Administrativo, una disminución de la reprochabilidad de las conductas anteriores» y no expresa «un cambio valorativo sobre la gravedad de los hechos». Una idea similar será la que acogeremos aquí para, sin negar el rango supralegal de la retroactividad *in bonus*, reducir su ámbito.

³⁹ Como la LRJSP es una norma básica dictada en virtud del art. 149.1.18.ª CE, cabría sostener que no cualquier ley podría contradecir su art. 26.2. No podrían hacerlo las leyes autonómicas; por ejemplo, una sobre infracciones urbanísticas no podrían establecer que, aunque su régimen sancionador sea más favorable que el de la ley previa, no se aplicará a hechos anteriores: si no inconstitucionalidad inmediata (pues estamos partiendo de que la obligada retroactividad *in bonus* no estuviese constitucionalizada) sí que estaría incurso en inconstitucionalidad mediata (por vulneración de una norma estatal básica, el art. 26.2 LRJSP). Pero el Estado al aprobar leyes no está vinculado por sus propias normas básicas para las que puede establecer excepciones (aunque algunos autores han defendido lo contrario, tal tesis no ha sido acogida por el TC). Por tanto, una ley estatal sobre, por ejemplo, sanciones de tráfico sí que podría establecer una excepción al art. 26.2 LRJSP.

⁴⁰ Se verán luego esos resultados inconvenientes a los que conduce un inexorable y absoluto mandato de retroactividad favorable. Y, aunque en otras ocasiones la retroactividad *in bonus* sí que es muy razonable, cabría sostener que en esos casos la no retroactividad de las normas sancionadoras favorables sería inconstitucional, pero por vulneración de otras reglas, como la prohibición de arbitrariedad. Así, la regla sería más dúctil y permitiría ajustarla mejor a la justicia material que, como se expondrá de inmediato, es la justificación sustantiva de la regla.

⁴¹ Tanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Constitucional italiana han entendido que sus respectivas Constituciones permiten, pero no imponen la retroactividad de las normas penales favorables.

El escollo, y no es pequeño, es que chirría con el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sí que proclama expresa e inequívocamente la imperativa retroactividad favorable («Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»), como lo hace también el artículo 49.1 *in fine* de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta»), lo que tiene para nuestro Derecho un valor reforzado a tenor del artículo 10.1 CE. Además, el TJUE lo considera un principio general del Derecho de la Unión⁴².

Sea como fuere, no ha sido ésa la solución del TC. Para éste, por el contrario, nuestra regla sí tiene fundamento constitucional. La encuentra en el artículo 9.3 CE, aunque no en su artículo 25.1. Lo afirmó ya en la STC 8/1981:

«El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras, aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable (...) Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente».

Aunque la argumentación es endeble⁴³, el TC mantiene hasta hoy la misma conclusión, tanto para normas penales como sancionadoras administrativas⁴⁴, y ello pese a que algunos magistrados hayan discrepado⁴⁵. Pero lo importante es que sí que da rango constitucional al mandato de retroactividad de las normas punitivas favorables. Desde este punto de vista, el que no lo encuentre en el artículo 25.1 es intrascendente: supone negar que esté en juego un derecho fundamental; pero, aun así, da rango y fundamento constitucional a la regla y, por tanto, excluye que el legislador pueda eludirla⁴⁶.

Con este fundamento positivo supralegal, la retroactividad *in bonus* despliega sus efectos como mandato a las leyes (y a los reglamentos en la modesta medida en que pueden ser fuente del Derecho Administrativo sancionador) y como mandato a los órganos administrativos encargados de su aplicación, así como a los jueces en cuanto controlen los actos administrativos sancionadores.

Vid. Lascuaraín Sánchez (2000, p. 56, nota). Lo mismo en Francia. *Vid.* Cano Campos (2014, p. 143, nota). Concretamente en Italia, no solo se viene negando que la regla tenga rango constitucional para las normas sancionadoras administrativas, sino que ni siquiera está consagrada con carácter general en la Ley 689 de 24 de noviembre de 1981 sobre sanciones administrativas que sólo proclama la prohibición de retroactividad desfavorable (art. 1.1) y una específica retroactividad *in bonus* para los casos en que esa misma ley convirtió en infracción administrativa lo que antes era delito (art. 40). Y, ante ello, la jurisprudencia ha negado su aplicación salvo que la establezca expresamente la nueva norma favorable. *Vid.* Cerbo (1999, pp. 49-56); Pagliari (2012, pp. 25-30); y Cimini (2017, pp. 241-243). No obstante, este último autor, *ibidem*, pp. 243-253, apunta que, atendiendo al art. 49.1 CDFUE y a la jurisprudencial del TEDH y del TJUE, es previsible una evolución en Italia que refuerce la retroactividad *in bonus* en el ámbito de las sanciones administrativas.

⁴² Así lo proclama en su sentencia de 30 de abril de 2020, Grecia c. Comisión, as. C-797/18 P., apdo. 157. Lo que resulta más extraño y discutible es que la génesis de ese principio general del Derecho de la Unión esté en la afirmación por parte del mismo TJUE de que «el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (...) cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que el juez nacional debe respetar». En ese sentido apdo. 32 de su sentencia de 8 de marzo de 2007, *Campina*, as. C-45/06; y en parecidos términos apdo. 59 de la de 11 de marzo de 2008, *Jager*, as. C-420/06; apdos. 68 y 69 de la de 3 de mayo de 2005, Berlusconi, as. C-387, 391 y 403/02. Pero, como se ha visto en nota anterior, son varios y de mucho peso los Estados de la Unión en los que la retroactividad de la norma punitiva más leve está lejos de formar parte de sus tradiciones constitucionales.

⁴³ Por un lado, en cuanto a la deducción del art. 9.3 de la Constitución, es ilógico inferir de una regla prohibitiva que todo lo no prohibido es obligatorio. Sobre ello, López Menudo (1982, pp. 146-147 y 180-181) y en cuanto a la no deducción del art. 25.1 y a la negación del derecho fundamental, al menos choca, como ya se ha visto, con el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁴ Así en las SSTC 15/1981, 62/1982, 51/1985, 131/1986, 22/1990, 177/1994, 38/1997, 99/2000, 75/2002, 85/2006... y en AATC 470/1994, 226/1990, 339/1992, entre otras. Entre las del TS en igual sentido sentencias de 8 y 15 de febrero de 2010 (recursos 4235/2006 y n.º 6422/2004).

⁴⁵ Me refiero a los interesantes votos discrepantes de Mendizabal Allende a las SSTC 177 y 203/1994 y 99/2000, así como al de Cruz Villalón a la segunda de esas sentencias. Todos ellos en el sentido de considerar que el mandato de retroactividad favorable sí que encuentra apoyo en el art. 25.1 CE.

⁴⁶ Es «exigencia constitucional, aunque no *iusfundamental*», según la expresión de Rodríguez Santiago (2019, p. 59).

Como fundamento material no se esgrime el principio de seguridad jurídica que, según dije, sustenta la prohibición de retroactividad *in peius*⁴⁷. En su lugar como justificación de la retroactividad favorable se invocan con acierto razones de justicia material⁴⁸. A veces se busca su fundamento en el principio de proporcionalidad⁴⁹. Pero, según creo, es más exacto decir que lo que se vulnera al no aplicar la ley posterior favorable es la justicia material que incluye, entre otras cosas, la proporcionalidad del castigo.

3.2. Elementos de las normas sancionadoras con obligada retroactividad *in bonus*

El artículo 26.2 LRJSP concreta los aspectos sobre los que ha de proyectarse la retroactividad favorable de las normas sancionadoras: «... tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción...». De acuerdo con ello, será necesariamente de aplicación la norma posterior que:

- a) Destipifique una conducta; esto es, la norma que establezca que una acción que hasta su entrada en vigor y cuando se cometieron los hechos era constitutiva de infracción punible deja de serlo. Es posible que pase a ser una conducta lícita. Pero también cabe que siga siendo considerada antijurídica y para la que, incluso, se prevean consecuencias aflictivas pero no punitivas. En ambos casos, la destipificación debe comportar, según la regla analizada, que no cabrá imponer sanción. Esto puede presentarse con formas diversas: se destipifica toda la acción o solo la tentativa o la comisión culpable o se reducen los sujetos responsables... En principio, cabe asimilar a estos efectos la aparición de nuevas eximentes; sobre todo, una nueva causa de justificación⁵⁰.
- b) Disminuya el castigo que la norma anterior preveía para la conducta de que se trate. En principio es indiferente que se pase de pena (judicial) a sanción (administrativa); o sea, que el hecho pase de estar tipificado como delito (o, antes, falta) y pase a estarlo como infracción administrativa o que, como es más habitual, la acción siga dentro del orden penal o dentro del orden administrativo: lo importante es que el castigo previsto (lo impongan los jueces o la Administración) sea menor. Es irrelevante la forma en que se consiga esta disminución: la directa y genérica previsión de una sanción menor (por su naturaleza o por su extensión), la forma de calcular las multas⁵¹, la previsión de una nueva atenuante, la desaparición de una anterior agravante⁵²... Todo lo que entrañe una reducción del castigo

⁴⁷ Lascuaraín Sánchez (2000, p. 25): «La aplicación de una ley posterior favorable (...) no es una opción demandada por el valor de la seguridad jurídica ni por el principio de legalidad que lo encarna». Expresivamente dice Cano Campos (2018, p. 141): «la retroactividad *in bonus* no es el reverso de la retroactividad *in peius*, sino una figura distinta que tiene un fundamento diferente».

⁴⁸ Rodríguez Mourullo (1997, pp. 133-134) lo expresa radical y certeramente: «Aunque con frecuencia se invocan razones humanitarias, la retroactividad de la ley más benigna posee un fundamento de justicia. La modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento (...) manifiesta el legislador una revisión de su primitiva concepción. Mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudió y la ley ya no profesa. Se vulneraría, en definitiva, la justicia material». En los votos particulares de Mendizábal Allende a las SSTC 177 y 203/1994 se explica jugosamente, en la misma línea, que la retroactividad benigna no obedece a «compasión *humanitatis causa*, ni tampoco por virtud del principio *in dubio pro reo*, sino por razones de Justicia, como valor constitucional preferente y norte del Estado de Derecho (...) *Non pietatis sed iustitiae causa*...». Defiende razones de mera humanidad, como un sector de la doctrina penal, López Menudo (1982, pp. 189 y ss). En contra de la justificación en razones de justicia material se dice con frecuencia que de ser así también habría que aplicar la ley posterior desfavorable. Pero aquí se trata de un equilibrio entre justicia y seguridad jurídica que, ante la norma desfavorable posterior, se decanta por la seguridad.

⁴⁹ Lascuaraín Sánchez (2000, pp. 37 y ss).

⁵⁰ Esto se puede producir con relativa frecuencia por modificación de normas distintas de la punitiva pero que aportan elementos para considerar que la conducta, aunque sigue siendo típica, ya no es antijurídica ni, por ende, punible. En materia de defensa de la competencia, podría tratarse de la aprobación de uno de los reglamentos aludidos en el art. 1.4 y 5 o de una de las leyes a que se refiere el art. 4.1 de la Ley de Defensa de la competencia. Expresivo ejemplo de esta aplicación de la retroactividad *in bonus* aporta la STS de 10 de junio de 2004 (rec. 433/1999) que anuló la sanción impuesta por infracción contra la competencia (se exigía al comprador de fotocopiadoras que firmase un contrato de asistencia técnica con la vendedora) porque mucho después se aprobó un reglamento que excepcionalmente permitía esa conducta.

⁵¹ Por ejemplo, las SSTS de 25 de febrero y 4 de marzo de 2009 (rec. 232 y 3943/2006) ante la modificación de la legislación de telecomunicaciones: en la ley vigente cuando se cometieron las infracciones había que calcular la multa en función de los ingresos brutos de la infractora mientras que en la ley posterior había que tener en cuenta sólo los ingresos obtenidos en la concreta rama de actividad en la que se había realizado la infracción; como la nueva norma comportaba una multa menor, ambas sentencias impusieron la aplicación retroactiva de ésta. La STS de 24 de julio de 2003 (rec. 11461/1998) valoró que la ley posterior preveía una reducción de la multa por conformidad con la regularización tributaria.

⁵² Así, STS de 30 de junio de 2010 (rec. 2848/2005) ante la desaparición en la Ley General Tributaria de 2003 de la agravante de «comisión repetida de infracciones tributarias» y su sustitución por la de haber sido sancionado «por una infracción de la misma naturaleza».

habrá de aplicarse retroactivamente⁵³. Por el contrario, lo que concierna a consecuencias afflictivas, pero no punitivas de ilícitos queda al margen de esta obligada retroactividad *in bonus*⁵⁴.

- c) Acorte el plazo de prescripción (o adelante el momento en que empieza a correr o suprime alguna causa de interrupción)⁵⁵. Aunque formalmente esto es una novedad de la LRJSP, los tribunales ya venían imponiendo esta solución en cuanto a la prescripción de las infracciones⁵⁶. Más allá del formalista argumento de que la prescripción es una institución de naturaleza material y no procedimental⁵⁷, las razones para sostener la retroactividad *in bonus* de las normas que reduzcan los plazos de prescripción son fútiles: el fundamento material de la retroactividad favorable (la justicia, según vimos) no concurre aquí; el hecho de que sea una institución de carácter material no demuestra que las normas que la regulan sean propiamente punitivas; de hecho, el supuesto no es de ningún modo subsumible en lo que dicen los tratados internacionales que acogen expresamente la retroactividad favorable de normas punitivas. Recuértese que hablan de la norma que dispone «una pena más leve» ¿Qué tiene que ver «una pena más leve» con un plazo de prescripción más breve? Nada. Por lo demás, el resultado tampoco es razonable pues no lo es que la Administración (o el interesado en que se sancione), confiando en que el plazo de prescripción es, por ejemplo, de dos años y esperando a tener más datos sobre la infracción, se vea sorprendida por una ley que acorte el plazo a un año. Sea como fuere, la LRJSP ha hecho una opción clara. Y, para colmo, la hace sin distinguir entre prescripción de la infracción y de la sanción. Respecto a esto último, los tribunales la han aplicado ya en lo atinente al nuevo régimen de prescripción de la sanción por falta de resolución de los recursos administrativos contra las resoluciones sancionadoras⁵⁸. Ante la clara opción legal, lo único que cabe añadir es que, pese a ello, esta extensión de la retroactividad favorable a la prescripción no tiene rango constitucional y que, por tanto, no sería inconstitucional la ley que consagrara como excepción una solución diferente.

Puede suceder que la norma posterior favorable no solo no estuviera vigente cuando se cometieron los hechos sino que tampoco lo esté en el momento de su definitivo enjuiciamiento porque, a su vez, haya sido modificada por otra: se habla entonces de leyes intermedias; y también respecto a ellas, si son más favorables que la existente al principio y al final, se predica su aplicación⁵⁹.

Se ha discutido si la norma sancionadora posterior favorable comporta la extinción de la responsabilidad sancionadora⁶⁰. Según creo, no cabe una respuesta general: depende de ante cuál de estos tres supuestos

⁵³ Una aplicación extrema puede verse en la STS 457/2021, de 29 de marzo: la nueva ley había disminuido el máximo de las multas por blanqueo de capitales; pero la multa impuesta con anterioridad no superaba ese máximo. Pese a ello la sentencia considera que el nuevo marco legal provoca que la sanción haya devenido excesiva y que el principio de proporcionalidad unido al de retroactividad favorable obliga a recalcular la sanción para disminuirla.

⁵⁴ López Menudo, El principio de irretroactividad (1982, pp. 196-197). Ejemplo ofrece la STS de 30 de noviembre de 2011 (rec. 5259/2008) ante la caducidad del permiso de conducir por su no renovación en plazo, que suprimió una norma posterior: no procede la aplicación de ésta porque «no nos hallamos ante una norma de naturaleza sancionadora». También STJUE de 13 de julio de 2006, *Maatschap, as. C-45/05*, apdo. 58, que no aplica la retroactividad favorable porque entiende que la pérdida del beneficio de que se trataba (prima por sacrificio de bovinos) «no constituye una sanción sino la consecuencia de la inobservancia de admisibilidad para la concesión de la citada prima».

⁵⁵ A veces no es propiamente que la nueva norma reduzca el plazo de prescripción, sino que disminuye la gravedad de la infracción y ello conduce de rebote a un menor plazo de prescripción. Es lo que sucedía en el caso de la SAN 213/2017, de 5 de mayo, de suerte que, en vez de imponer la sanción más suave que ahora procedía, dejó impune la infracción.

⁵⁶ Bueno Armijo (2010, pp. 213-214) explica que estas sentencias, sobre todo relativas al plazo de prescripción de las infracciones tributarias que pasó de cinco a cuatro años, se basan en que la prescripción es una institución de Derecho material.

⁵⁷ Ésa es su concepción dominante en la doctrina penal española. *Vid.* González Tapia (2003, pp. 42-44).

⁵⁸ O sea, a lo dispuesto en el art. 30.3.3.º LRJSP que da solución al problema que se producía antes de esta ley cuando, mientras no se resolviese expresamente un recurso contra una resolución sancionadora no corría el plazo de prescripción de la infracción ni de la sanción. Lo estudiaron Alarcón Sotomayor (2012, pp. 263 y ss.) y Cano Campos (2012, pp. 70 y ss.). Ahora, gracias al art. 30.3.3.º LRJSP, corre el plazo de prescripción de la sanción desde que se produce la desestimación presunta del recurso. Y lo que nos interesa es que las SSTS 1627/2020 y 284/2021 han aplicado retroactivamente esta solución. En realidad, a este respecto lo que hace el TS es asumir la tesis de las sentencias recurridas: «... partiendo de la aplicación retroactiva de la misma (o sea, de la norma del art. 30.3.3.º LRJSP), ampliamente justificada en la sentencia de instancia, que se comparte por esta Sala y que no es preciso reproducir...». La solución de estas SSTS es lógica, dada la situación absurda que regía antes de la LRJSP. Pero en otros casos la aplicación retroactiva favorable sobre prescripción llevará a resultados mucho menos razonables.

⁵⁹ Por todos, Morillas Cueva (2018, pp. 243-244), con el argumento habitual de que «el no juzgamiento durante el periodo de vigencia de la ley intermedia no es acachacable al reo sino a la lentitud de la justicia». Asimismo, Gómez Tomillo y Sainz Rubiales (2017, pp. 203-204).

⁶⁰ En sentido afirmativo Caballero Sánchez (2001, p. 131); en contra, Cano Campos (2018, p. 60).

de retroactividad se esté; también depende del momento en que la norma favorable entre en vigor (antes o después de que se dicte la resolución sancionadora). En cualquier caso, el que se opte por una solución o por otra no afecta a nada sustancial, ni a las consecuencias invalidante de la resolución que vulnere la obligada retroactividad *in bonus* ni a las vías para combatirla.

3.3. La excepción de las normas temporales y de actualización de importes económicos

Se exceptúa de la obligada retroactividad de las normas punitivas favorables la de aquéllas que sustituyen a las leyes temporales. Se entiende por ley temporal no sólo la dictada para los estados de alarma, excepción y sitio sino toda aquélla que se apruebe para regular solo un periodo de tiempo, ya venga delimitado por referencia a una fecha concreta o por algún acontecimiento (una situación de grave sequía, de polución, etc.) y aunque su carácter efímero no se explicita, sino que se infiera de su contexto⁶¹. Suelen ser más severas: tanto por tipificar conductas que normalmente no son punibles (y ni siquiera antijurídicas) como por agravar el castigo correspondiente a conductas que también lo tienen previsto en tiempos normales. La excepción de la que hablo entraña que la norma que sustituya a la ley temporal (o sea, la ley que rige de ordinario salvo en ese periodo) no se aplicará retroactivamente, aunque sea, como normalmente será, más benévola. Dicho de otra forma: las conductas realizadas bajo la vigencia de la ley temporal pueden –y hasta deben– ser sancionadas conforme a esa ley aunque cuando sean enjuiciadas ya esté vigente otra más favorable.

Esta excepción la plasma el artículo 2.2 *in fine* CP. Pero no hay ni vestigios de ella en el artículo 26.2 LRJSP⁶². Y tampoco esta excepción se contempla en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aun así, igual que nadie ha pretendido que esa previsión de nuestros Códigos Penales sea contraria a tales tratados internacionales, incluso se aceptaba antes de que la recogiera expresamente el Código Penal (Lascurain Sánchez, 2000, pp. 69-71), hay que aceptarla en el Derecho Administrativo sancionador. Es una excepción lógica e imprescindible para evitar resultados injustos y palmariamente irracionales. Así que, por traer un ejemplo actual, la derogación de las normas sancionadoras establecidas para luchar contra la COVID-19 por superación de la pandemia no supondrá (no, al menos, necesariamente) que las conductas infractoras cometidas bajo su vigencia devengan impunes. Sería un despropósito.

También se ha aceptado la excepción de las normas punitivas que aumentan las cuantías que sirven para convertir en delito o en infracción (o para que tengan una calificación más grave) los daños, las defraudaciones o, en general, los ilícitos contra el patrimonio, según se supere un determinado importe. Cuando la elevación de esos umbrales responda a una mera actualización para adecuarse a la depreciación monetaria, aunque aparentemente suponen una norma punitiva más benigna, su no aplicación retroactiva no se considera necesariamente contraria a la regla⁶³.

Para justificar que en el caso de las normas temporales y de las que adaptan las cuantías a la depreciación monetaria no debe jugar la retroactividad *in bonus* se dice que, en tales hipótesis, más que una genuina sucesión de normas punitivas, hay un mero cambio fáctico (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, pp. 199-

⁶¹ Pero no cabe extender el concepto de ley temporal hasta el extremo de incluir a la mayoría de las leyes administrativas por el mero hecho de que están más apegadas a circunstancias coyunturales o variables y acogen una estrategia ante ellas. Seguramente la ley que regule el sector eléctrico o el impuesto sobre la renta tendrán menos vigencia que las normas de, por ejemplo, Derecho sucesorio, y hasta cabe reconocer que el legislador parte ya de que habrá que ir modificándolas según nuevas circunstancias. Pero eso no las convierte de ningún modo en leyes temporales como parece asumir López Menudo (1982, pp. 205 a 208).

⁶² Peor todavía: en la Ley Orgánica 4/1981 de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio tampoco está recogida esta salvedad sino otra mucho más reducida: su art. 1.3 solo salva a las «sanciones firmes», o sea, las sanciones que no solo se impusieron cuando regía alguno de esos estados extraordinarios, sino que además alcanzaron firmeza durante ese periodo. De modo que parece que, tras levantarse estos estados extraordinarios, no cabría imponer nuevas sanciones por hechos producidos durante su vigencia y en aplicación de sus específicas normas punitivas. Por supuesto que las sanciones devenidas firmes mientras duran esos estados extraordinarios deben mantener su eficacia; pero es que, además, lo razonable es que, terminados esos estados, puedan ejecutarse las sanciones impuestas, aunque aún no hayan devenido firmes y puedan sancionarse las infracciones cometidas mientras estuvieron declarados. De lo contrario la mayoría de las conductas quedarían impunes con patentemente injusticia y arruinando la efectividad de ese derecho excepcional. Cano Campos (2021, pp. 819-820), acudiendo al origen de este desgraciado precepto, trata de salvar sus más disparatadas consecuencias.

⁶³ *Vid.* Rodríguez Mourullo (1997, p. 135); Lascurain Sánchez (2000, pp. 99-100); y Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2017, p. 200). Cosa distinta es que, aun así, se pueda optar por esa aplicación retroactiva favorable, como hizo el Acuerdo de la Sala de lo Penal del TS de 25 de octubre de 2005. *Vid.* Muñoz Conde y García Arán (2019, p. 133). Solo afirmo que no hacerlo no comporta vulneración de la regla analizada.

200), (Cano Campos, 2018, p. 59). Y, yendo más al fondo, se explica que en estos casos el legislador no ha variado un ápice su juicio sobre la conducta atendiendo al momento y circunstancias en que se realizó. No hay un cambio valorativo, se dice; no ha perdido vigencia la reprobación que al ordenamiento le merece la acción en el contexto en que se realizó (Lascuráin Sánchez, 2000, pp. 42-50). Todo esto es correcto. Tan correcto que, en realidad, puede y debe justificar otras excepciones, como luego razonaré.

3.4. Retroactividad *in bonus* de reglamentos ejecutivos y de criterios interpretativos

Los reglamentos sancionadores que pueden dictarse conforme al artículo 27.3 LRJSP han de aplicarse retroactivamente en cuanto sean favorables⁶⁴. Y lo mismo puede decirse de los criterios interpretativos, ya sean los incorporados a una norma, los jurisprudenciales o los expresados por la Administración⁶⁵. A este respecto no se plantean dudas ni problemas especiales.

3.5. ¿Retroactividad *in bonus* de las normas no sancionadoras en cuanto se integran con las sancionadoras? La respuesta dominante y la conveniente matización

En Derecho Penal se suele aceptar que las normas no penales, en cuanto están llamadas a integrarse con las penales en blanco, deben de aplicarse retroactivamente si favorecen al reo⁶⁶. Y ésa es también la solución que acoge la jurisprudencia para las normas no sancionadoras que se integran con las sancionadoras administrativas⁶⁷. Lo expresó claramente la STS de 12 de febrero de 1988⁶⁸. Tras recordar que en el Derecho Administrativo sancionador rige la retroactividad *in melius*, dice:

«Ocurre que en ocasiones la norma sancionadora no describe exhaustivamente la conducta que integra la infracción sino que se remite a otros preceptos a los que corresponde la función de rellenar aquel vacío completando así el tipo (...) La cuestión suscitada es la de si el principio de la retroactividad de la ley más favorable ha de jugar también cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora, en sí misma, sino la que aporta el complemento que viene a rellenar el tipo en blanco por aquella dibujado. La respuesta (...) ha de ser afirmativa: el complemento que proporciona la norma no sancionadora es siempre parte integrante del tipo. Que éste se formule de una sola vez, en la regla sancionadora, o en dos momentos y normas distintas, resulta inoperante. La infracción se integra por el tipo completo (...) Así las cosas, a los efectos de la retroactividad de la ley más favorable, una vez que el tipo existe, resulta intrascendente que la alteración o eliminación tenga lugar por modificación de la norma sancionadora en blanco o por modificación de la regla complementaria que viene a dar el último contenido al tipo. El fundamento de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable, se concrete en razones humanitarias o de estricta justicia, opera siempre que una modificación normativa afecte a la norma en blanco o a la complementaria (lo que) evidencia que determinada conducta ha dejado de ser socialmente reprochable»⁶⁹.

⁶⁴ Y lo mismo hay que afirmar, incluso con más razón, de las normas sancionadoras que, más allá de los límites del art. 27.3 LRJSP, puedan contener ordenanzas o reglamentos colegiales.

⁶⁵ Sobre un criterio interpretativo expresado formalmente por la Administración atinente a la graduación de la sanción, la STSJ de Madrid 194/2016, de 9 de marzo (rec. 487/2015) dice que «al ser (...) favorable al sancionado, debería haberse aplicado con carácter retroactivo». Por ello rebaja la multa de 30.050 a 3.006€.

⁶⁶ Rodríguez Mourullo (1997, p. 136): «en la medida en que integran una ley penal se convierten en normas de esta naturaleza». La jurisprudencia penal sigue desde hace tiempo esta tesis. *Vid.* Lascuráin Sánchez (2000, pp. 80 a 83).

⁶⁷ En la doctrina administrativista es rotundamente favorable a esta aplicación retroactiva (Gallardo Castillo, 2008, pp. 146-147).

⁶⁸ No aparece el número del recurso. Para la identificación de esta importante sentencia diré que está publicada dos veces con ECLI diferente: ES:TS:1988: 1144 y 15588. Y en el repertorio Aranzadi aparece con el n.º 1378.

⁶⁹ La misma idea ha venido aplicándose ampliamente por los tribunales contencioso-administrativos. *Vid.* Bueno Armijo (2010, pp. 210-213). La expresa con claridad la STS, Sala Militar, de 17 de marzo de 2016 (rec. 139/2015) que, con cita de otras anteriores de la misma Sala, afirma que «en el ámbito penal no existe la menor duda de que en el supuesto (...) de las leyes penales en blanco (en blanco, en sentido amplio o con elementos normativos) que se remiten expresa o tácitamente a otras normas jurídicas extrapenales (...) cualquier norma extrapenal que limite el alcance del supuesto de hecho de la ley remitente dará lugar a una nueva ley penal que deberá aplicarse retroactivamente». Y lo aplica al ámbito disciplinario de forma que, «proyectada la nueva norma al tipo disciplinario en cuestión, limita su alcance, siendo por tanto más favorable para el recurrente, de ahí su directa aplicación...». Asimismo, es la postura dominante en la doctrina administrativista. Por todos, López Menudo (2018, p. 92): tanto «la irretroacción en lo desfavorable y la

No se trata siempre de integración con reglamentos sino a veces con otras leyes u otros elementos normativos; incluso convenios colectivos⁷⁰. Y, en realidad, similar idea se aplica más allá de las genuinas normas en blanco cuando hay un nuevo contexto jurídico que comporta que ya no hay tipicidad o, más frecuentemente, que, aunque haya tipicidad, ya no hay antijuridicidad. Son supuestos heterogéneos difícilmente reconducibles a unidad. Ejemplifiquémoslos con algunas sentencias del TS.

– STS de 22 de febrero de 2005 (recurso 2278/2002). Se sancionó por realizar una actuación en unos terrenos que en aquél momento estaban en un parque protegido. En virtud de una modificación legislativa, esos terrenos quedaron fuera de los límites de ese parque. Y la sentencia anuló la sanción con este razonamiento:

«Tal modificación legislativa (...) ha supuesto que la finca en la que se llevaron a cabo los hechos sancionados ya no se encuentran dentro de los límites del Parque Regional, habiendo desaparecido las limitaciones y prohibiciones contenidas en la misma, y, en consecuencia, la presunta infracción (...) Desde una perspectiva de constitucionalidad, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables, deducida a contrario sensu de artículo 9.3 de la Constitución, obliga a la estimación del recurso en supuestos como el presente en que el acto impugnado tiene un exclusivo carácter sancionador. Y, desde la perspectiva de legalidad ordinaria ha de llegarse a idéntica conclusión, de conformidad con el artículo 128.2 de la Ley 30/1992 (hoy art. 26.2 LRJSP), en el cual se establece que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al infractor”».

– STS de 15 de julio de 1999 (rec. 132/1993): se impuso sanción por infracción de contrabando cometida en 1982 por la importación de productos adquiridos en Francia. Tras la incorporación de España a la Comunidad Europea la importación de productos franceses dejó de estar sometida a restricciones. Por tanto, explica el TS, ahora la conducta no sería infracción y, dice, procede «declarar extinguida la responsabilidad»⁷¹.

– STS de 6 noviembre 1998 (rec. 535/1993): se sancionó por comercializar en 1979 con productos que eran objeto del monopolio de petróleos. Como en 1992 se suprimió tal monopolio, al resolver el TS la conducta ya no sería infracción. Por eso declara «extinguida la responsabilidad».

Otros tribunales han aplicado lo mismo, por ejemplo, ante las reformas del tiempo máximo de publicidad de los canales televisivos⁷² o cuando se ha sustituido la exigencia de autorización administrativa por la de mera comunicación a la Administración⁷³.

Estos ejemplos son de por sí sugerentes para dudar de la justicia de los resultados de esta retroactividad *in bonus* (Nieto García, 2012, p. 206). ¿Es justo que quede sin sanción quien vulneró las normas de un parque protegido porque después perdió la protección? ¿Lo es si perdió la protección precisamente porque los particulares, con su indisciplina, provocaron la degradación de sus valores ambientales? ¿Es justo que quien importaba ilegalmente productos franceses, cuando sus competidores pagaban aranceles y cuando los productos españoles no podían exportarse libremente a Francia, quede sin sanción porque después todo eso cambió? ¿Tiene algo que ver con la justicia que quede sin sanción quien vulneraba el monopolio de pe-

retroacción en lo beneficioso juegan a plenitud cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora en sí misma sino la que aporta el complemento que viene a rellenar el tipo en blanco por aquella dibujado».

⁷⁰ Sirve de ejemplo la STSJ de Cantabria de 27 de abril de 2001 (rec. 441/2000). Se sancionó de acuerdo con la norma del Estatuto de los Trabajadores que tipifica como infracción «la transgresión de las normas y límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias...». Explica el Tribunal que se trata de «un precepto sancionador en blanco (que) hace necesario acudir a otra norma, en este caso, al convenio colectivo». Como después de cometerse la infracción se pactó un nuevo convenio colectivo que permitía el trabajo los sábados por la tarde, que es lo que se imputaba a la sancionada, la sentencia, en aplicación de la retroactividad *in bonus*, anula la multa impuesta.

⁷¹ Algo parecido puede verse en las sentencias relativas a la expulsión de rumanos y búlgaros que, tras la incorporación de sus países a la Unión Europea, fueron anuladas invocando la retroactividad *in bonus*. Entre otras, SSTS de 12 y 13 de febrero de 2008 (rec. 2525 y 2110/2004).

⁷² SSAN de 16 y 19 de diciembre de 2013 (rec. 1020 y 824/2013): la ley seguía tipificando la superación de los límites temporales de publicidad; pero las normas que fijaban esos límites habían procedido a una reordenación general de la publicidad televisiva.

⁷³ Por ejemplo, STSJ de Canarias (Sala de Las Palmas) 106/2013, de 4 de noviembre: de acuerdo con la ley turística que tipificaba como infracción la explotación de hoteles sin autorización, se impuso una multa. Con posterioridad se suprimió la necesidad de autorización y se sustituyó por comunicación previa. La sentencia dice que está ante «un precepto en blanco que es preciso llenar con preceptos que establezcan los supuestos en los que legal o reglamentariamente se imponga la necesidad de autorización. Como ahora rige «el principio de libertad de establecimiento sin necesidad de autorización», afirma que la conducta «ha dejado de ser típicamente antijurídica» por lo que anula la sanción.

tróleos porque luego se liberalizó? ¿O quién infringió los límites temporales de publicidad porque después se establecieron otros no menores sino distintos que, claro está, tampoco había observado? ¿Debe quedar sin sanción quien actuaba clandestinamente porque después se sustituyó la autorización por mera comunicación que tampoco había realizado? Y más allá de estos ejemplos de las sentencias, piénsese en los cambios en las infracciones de tráfico ¿Es justa la impunidad de quien circula en dirección prohibida porque luego se produce una reordenación y para la misma calle se establece la dirección contraria? ¿La de quién supera el límite de velocidad porque después, acaso por mejorar las condiciones de la vía, se suprime ese límite? (Cano Campos, 2014, pp. 145-147). Y las normas tributarias ofrecen ejemplos elocuentes ¿Es justo que quede impune quien no pagó determinado impuesto porque después se suprime y se sustituye por otros que, naturalmente, tampoco pagó? (Lascuraín Sánchez, 2000, pp. 103-116). En estos casos el infractor ¿será un precursor, un avanzado con una idea del orden social a la que el tiempo ha dado la razón o un descarado transgresor de la legalidad con suerte? Negar la justicia de los resultados a que conduce esta indiscriminada aplicación de la retroactividad *in bonus* no es baladí pues recuérdese que su fundamento es la justicia material. ¿Debe aplicarse la regla positiva del artículo 26.2 LRJSP desconectada de su fundamento e incluso cuando conduce a resultados ridículos y hasta sangrantes?

En algunas sentencias se atisba una cierta reacción, un intento de contener esta aplicación desbocada de la retroactividad *in melius*. Lo entreveo en la STS de 18 de marzo de 2003 (recurso 5721/1998). La infracción consistía en «la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente» y lo que había cambiado era esa legislación que pasó de «la prohibición en términos absolutos» a su admisión con determinados requisitos y necesidad de autorización administrativa. La recurrente fue sancionada por realizar la cesión cuando estaba totalmente prohibida y pretendía que se anulara la sanción porque después esa prohibición había sido derogada. La sentencia acude a la doctrina de las normas temporales para rechazar la retroactividad *in melius*. Parece obvio que la prohibición absoluta de cesión de trabajadores no era una norma temporal y que su invocación fue un subterfugio para rechazar una solución que la sentencia intuía injusta. Además, hay en esta misma sentencia otros argumentos más sólidos. Apunta que lo que sucede es que la sucesión de normas «no supone necesariamente un cambio de criterio sobre la idoneidad de las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia»; y que en el caso «se infiere que el legislador no ha cambiado de criterio sobre la adecuación de las sanciones impuestas». Para los supuestos en que una actividad deja de ser antijurídica y pasa a ser lícita pero con una serie de requisitos, también esboza este otro argumento: «El hecho de que dichos requisitos no pudieran cumplirse cuando se llevó a cabo la cesión (...) lleva a la conclusión de que el régimen sancionador aplicable al caso es en su integridad el previsto en la legislación derogada».

Sobre todo, es reveladora la STSJ de Galicia 215/2014, de 6 de marzo. Un sujeto fue sancionado en virtud del precepto que tipifica como infracción muy grave realizar en suelo rústico una edificación prohibida. Después se modificó el plan urbanístico: el terreno pasó a ser suelo de núcleo rural en el que sí era posible construir. Según el sancionado, ya no se estaba ante la infracción muy grave sino ante la leve de construir sin licencia un edificio legalizable. En la primera instancia el Juzgado anuló la sanción por entender que la conducta había quedado destipificada y por la retroactividad *in bonus*. Pero la STSJ reseñada, como ya había hecho el mismo tribunal en otras, dice que se trata de «una norma en blanco porque se remite a otras, que son las que determinan qué actividades están prohibidas en suelo rústico»; que sólo hay una «posterior aprobación de instrumento de planeamiento que desplegará sus efectos hacia el futuro»; y que no se produce «un supuesto de retroactividad de norma sancionadora más favorable, ya que dicha norma sancionadora sigue siendo la misma». Y explica:

«No cabe hablar de retroactividad de una norma más favorable porque el precepto aplicado por la Administración sigue siendo el mismo, por lo que también sigue siendo una infracción muy grave realizar en suelo rústico una obra prohibida por la ley; y para determinar la clasificación del suelo (...) hay que estar al momento en que se llevó a cabo la obra, en el cual se trataba de un suelo rústico en el que no se podía edificar una vivienda como la que construyó el actor (...) Cuando (la ley) califica como infracción leve la ejecución de una obra realizada sin licencia en el caso de ser legalizable por ser conforme con el ordenamiento urbanístico, se está refiriendo al ordenamiento en vigor cuando se ejecuta la obra, ya que esa calificación como leve deriva de que no existió un desconocimiento de la legalidad urbanística material, pues no se construyó algo prohibido, sino de la procedimental al no haber sido solicitada la oportuna licencia».

En definitiva, en caso de norma sancionadora en blanco que ha de integrarse con los planes de urbanismo, la modificación de estos no arrastra su aplicación retroactiva, aunque permitan lo hasta entonces prohibido. El asunto llegó al TS, no por vía de recurso, sino porque el sancionado planteó nada más y nada menos que proceso por error judicial a efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Y la STS 1821/2016, de 18 de julio, se limitó a decir que las conclusiones del tribunal gallego «no pueden reputarse ilógicas, irrazonables o absurdas, ni tampoco fruto de la desatención, la desidia o falta de interés jurídico, sino que, por el contrario, constituyen claramente el resultado de un proceso razonado y acorde con las reglas del criterio humano, *sin que ello signifique que sean compartidas por esta Sala*»⁷⁴. Ni compartidas ni rechazadas. Pero, según creo, aquella sentencia del TSJ gallego no sólo no era ilógica sino impecable: la retroactividad favorable no puede extenderse a tales casos; lo contrario produce disfunciones graves, especialmente agudas cuando los planes se modifican precisamente para dar solución a las situaciones creadas por la indisciplina: que con esas modificaciones de planes se eviten demoliciones problemáticas tiene un pase, pero que para colmo los responsables también queden sin castigo es un infame desatino.

En algunas otras sentencias, aunque no se refieran a normas sancionadoras en blanco sino a cambios legislativos que alteran aspectos de la antijuridicidad y aunque no expliquen sus razones, también se esquivo la retroactividad *in bonus* cuando perciben que conduce a resultados inicuos. Son representativas las SSTS de 7 de diciembre de 2015 y 22 de febrero de 2016 (rec. 1758 y 1419/2013): ante una infracción contra la competencia (con ocasión de los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de la Liga y la Copa del Rey) que, días después de la resolución sancionadora, resultaba lícita conforme a la Ley General de Comunicación Audiovisual (a su art. 21 y a su transitoria 12.^a), el TS simplemente dice que «el nuevo régimen jurídico aplicable a los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales de los clubs de fútbol, no puede condicionar la conformidad a derecho o nulidad de la resolución administrativa sancionadora, de fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva norma». Según creo, se estaba ante uno de los casos comprendidos en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia: «...las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley». La Ley de Comunicación Audiovisual era una de esas leyes: hacía que conductas típicas según la Ley de Defensa de la Competencia no resultaran sancionables porque no son antijurídicas. Por tanto, la aplicación tajante y amplia de la retroactividad sancionadora favorable conducía a la anulación de la sanción. Lo que hacen estas SSTS con la afirmación apodíctica reproducida es simplemente negar tal aplicación retroactiva de una ley que excluía la antijuridicidad.

También ocasionalmente se vislumbra esta reacción frente a la aplicación amplia de la retroactividad sancionadora favorable en el TJUE. Buena muestra es su sentencia de 11 de marzo de 2008, *Jager*, as., C-420/06, apdos. 67 a 85, ante el cambio en el régimen de las ayudas agrarias. Frente a la pretensión de la aplicación retroactiva del régimen sancionador posterior, el tribunal explica que se trata de un «contexto normativo esencialmente distinto», de un nuevo «sistema global», y que por ello el nuevo régimen sancionador «no refleja un cambio de apreciación del legislador comunitario en cuanto al carácter adecuado de las sanciones» previstas en el anterior de modo que no cabe aplicar retroactivamente las normas punitivas posteriores «so pena de desnaturalizar el régimen (...) tal y como ha sido concebido por el legislador comunitario en el marco de dicha reforma».

Tratando de dar una explicación general, lo que sucede en muchos de estos casos en que no cambia la norma sancionadora sino otras con las que se integra o le dan su contexto jurídico es que –igual que ocurre con la derogación de leyes temporales o con las de adaptación a la depreciación del dinero– la reforma no entraña un cambio en la valoración que la conducta merece al ordenamiento. Ese cambio de valoración acaso se exprese con la destipificación o con la previsión de sanción menor, pero no con otras mutaciones del ordenamiento. Con esas otras reformas puede y suele haber solo un cambio de estrategia o mera adecuación a otra coyuntura. Incluso aunque haya un cambio radical en todo un sistema (en el fiscal, en el urbanístico de un territorio, en el de un sector económico...) y se entienda que supone una mejora, no se desdeña lo establecido antes ni se altera el juicio peyorativo que el ordenamiento hace de quien lo transgredió. Por eso sancionar las conductas contrarias a la norma derogada conserva su justicia y racionalidad. Igual que, permítaseme el símil, si se pasa del fútbol al baloncesto nadie en su sano juicio dejaría sin sanción a quien jugó al fútbol con la mano.

⁷⁴ Es sorprendente que el Ministerio Fiscal solicitó la estimación de la demanda –o sea, que consideraba que la sentencia había incurrido en manifiesto error judicial– por entender que es «obligada la aplicación retroactiva del Plan de 2012 como norma más favorable».

Lo razonado conduce a concluir que debería permitirse al legislador que modulara o hasta excluyera la retroactividad *in bonus*. Así sería él quien declararía si con la reforma que introduce hay o no un cambio valorativo respecto a las conductas anteriores. Nadie mejor que quien introduce esa reforma para hacerlo. Pero esto, en realidad, significa que la postura correcta es la del sector doctrinal que propugna que la retroactividad *in bonus* no tiene rango suprallegal y que, por tanto, el propio legislador la puede moldear y excepcionar. Y aunque parezca la mejor tesis, choca, como nos consta, con los tratados internacionales que la han consagrado y con la jurisprudencia del TC que la ha constitucionalizado.

Ante ello, lo que defiende es que, al menos, se constriña la obligada retroactividad favorable dentro de lo que inexorablemente imponen esas normas supraleales y el artículo 26.2 LRJSP. Es decir, que sólo juegue respecto a las normas estrictamente sancionadoras y que, por tanto, queden al margen de la imperativa retroactividad *in bonus* las otras con las que se integran o que ofrecen el contexto de antijuridicidad. Para entender bien esta propuesta, una precisión es pertinente: con ella no se pretende que se sancione la conducta previa por el mero hecho de que constituya desobediencia a las normas a la sazón vigentes ni, por tanto, castigarlas puramente por su mera antijuridicidad formal; se trata más bien de permitir sancionarla porque, pese al cambio normativo, se sigue reconociendo en aquella conducta su lesividad para el bien jurídico protegido (el medio ambiente, la seguridad del tráfico vial, la salud pública, la ordenación urbana, etc.), esto es, su antijuridicidad material.

Esta interpretación que patrocino no es incompatible ni con los textos internacionales ni con lo que ha consagrado el TC español. Es perfectamente conciliable con ello y hasta con el artículo 26.2 LRJSP. Simplemente circunscribe su ámbito a lo que realmente dicen y a lo que concuerda con el fundamento material de la retroactividad *in melius*. Incluso cabe afirmar que, aunque formalmente no ha sido proclamada por la jurisprudencia ordinaria y hasta contradice algunas de sus declaraciones generales, realmente explica y da sustento teórico a lo que han hecho algunas sentencias que, como se ha visto, sin aparente fundamento o con fundamentos inconsistentes, huyen de la aplicación ciega y rígida de la retroactividad favorable de las normas que ofrecen el contexto de antijuridicidad de las estrictamente sancionadoras.

3.6. Retroactividad de las leyes que dan cobertura a reglamentos favorables

El TS ha admitido la retroactividad de las leyes que *a posteriori* dan sustento a reglamentos sancionadores favorables que nacieron sin ella⁷⁵. Pero, en concordancia con lo dicho en relación con los reglamentos desfavorables, cabe sostener que, al margen de la cuestión de la retroactividad *in melius*, si el reglamento nació nulo, la ley posterior no puede sanarlo.

3.7. Sobre las normas procedimentales y las relativas a la ejecución de las sanciones

Por las mismas razones que vimos en relación con la retroactividad *in peius*, tampoco las normas procedimentales posteriores a los hechos enjuiciados quedan sometidas a la obligatoria retroactividad *in melius* de que aquí hablamos⁷⁶. Aunque frecuentemente resultarán de aplicación a conductas realizadas antes de su vigencia, eso se produce en virtud de reglas por completo diferentes. Y lo mismo hay que decir de las atinentes a la ejecución de las resoluciones sancionadoras⁷⁷.

⁷⁵ Por ejemplo, las SSTS de 18 de julio y 18 y 25 de octubre de 2011 (rec. 224, 228 y 281/2010) admitieron la aplicación de una ordenanza barcelonesa que sin previa base legal establecía la sustitución de las multas por la realización de trabajos en favor de la comunidad o la asistencia a sesiones informativas al entender que era favorable y que le dio cobertura poco después el art. 30.3 de la Ley 1/2006 de Régimen Especial de Barcelona.

⁷⁶ Así, la STS de 18 de noviembre de 2008, rec. 1744/2006. En el caso, una reforma había reducido el plazo de duración del procedimiento y, por ende, anticipado el de caducidad: «no puede ser considerada como norma sancionadora susceptible de aplicarse con efecto retroactivo. Se trata de una norma de procedimiento que tiene virtualidad a partir del momento de su entrada en vigor, con proyección sólo de futuro, al no afectar para nada a la calificación de la infracción o de la sanción que le corresponde, campos en los que opera el principio de retroactividad de la ley favorable, sin que pueda extenderse más allá de este ámbito el indicado principio conforme a la doctrina del TC (STC de 23 de octubre de 2006 y las que en ella se citan)». No obstante, defiende esa retroactividad Gallardo Castillo (2008, pp. 147-148).

⁷⁷ Una serie de SSTS de la que es muestra la de 4 de febrero de 2002 (recurso 7382/1996) aplican la nueva norma posterior a la infracción que establecía la suspensión automática de las sanciones tributarias frente a la anterior que exigía la prestación de garantía. Pero, sin negar su acierto, sostengo que la solución no se basaba en la regla constitucional de retroactividad de las leyes punitivas favorables, sino que tenía otros fundamentos.

3.8. Intrascendencia del momento en que se cometiera la infracción

A diferencia de lo que se plantea para la prohibición de la retroactividad *in peius* de las normas punitivas, aquí, a efectos de la obligada retroactividad *in melius*, es superfluo determinar con exactitud el momento de comisión de la infracción: se aplicará la norma posterior más benigna, aunque la infracción se haya cometido íntegramente bajo la vigencia de la más severa y aunque aquella favorable se aprobara mucho después (González Tapia, 2002, pp. 105 y 216)⁷⁸.

3.9. Procede esta aplicación retroactiva mientras no se haya ejecutado la sanción y mientras, incluso ejecutada, no sea firme

El artículo 26.2 LRJSP dice que la aplicación favorable procederá «incluso respecto a las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición»⁷⁹.

Queda claro, por lo pronto, que sólo cierra la aplicación de la norma retroactiva favorable cuando la sanción que correspondía en aplicación de la anterior ley más gravosa esté cumplida. Para ser más exactos, completamente cumplida⁸⁰. No distingue el artículo 26.2 LRJSP según la resolución sancionadora sea o no firme cuando entra en vigor la nueva norma favorable. No es un olvido sino una decisión consciente y acertada. Con toda lógica, la firmeza de la resolución no impide que se despliegue esta retroactividad favorable si la sanción no se ha cumplido por completo (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, p. 188). Para las normas penales, lo proclama el artículo 2.2 CP español: «...tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído *sentencia firme*...». No hay ninguna razón para que la solución sea distinta ante las normas sancionadoras administrativas⁸¹. O sea, la firmeza de las resoluciones sancionadoras (por no haberse recurrido o por haber sido confirmada en sentencia, a su vez firme) no impide la aplicación retroactiva de la norma posterior más benévola si la sanción no estuviera ejecutada en nada o no lo estuviera por completo⁸².

⁷⁸ Es lo que concluye la STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. 1973/2014): se planteaba la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 o la que la sustituyó 15/2007 ante una infracción permanente que se había prolongado desde el año 2000 al 2008. Pero finalmente dice que, en tanto la última sea más beneficiosa, debe aplicarse «incluso en aquellos casos en que las conductas hayan finalizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007».

⁷⁹ Es una de las novedades del art. 26.2 LRJSP respecto al precedente art. 128.2 Ley 30/1992. Seguramente en la misma línea está otra de sus novedades: en vez de hablar solo de normas que favorezcan «al presunto infractor», como hacía aquel art. 128.2, se refiere a normas que favorezcan «al presunto infractor o al infractor»; con ello pretende destacar que esta retroactividad beneficia también a quien ya ha sido sancionado (el infractor) y no únicamente a aquél simplemente acusado (presunto infractor). De hecho, la referencia única en la Ley 30/1992 al «presunto infractor» sirvió para justificar una gran limitación en la aplicación de la retroactividad *in melius*. Vid. M. J. Gallardo Castillo (2008, p. 145).

⁸⁰ El art. 2.2 CP español es más explícito («... el sujeto estuviese cumpliendo la condena»). Pero la misma solución ha de aplicarse a las sanciones administrativas que se prolongan en el tiempo. Así, si se trata de una sanción temporal (por ejemplo, inhabilitación o cierre de establecimiento por cinco años) que se haya cumplido todo el tiempo; si, por ejemplo, se llevan cumplidos cuatro años de inhabilitación o de cierre, la retroactividad *in bonus* desplegará sus efectos; violaría la obligada retroactividad favorable que se hiciese cumplir el resto de la sanción todavía no ejecutada (el año restante, en nuestro ejemplo) cuando entra en vigor la ley que ya no prevé esa sanción. Y si se trata de una sanción de efectos permanentes, por ejemplo, la separación y baja definitiva como funcionario, la retroactividad *in melius* podría aplicarse en todo momento. Es lo que subyace, aunque no lo explicita, en la STS de 13 de marzo de 1992 (rec. 3173/1990). En contra STS de 17 de diciembre de 2007 (rec. 183/2004) ante una sanción de separación de servicio con el débil argumento de que ese género de sanciones, una vez «cumplimentados los trámites correspondientes (...) han de entenderse definitivamente ejecutadas y, por lo tanto, no son susceptibles de rectificación por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna». Más bien se puede mantener que si la sanción sigue produciendo efectos aflictivos, deben cesar. Es sugerente la STJUE de 15 de enero de 2019, as. C-258/17, sobre un policía austriaco castigado por actos homosexuales en 1975. Por esa sanción, el policía sufría una disminución en su pensión del 25%. La sanción devino contraria a la Directiva 2000/78. Y aunque la sanción era firme desde hacía muchos años la STJUE de 2019 eliminó la reducción del 25% de la pensión. No se basó, sin embargo, en la retroactividad *in bonus*. Pero en el fondo late esa idea de la supresión de los efectos aflictivos de la sanción que se siguen produciendo.

⁸¹ Como se ve, hasta la fuerza de cosa juzgada material de las sentencias firmes se desvanece ante la retroactividad *in bonus*. Y así debe ser por las razones de justicia que, según vimos, laten en esta retroactividad favorable. Aunque, a fuer de exactos, no se afecta a la cosa juzgada material puesto que no se atenta a lo que decidió en aplicación de una ley sino que se aplica otra. En contra, López Menudo (1982, pp. 199-200), bien es cierto que lo hacía en un contexto normativo distinto del actual.

⁸² Hay que reconocer, empero, que la Ley General Tributaria no tiene empacho en establecer lo contrario. Dice su art. 10.2.2.º que «las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias (...) tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado». Concuerda con el art. 178.2.º LGT que, ya referido específicamente a los «principios de la potestad sancionadora», dice: «El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley». Es decir, que restringe la retroactividad *in bonus* a las resoluciones no firmes. Hasta las sentencias penales firmes, como acabamos de ver, se pliegan a la retroactividad favorable. Pero,

Pero aún hay más, aunque no lo diga el artículo 26.2 LRJSP: en el caso de que la resolución sancionadora esté completamente cumplida, si no ha alcanzado firmeza cuando entra en vigor la norma más favorable, debe desplegar sus efectos la retroactividad *in bonus*⁸³. Piénsese, por ejemplo, que el sancionado, aunque interpuso recurso contra la sanción, prefirió no pedir la suspensión (o la pidió y no la obtuvo) y la cumplió; o incluso optó por pagar durante el procedimiento sancionador para obtener un descuento (art. 85.2 LPAC) sin perjuicio de interponer recurso contencioso-administrativo⁸⁴. En estos casos, aunque la sanción esté cumplida, al no ser firme la resolución que la impuso y estar pendiente de recursos, la nueva norma favorable será aplicable (Bueno Armijo, 2010, pp. 215 y ss.) Así se desprende de la jurisprudencia que expondré en el siguiente epígrafe⁸⁵.

Todo esto lo ratifica la STS 457/2021, de 29 de marzo: «... los cambios legislativos que beneficien al infractor se aplican (...) a las sanciones ya impuestas que no sean firmes, e incluso a éstas cuando no estén totalmente ejecutadas». En conclusión, la retroactividad *in bonus* únicamente quedará cerrada si la nueva norma favorable entra en vigor cuando la resolución sancionadora sea firme y, además, esté completamente cumplida⁸⁶: si falta alguna de esas dos condiciones la norma favorable posterior sí será aplicable.

Lo expuesto se asemeja a lo que se produce cuando una norma sancionadora es anulada: también entonces, desde que se declara esa nulidad, no solo no cabrá aplicar esa norma en el futuro (ni siquiera a los hechos que se produjeron durante su aparente vigencia) sino que perderán sus efectos las sanciones impuestas conforme a ella incluso aunque hayan devenido firmes siempre que no estén completamente ejecutadas⁸⁷. Pero, aunque de consecuencias parecidas, son fenómenos muy distintos y con diferente fundamento⁸⁸. Por eso, además, el régimen de la nulidad de normas punitivas y el de la retroactividad *in bonus* son diferentes (por ejemplo, en cuanto a los cauces para hacer valer una y otra).

3.10. Consecuencias de la violación de la regla y cauces para eliminarla

También a este respecto hay que diferenciar según se viole la regla como mandato a la ley sancionadora y como mandato al órgano administrativo encargado de aplicarla.

La norma que niegue la aplicación retroactiva *in bonus* en materia sancionadora será inconstitucional por contraria al artículo 9.3 CE (aunque no al art. 25.1 CE). Frente a ella cabrá recurso (y cuestión) de inconstitucionalidad o contencioso-administrativo según tenga rango de ley o de reglamento.

En cuanto a la resolución administrativa que no aplique la norma sancionadora favorable hay que distinguir diferentes supuestos según esa norma haya entrado en vigor antes o después de la resolución, de su firmeza o de su ejecución.

al parecer, la LGT pretende que las meras resoluciones de la Administración tributaria sean más inamovibles que las sentencias penales. Dejemos al margen esta extravagancia de la LGT que patentiza una patología más amplia del Derecho español.

⁸³ Cano Campos (2018, p. 59): «... siguiendo a la jurisprudencia (...) la retroactividad *in bonus* alcanza tanto a las sanciones cumplidas (voluntariamente) o ejecutadas (forzosamente) pero que todavía no son firmes (...) como a las que son firmes, pero todavía no se han cumplido o ejecutado».

⁸⁴ Que este recurso es posible lo deja claro la STS 232/2021, de 18 de febrero.

⁸⁵ Además, la solución contraria produciría un resultado injusto que trataría mejor al rebelde contumaz que no cumple (quizá ni siquiera recurrió y no cumple porque «no le da la gana») que a quien cumplió y recurrió; aquél se beneficiaría de la retroactividad *in bonus* y éste no: injusto e incluso absurdo.

⁸⁶ En ocasiones se ha mantenido que, incluso ante penas ya firmes y ejecutadas, la ley posterior que destipifique la conducta debe aplicarse con la consecuencia de la cancelación de los antecedentes penales y la desaparición de la reincidencia como agravante. Así incluso lo entendió la Sala de lo Penal del TS, como recuerda Rodríguez Mourullo (1997, pp. 134-135). *Vid.* también Muñoz Conde y García Arán, (2019, p. 133). Incluso cabría que el legislador previera compensar a quien sufrió la pena que ahora se considera improcedente. Pero esto último, desde luego, no entra en la retroactividad *in melius* sino que a lo sumo podrá ser una decisión del legislador, como explica Lascuráin Sánchez (2000, p. 54). Lo mismo vale para el Derecho Administrativo sancionador. Pero sin esa previsión legal no cabe la responsabilidad patrimonial de la Administración y obligarla a indemnizar por haber impuesto y ejecutado una sanción que era legal: el sancionado tenía el deber de soportar el daño que la sanción le irrogó, aunque después se derogase la norma que lo justificó.

⁸⁷ Así, lo establece el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y, para el caso de leyes anuladas por inconstitucionalidad, art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸⁸ En el caso de la declaración de nulidad de normas está en el significado clásico de la nulidad (*quod nullum est, nullum pro ducit effectum*) que comporta que hay que actuar como si la norma nunca hubiera existido; por eso tiende a la aniquilación de todos los efectos producidos (efectos *ex tunc* de la nulidad), tendencia que se radicaliza para las normas punitivas. *Vid.* Rebollo Puig (2018, pp. 512-513). Nada de esto se da en la mera sucesión de normas válidas: al contrario, aquí no se niega la validez y existencia de la norma anterior mientras estuvo vigente; y se basa únicamente en el fundamento de justicia material del que hemos hablado y, desde el punto de vista positivo, en su consagración en tratados internacionales, en la Constitución y en el art. 26.2 LRJSP.

Cabe en primer lugar que la norma sancionadora favorable, aunque posterior a la acción enjuiciada, entre en vigor antes de que se dicte la resolución del procedimiento sancionador⁸⁹. En tal caso, esta resolución debe aplicar ya la norma sancionadora favorable y si no lo hace será anulable por su contrariedad con el artículo 9.3 CE y con el artículo 26.2 LRJSP⁹⁰. Frente a ella se abren sin problemas las vías ordinarias que nuestro Derecho consagra contra los actos administrativos ilegales⁹¹. Pero no las específicas para la protección de derechos fundamentales: ni el recurso contencioso-administrativo especial de protección de derechos fundamentales⁹² ni el recurso de amparo⁹³. Tampoco la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho porque no se está ante tal nulidad.

En segundo lugar, cabe que la norma sancionadora favorable entre en vigor cuando ya se ha dictado la resolución sancionadora pero todavía no ha alcanzado firmeza (da igual que la sanción esté o no ejecutada). Podrá decirse entonces que la resolución sancionadora queda aquejada de una invalidez sobrevinida o tal vez solo que deviene ineficaz. La Administración puede y debe revocar la resolución sancionadora. La vía del artículo 109 LPAC es adecuada. Pero, si no lo hace, ¿son los recursos medio idóneos para imponer la retroactividad *in bonus*? Cabría negarlo porque cuando el acto administrativo se dictó era plenamente conforme al ordenamiento y porque el carácter revisor de los recursos no permite resolverlos en virtud de normas que la Administración no pudo tener en cuenta cuando actuó. Así lo sostuvieron algunas sentencias. Por ejemplo, STS de 23 de diciembre de 2009 (rec. 3075/2006). Además de declarar que «la fase de casación no es la vía adecuada para declarar esa retroactividad destipificadora que se reclama», con carácter más general dice: «Esa retroactividad, mientras no exista firmeza de la resolución sancionadora, donde debe instarse es en vía administrativa para que, a través del procedimiento contradictorio, se examine y resuelva la procedencia o no de ese efecto destipificador»⁹⁴. Pero, atendiendo a razones de justicia y de economía

⁸⁹ Dice la STS 478/2019, de 8 abril, que «la fecha a tener en cuenta para valorar la conformidad a derecho de la imposición de la sanción será la de la propia resolución sancionadora, pues, si al tiempo de dictarse esta, estuviese en vigor una norma más favorable que la vigente en el momento de cometerse la infracción, la Administración hubiera debido aplicarla por imperativo del artículo 9.3 de la Constitución». No es completa esta afirmación pues, como ya sabemos y como desarrollaremos de inmediato, aunque la norma sancionadora favorable entre en vigor después de la resolución sancionadora también la retroactividad *in bonus* desplegará sus efectos. Pero sí que da una idea correcta de la forma en que ha de proceder la Administración. Si acaso, cabe distinguir según esa norma favorable entre en vigor antes de que comience el procedimiento sancionador o cuando éste ya esté en curso. En el primer caso, si la nueva norma destipifica la conducta no procederá ni siquiera la iniciación del procedimiento; si solo comporta una disminución de la sanción será la nueva regulación la que desde el acto de incoación habrá de ser la tomada en cuenta. En el segundo caso, es decir, si la ley más favorable entra en vigor cuando ya está iniciado el procedimiento, deberá ser ésta la tenida en cuenta para todos los trámites posteriores. Ocasionalmente será pertinente repetir alguno de los ya practicados para dar al imputado la posibilidad de hacer alegaciones (o hasta proponer prueba) sobre las consecuencias concretas de esa aplicación retroactiva *in bonus*.

⁹⁰ Puesto que el TC niega que está irretroactividad favorable esté incluida en el art. 25.1 CE y, consiguientemente, rechaza su protección por medio del recurso de amparo, no se da la causa de nulidad del art. 47.1.a) LPAC ni se atisba ninguna otra causa de nulidad de pleno derecho.

⁹¹ Solo hay que añadir que, si eventualmente la Administración no hubiese aplicado la ley sancionadora posterior favorable porque la misma ley lo hubiera excluido, el juez contencioso-administrativo que conozca del asunto, antes de anular la resolución administrativa, deberá elevar cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

⁹² Así, STS de 30 de enero de 1991 (rec. 3642/1990).

⁹³ SSTC 99/2000, de 10 de abril, 75/2002, de 8 de abril, 85/2006, de 27 de marzo, entre otras. No obstante, en algún caso el TC ha abierto la posibilidad del recurso de amparo frente a la inaplicación de la norma punitiva posterior favorable, pero no con sustento en el art. 25.1 CE sino en algún otro derecho fundamental; destacadamente en el derecho de libertad del art. 17 CE si esa inaplicación de la retroactividad *in bonus* ha supuesto prisión; o en el del art. 24 a la tutela judicial efectiva por entender que la sentencia que no aplica la norma punitiva favorable posterior supone una resolución judicial arbitraria. *Vid.* Bueno Armijo (2010, p. 206). Es exponente de ello la STC 99/2000: en un caso en que el tribunal no había aplicado la norma posterior favorable, el TC deniega el amparo basado en el art. 25 CE, pero lo otorga por vulneración del art. 24 CE al entender que la sentencia, por esa misma inaplicación, era «manifiestamente irrazonable». En la misma línea y yendo más lejos, se ha dicho que, aunque el art. 25.1 CE no incorpore el derecho a la aplicación retroactiva de la norma posterior favorable, en tanto que sí consagra el derecho a no ser castigado nada más que en virtud de ley, dado el tenor del art. 2.2 CP, cuando no se aplique esa norma penal favorable, sí que se viola el art. 25.1 de la Constitución. En ese sentido, Lascaraín Sánchez (2000, pp. 29-30). Lo mismo cabría afirmar ante el art. 26.2 LRJSP para el Derecho Administrativo sancionador. En esa dirección Cano Campos (2018, p. 58).

⁹⁴ Igualmente, STS de 25 de febrero de 2010 (rec. 5920/2004): confirmó la sanción impuesta por la Administración tributaria a Caja de Ahorros Castilla-La Mancha, pero advirtiendo que ello se producía «sin perjuicio de que pueda la Administración tributaria valorar, al ejecutar la sentencia, la posible aplicación retroactiva de la LGT 58/2003, caso de considerarse más favorable para la entidad recurrente». En otros tribunales esta solución encuentra respaldo. Se ve por ejemplo en la STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2000. Resolvió el recurso 3927/1998 contra resolución que impuso a un extranjero la sanción de expulsión que preveía la ley vigente cuando la Administración sancionó, pero no la ley vigente cuando se dictó sentencia. Razona que la resolución impugnada era conforme a Derecho (aplicó la sanción prevista por la norma vigente) y que no puede anularla: su validez jurídica no se ve afectada; lo que se ha producido en la «pérdida sobrevinida de ejecutoriedad de las sanciones»; pero esto ya es cuestión que debe resolver la Administración en otra vía. Asimismo, la Sala de Burgos del TSJ de Castilla y León planteó la cuestión en similares términos en una serie de senten-

procesal, los tribunales, en general, tienden a admitir que al resolver recursos contra resoluciones sancionadoras pueden anularlas por su discordancia con la ley más favorable que se aprobó después de ellas, pero antes de dictar sentencia. Es rotunda y representativa la STS de 18 de marzo de 2003 (recurso 5721/1998):

«No podemos compartir el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impida la aplicación por el Tribunal de una norma sancionadora más favorable aparecida con posterioridad al momento en que se dicta el acto administrativo sancionador (...) Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora (...) no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora...»⁹⁵.

Lo que en definitiva se establece es que la aplicación de la norma sancionadora posterior favorable procede en cualquier instancia administrativa o judicial. Incluso se acepta que tribunal proceda de oficio a la aplicación de la norma posterior favorable⁹⁶ y hasta en casación. Es más: por esa vía el TS ha llegado a estimar recursos que en principio eran inadmisibles⁹⁷. Con esa respuesta, sólo queda la duda de si el tribunal debe devolver el asunto a la Administración para que sea ella la que imponga la sanción pertinente conforme a la nueva norma o si la sentencia debe declarar ella misma esa sanción (Gallardo Castillo, 2008, p. 142). Sentencias hay en una y otra línea⁹⁸. Y según el TS las dos opciones son lícitas⁹⁹.

cias sobre los efectos sancionadores favorables de la Ley General Tributaria de 2003. Es buena muestra de esa serie su sentencia 393/2005, de 16 septiembre. También ésta dice que la validez jurídica de la resolución no ha quedado afectada, que es solo cuestión de pérdida sobrevenida de ejecutoriedad. Pero sorprendente lo lleva al fallo: «Desestimar el recurso (...) contra la resolución (...) declarando en consecuencia ajustada a derecho la misma, sin perjuicio de que por consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 58/2003 General Tributaria, y del régimen sancionador más favorable que establece, reducir (por su pérdida sobrevenida de ejecutividad) el importe de la sanción pecuniaria impuesta a la cuantía de 10.996,21€».

⁹⁵ En igual sentido, SSTS de 9 de mayo de 2002 (rec. 398/1998); de 24 de enero de 2006 (rec. 419/2002); de 30 de noviembre de 2006 (rec. 6687/2003); de 31 de enero de 2007 (rec. 8873/2003); de 13 de febrero de 2008 (rec. 2110/2004); de 30 de junio de 2010 (rec. 2848/2005). Resultaron esclarecedoras las sentencias que, con ocasión de una reforma de la Ley Orgánica de Protección de Datos, afirmaron que la aplicación de la norma sancionadora posterior favorable procede en cualquier instancia administrativa o judicial [SSTS de 23 y 30 de enero de 2012 (rec. 5962 y 6116/2008), 14 de febrero de 2012 (rec. 462/2008); y 7 de mayo de 2012 (rec. 3346/2009)]. Es curioso, sin embargo, que en su fallo estas sentencias desestiman el recurso y hasta condenan al recurrente en costas. Y luego añaden en el mismo fallo: «No obstante (...) por aplicación retroactiva del régimen sancionador más favorable (...) la infracción ha de ser calificada como grave (no muy grave) y su cuantía reducida al importe de 40.001€». La Sala de lo Militar del TS ha optado decididamente por esa solución como demuestran sus sentencias de 4 de julio de 2005 (rec. 109/2004), de 19 de junio y 17 de julio de 2008 (rec. 21/2007 y 5/2008), de 5 y 23 de marzo de 2009 (rec. 90/2008) y de 28 de septiembre de 2010 (rec. 62/2010). Una síntesis de las sentencias que acogen esta tesis (y de las discordantes) Bueno Armijo (2010, pp. 215-219) y Rebollo Puig (2010, pp. 971-977).

⁹⁶ Ahora bien, aunque el tribunal pueda introducir de oficio la retroactividad *in bonus* debe dar audiencia a las partes, incluida la Administración. En este sentido, SSTS de 5 y 7 de mayo de 2010 (recursos 3360 y 3552/2007) que ordenaron reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que «la Sala de instancia someta la cuestión a las partes, según lo indicado en el art. 33.2 LJCA y resuelva en consecuencia».

⁹⁷ Así, STS de 14 de febrero de 2013 (rec. 1543/2012). Afirma que «la decisión debía ser de inadmisión del recurso». Pero argumenta que «existe una circunstancia que obliga a conocer de la cuestión planteada y es ésta la que deriva del mandato constitucional (artículo 9.3 de la Constitución, *a sensu contrario*), que debe ser acatado por los Tribunales, de aplicación de retroactiva de las normas sancionadoras siempre que resulte de ello un tratamiento más beneficioso para el infractor y que se hace extensivo al caso de que una norma posterior elimine la infracción por la que se impuso una sanción, siempre y cuando ésta última no hubiere sido ejecutada». Con estos presupuestos, analiza los hechos recogidos en la sentencia que confirmó la sanción y concluye que los mismos están actualmente destipificados, por lo que anula la sanción.

⁹⁸ Por ejemplo, como se ha visto, las aludidas SSTS de 23 de enero y 7 de mayo de 2012 (recursos 5962/2008 y 3346/2009) acuerdan ellas mismas imponer la sanción de 40.001€. Igualmente, la STS de 30 de octubre de 2009 (rec. 334/2006), al mismo tiempo que anuló la multa de 90.000€, impuso en aplicación de la nueva norma la de 6.000€. En dirección contraria, SSTSJ de Madrid 1030, 1031, 1029, 1057, 1068, 1069/2019 y 31/2020: optan por no aplicar directamente la nueva normativa y retrotraen las actuaciones para que sea la Administración la que dicte una nueva resolución acorde a la norma sancionadora más favorable. Y eso pese a que el mismo Tribunal en sentencia 407/2005, de 17 de marzo, había razonado lo contrario: «... se podría plantear la improcedencia de que un órgano de la jurisdicción realice directamente la aplicación de la ley más favorable, sin dar oportunidad a la Administración para que haga su propia calificación de los hechos»; «la devolución de las actuaciones a la Administración es una de las opciones, pero no la única»; y admite que el tribunal pueda «entrar directamente (...) basándose (...) en una razón de economía procesal». Tras eso impuso por sí misma sanción de 1.000€.

⁹⁹ En esa línea, la STS de 18 de marzo de 2003 (rec. 5721/1998) explica que se trata de una opción en manos de los tribunales de forma que tanto pueden devolver las actuaciones para que los hechos sean «calificados de nuevo por la Administración» como «entrar directamente en el tema, teniendo en cuenta siempre el previo y oportuno debate entre las partes, basándose (...) en una razón de economía procesal». Lo mismo se afirma en la STS de 13 de marzo de 1992 (rec. 3173/1990). La STS 457/2021, de 29 de marzo, explica que «los tribunales, a raíz de un cambio normativo, no siempre pueden fijar por sí mismos la nueva sanción aplicable pues ello exige individualizar la sanción adaptándola al nuevo régimen sancionador y en muchos casos se carece de los datos necesarios para ello». Pero justamente en su caso no ve esos obstáculos y directamente sustituye la multa de 145.700€ por la de 36.417€. Lo que en

En tercer lugar, cabe que la norma sancionadora favorable entre en vigor cuando la resolución sancionadora ya ha alcanzado firmeza, pero aún no se ha ejecutado completamente. También en este caso la Administración debe, incluso *motu proprio*, revocarla por la vía del artículo 109.1 LPAC y declarar que no procede ninguna sanción o, tras audiencia al sancionado, imponer una menor que la inicialmente acordada (Caballero Sánchez, 2001, p. 134); después, o bien no deberá exigir ningún cumplimiento ni proceder a ninguna ejecución forzosa o bien reducirla a la menor sanción resultante. Pero si la Administración no lo hace, el sancionado tiene difícil exigirlo: no tiene la acción del artículo 106.1 LPAC puesto que partimos de que no hay nulidad de pleno derecho; tampoco puede instar la vía del artículo 107 LPAC pues este precepto no la prevé a instancia de los interesados; e igualmente el cauce del artículo 109.1 LPAC no confiere una auténtica acción al interesado (Alenza García, 2017, pp. 189-193). En última instancia, si nada de esto lleva a que la Administración rectifique, el sancionado podría permanecer a la espera de que la Administración dicte algún acto de ejecución forzosa de la sanción impuesta conforme a la ley anterior más severa; y frente a ese acto de ejecución recurrirlo con invocación de la ley favorable posterior. Para el éxito de ese recurso no será obstáculo la firmeza del acto ejecutado¹⁰⁰.

La situación se complica cuando de las normas que se suceden en el tiempo una prevé pena y otra sanción administrativa. Puede, y no es excepcional, que la ley vigente en el momento de los hechos los tipifique como delito (o falta) y que incluso haya recaído sentencia penal cuando se aprueba otra ley que los convierte en infracción administrativa que, como será normal, comporte un régimen más benigno; a la inversa, puede suceder –aunque es casi hipótesis de laboratorio– que lo que estaba previsto como infracción administrativa pase a ser delito y que, pese a ello, sea una regulación que, valorada en su conjunto, resulte favorable. Desde luego procede sustituir el castigo (pena o sanción) más grave por el más leve. Pero, como en principio ni el juez puede por sí mismo imponer sanciones administrativas ni menos aún pueden imponer penas las autoridades administrativas, será necesaria la intervención de ambos. Esto dificulta la solución, aunque no la hace imposible¹⁰¹. Lo ideal es que la ley que introduzca tal género de reformas prevea algún sistema *ad hoc* que bien podría consistir en permitir excepcionalmente a los jueces penales acordar la sanción administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón Sotomayor, L. (2008). *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.
- Alarcón Sotomayor, L. (2012). La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo (a propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 154, 263-288.
- Alenza García, J. F. (2017). *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*. Aranzadi.
- Boix Palop, A. (2004). *Las convalidaciones legislativas*. Iustel.
- Bueno Armijo, A. (2010). El principio de legalidad sancionadora. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo (coords.), *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova.
- Caballero Sánchez, F. (2001). Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa. *Justicia Administrativa*, Extra 1 (número extraordinario monográfico dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 115-150.

ningún caso es necesario ni oportuno es que la Administración tramite íntegramente un nuevo procedimiento sancionador. Sólo si el cambio de regulación fuese tan drástico que los nuevos tipos infractores necesitaran valorar y probar elementos antes no tenidos en cuenta tiene sentido un nuevo procedimiento. De ordinario, bastará una propuesta y un trámite de alegaciones para dictar la resolución que aplique la nueva ley favorable. La sentencia puede ordenarlo así. Y con ello la nueva resolución administrativa podría ser fácilmente controlada en ejecución de sentencia por el tribunal sentenciador y evitar la necesidad de nuevos procesos declarativos.

¹⁰⁰ Con frecuencia se afirma que no caben recursos contra los actos de ejecución. Pero las mismas sentencias que lo proclaman rodean esa afirmación de tantas matizaciones que, en realidad, lo que consagran es algo más modesto: la imposibilidad de utilizar los recursos contra los actos de ejecución como medio de alegar los vicios que originariamente tenía el acto ejecutado y que no se invocaron en su momento. Pero cabe la impugnación de los actos de ejecución en tanto que se basen en vicios propios. *Vid.* Rebollo Puig (2000, pp. 335-340). En el caso que nos ocupa, el acto que pretenda la ejecución forzosa de una resolución sancionadora cuando hay ley posterior que comporta exclusión o reducción de la sanción tiene un vicio propio y específico (que no tenía originariamente la resolución sancionadora) por su contradicción con la regla de la retroactividad *in melius* cuando la sanción no está completamente ejecutada.

¹⁰¹ Imposible la hace la errónea STC 196/1991: convertida una conducta que era delito en infracción administrativa, la autoridad judicial dejó sin efectos la pena impuesta y, después, la autoridad administrativa, tras procedimiento, impuso la sanción conforme a la nueva ley. Según la STC, esta resolución administrativa viola el art. 25 CE por suponer aplicación retroactiva de la ley administrativa. Para el voto particular, algo más atinado, no es así pero sí que se vulneró la cosa juzgada porque la decisión de la autoridad judicial dejando sin efectos la pena era firme. Pero lo que había era una retroacción de norma punitiva favorable que no vulnera el art. 25 de la Constitución, aunque, en efecto, claro está, supone aplicar una norma sancionadora a hechos cometidos cuando no estaba vigente y porque a esa retroactividad *in bonus* no es impedimento la cosa juzgada.

- Cano Campos, T. (2012). La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del «ius puniendi» de la Administración. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 30, 70-79.
- Cano Campos, T. (2014). *Las sanciones de tráfico* (2.ª ed). Aranzadi.
- Cano Campos, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Francis Lefebvre.
- Cano Campos, T. (2021). Las sanciones en el estado de alarma. *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*. Civitas.
- Cerbo, P. (1999). *Le sanzioni amministrative*. Giuffrè Editore.
- Cimini, S. (2017). *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*. Editoriale scientifica.
- Gallardo Castillo, M. J. (2008). *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Iustel.
- Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. (1978). *Derecho Procesal Penal* (10.ª ed.).
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2017). *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*. Aranzadi (4.ª ed.).
- González Tapia, M. I. (2002). *Determinación del tiempo de comisión del delito*. Comares.
- González Tapia, M. I. (2003). *La prescripción en el Derecho Penal español*. Dykinson.
- Huergo Lora, A. (2021). La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa. En M. Rebollo Puig, A. J. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo sancionador* (pp. 93-140). Civitas.
- Lascuarain Sánchez, J. A. (2000). *Sobre la retroactividad penal favorable*. Civitas.
- López Menudo, F. (1982). *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*. Instituto García Oviedo.
- López Menudo, F. (2010a). Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. En B. Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 721). Iustel.
- López Menudo, F. (2010b). El principio de irretroactividad. En J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 141-176). La Ley.
- López Menudo, F. (2018). *Obra escogida*. Universidad de Sevilla.
- Lozano Cutanda, B. (dir.) (2010). *Diccionario de sanciones administrativas*. Iustel.
- Morillas Cueva, L. (2018). *Sistema de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2019). *Derecho Penal. Parte General* (10.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general* (tomo III). Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2015-73&tipo=L&modo=2.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo sancionador* (5.ª ed.). Tecnos.
- Pagliari, G. (2012). Il principio di legalità. En A. Cagnazzo y S. Toschei (coords.), *La sanzione amministrativa: principi generali*. Giappichelli.
- Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. INAP.
- Rebollo Puig, M. (1992). Comentario a la disposición final segunda. En R. Bercovitz y J. Leguina (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas.
- Rebollo Puig, M. (2000). El procedimiento administrativo de la ejecución subsidiaria. *Revista del Poder Judicial*, 57, 321-396.
- Rebollo Puig, M. (dir.) e Izquierdo Carrasco, M. (coord.) (2007). *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*. Tirant lo Blanch.
- Rebollo Puig, M. (2010). El control contencioso-administrativo de la potestad sancionadora. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo (coords.), *Derecho Administrativo sancionador*. Lex Nova.
- Rebollo Puig, M. (2018). Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos. En especial, su retroactividad. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 469-526. <https://doi.org/10.46735/raap.n100.714>.
- Rodríguez Mourullo, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas.
- Rodríguez Santiago, J. M. (2019). Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 202, 51-82.
- Ruiz Antón, L. F. (1991). El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 7, 147-167.
- Santamaría Pastor, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo* (tomo I). Centro de Estudios Ramón Areces.
- Villar Palasí, J. L. (1972). *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I). Universidad Complutense de Madrid.



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 29-09-2021
Aceptado: 30-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10994>
Páginas: 33-52

Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales¹

Application of the special administrative laws for the Next Generation EU funds to local governments

Francisco Velasco Caballero
Universidad Autónoma de Madrid (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1055-3939>
francisco.velasco@uam.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho administrativo. Director de Investigación del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex Letrado del Tribunal Constitucional. Director del Anuario de Derecho Municipal y del Tratado de Derecho Local (2021). Actualmente, co-director del proyecto de investigación europeo LoGOV (Local Government and the Changing Urban-Rural Interplay: Number 823961) y del proyecto nacional PID2019-105799RB-100 (Políticas y servicios públicos contra la despoblación).

RESUMEN

Los fondos Next Generation EU, creados por la Unión Europea para la recuperación y la transformación económica tras la epidemia de Covid-19, requieren de una ingente actividad administrativa de los Estados miembros. No sólo de la Administración estatal, sino también las Administraciones autonómicas y locales. Para la gestión de los fondos europeos, el Gobierno español ha dictado el Real Decreto-Ley 36/2020, con numerosas medidas de agilización y simplificación administrativas. El ámbito de aplicación de estas medidas es muy diverso: algunas se aplican a todas las Administraciones públicas; otras sólo a la Administración estatal. Se plantea a partir de aquí en qué medida las distintas normas del Real Decreto-Ley 36/2020 son directa o supletoriamente aplicables a las entidades locales, cuando ejecuten proyectos financiados con los fondos Next Generation EU.

PALABRAS CLAVE

Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea; Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; gestión de fondos europeos; procedimiento administrativo; entidades locales.

¹ El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional "Proyectos y políticas públicas contra la despoblación" (PID2019-105799RB100), del Ministerio de Ciencia e Innovación, y del proyecto europeo Horizon 2020 "Local Government and the Changing Urban-Rural Interplay-LoGov" (Grant Agreement number 823961).

Abreviaturas y acrónimos utilizados: EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público; FEADER: Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural; FEDER: Fondo Europeo de Desarrollo Regional; FSE +: Fondo Social Europeo Plus; IRUE: Instrumento de Recuperación de la Unión Europea; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público; LGP: Ley General Presupuestaria; LHL: Ley de Haciendas Locales; LPAC: Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; MRR: Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; NGEU: Next Generation UE; PRTR: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; RDL-PRTR: Real Decreto-ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; PERTE: Proyecto Estratégico de Recuperación y Transformación Económica; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; UE: Unión Europea.

ABSTRACT

The Next Generation EU funds, created by the European Union for the recovery and economic transformation after the Covid-19 epidemic, demand an enormous administrative activity from the Member States. Not only of the National Administration, but also of the regional and local authorities. For the management of European funds, the Spanish Government has issued Royal Decree-Law 36/2020 containing many administrative streamlining and simplification measures. The scope of these measures is very diverse: some apply to all public administrations, including the local authorities; others only to the National Administration. It arises the question, to what extent the different rules of Royal Decree-Law 36/2020 are directly or indirectly applicable to local entities, when they manage projects financed with Next Generation EU funds.

KEYWORDS

Recovery and Resilience Mechanism of the European Union; Recovery, Transformation and Resilience Plan; management of European funds; administrative procedure; local governments.

SUMARIO

FONDOS EUROPEOS PARA LA RECUPERACIÓN TRAS LA COVID-19 Y ESTADOS MIEMBROS. 1. EJECUCIÓN INTERNA DE LOS FONDOS EUROPEOS. 1.1. AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA. 1.2. PARTICIPACIÓN LOCAL EN LA GESTIÓN DEL PRTR. 1.3. PARTICIPACIÓN LOCAL EN LOS PROYECTOS ESTRATÉGICOS PARA LA RECUPERACIÓN Y TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA. 2. APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES DE LAS NORMAS ESPECIALES DE AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. 2.1. REGLAS ADMINISTRATIVAS ESTATALES. 2.2. VIGENCIA TEMPORAL. 2.3. ÁMBITOS OBJETIVOS DE APLICACIÓN. 2.4. ÁMBITOS SUBJETIVOS DE APLICACIÓN. 2.5. INTERACCIÓN ENTRE LOS CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS. 3. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL RDL-PRTR. 4. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO AUTONÓMICO PARA LA EJECUCIÓN LOCAL DE LOS FONDOS EUROPEOS.

FONDOS EUROPEOS PARA LA RECUPERACIÓN TRAS LA COVID-19 Y ESTADOS MIEMBROS

1. A lo largo de toda la pandemia, no sólo en su fase final, la Unión Europea ha activado varias formas financieras extraordinarias para ayudar a los Estados miembros frente a la crisis epidemiológica y sanitaria (Izquierdo, 2021, pp. 450 y 457). En la fase intermedia de la pandemia, vislumbrando ya su fin a medio plazo, la Unión Europea ha iniciado también una ambiciosa estrategia de recuperación económica. Aunque el buque insignia de esta recuperación es el novedoso Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) dotado con 672.500 millones de euros, la estrategia europea es más *completa y compleja* (Pazos, 2021, p. 51).

2. En primer lugar, el Consejo Europeo de 17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020 optó por una estrategia general de ayudas económicas para la recuperación, bien reforzando con nuevos recursos financieros varios fondos europeos preexistentes, bien mediante nuevos fondos. Así se plasma en el nuevo Marco Presupuestario Plurianual 2021-2027², en la modificación de la Decisión sobre el sistema de recursos propios de la UE³ (Sánchez-Barrueco, 2021, pp. 563 y 578) y en el llamado Instrumento de Recuperación de la Unión Europea o *Next Generation EU* (NGEU)⁴, del que el MRR es una pieza fundamental, aunque no la única. Así, conforme al art. 2 del Reglamento (UE) 2020/2094, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (IRUE) también instrumentaliza –con nueva financiación– varios *fondos estructurales* o de cohesión preexistentes, como el Fondo Social Europeo Plus [FSE+]⁵, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional [FEDER]⁶ y

² Reglamento (EU, Euratom) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

³ Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom.

⁴ Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19.

⁵ Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1296/2013.

⁶ Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión.

el Fondo Europeo Agrícola para el Desarrollo Rural [FEADER]). Algo similar ocurre con varios *programas sectoriales* preexistentes y también financiados por la Unión, como los programas Horizonte Europa (para investigación), InvestEU (para inversiones estratégicas) y RescEU, para infraestructuras de emergencia (Calvo, 2020, p. 451; Marco, 2021, p. 366). Además, el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (IRUE) incluye *nuevos fondos estructurales específicos* para la recuperación post-Covid (además del MRR) que no se financian mediante el presupuesto ordinario, sino mediante la emisión de deuda prevista en el Instrumento de Recuperación Europeo: el REACT-EU⁷, con clara orientación hacia la salud pública y de ejecución territorializada (Villasalero, 2021, p. 223); y el Fondo de Transición Justa⁸, con enfoque ambiental (Pazos, 2021, p. 54).

3. En su traslado a los Estados miembros, la estrategia europea de recuperación no se limita a aportar cuantiosos recursos económicos a los Estados, en forma de subvenciones y de créditos. Los objetivos europeos de recuperación, que en buena medida son una aceleración o reimpulso de otras estrategias políticas previas (como la Agenda Digital 2030⁹, o el Pacto Verde Europeo¹⁰) no se reducen a la gestión de los nuevos fondos. Buscan la *alineación general* de los Estados miembros con los ejes de recuperación y transformación económica acordados por la Unión Europea (Sánchez-Barrueco, 2021, p. 587). Todos los niveles de gobierno en cada Estado, y en todos los ámbitos de la actuación pública, son llamados a alinearse con los objetivos de recuperación de la Unión. Tanto con los nuevos recursos financieros europeos como con los recursos públicos propios, de cada Estado. Así se explica que incluso antes de que el Consejo aprobase el Plan español de Recuperación, Transformación y Resiliencia (el 13 de julio de 2021), la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 ya anticipara autorizaciones de gasto alineadas con los objetivos y preferencias del Reglamento 2021/241 (MRR) (Ortega, 2021, pp. 40-55).

4. En su expresión externa, la *alineación* de los Estados con los objetivos europeos de recuperación se observa incluso en las denominaciones de los distintos instrumentos político-jurídicos. El Plan Europeo de Recuperación y Resiliencia tiene su correspondencia en el Plan (español) de Recuperación, Transformación y Resiliencia (“España puede”), y en planes de otras entidades territoriales españolas, como el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Ayuntamiento de Madrid. La estrecha alineación de la estrategia europea y las actuaciones nacionales es posible, en gran medida, porque los objetivos europeos de recuperación no son nuevos. Son una versión actualizada e intensificada de políticas europeas *preexistentes*, en mayor o menor medida ya previamente proyectadas sobre las actuaciones estatales. Una buena parte de los proyectos innovadores que se incluyen en los nuevos planes domésticos (nacionales, autonómicos y locales) son, en realidad, *proyectos previos*: ya preparados, aprobados e incluso en ejecución. Esto no es una desviación aplicativa de la estrategia *Next Generation EU*, sino el buscado reforzamiento –mediante fuentes financieras extraordinarias– de aquellas actuaciones públicas ya en marcha que más directamente entroncan con los objetivos europeos de recuperación.

5. La alineación global de los Estados con los objetivos de recuperación de la Unión no sólo es una estrategia política, sino también *Derecho de la Unión*. La juridificación de la estrategia europea de recuperación (sobre todo a través del Reglamento 2021/241, que regula el MRR) tiene implicaciones importantes en el ámbito interno. De un lado, por la necesaria interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho europeo (Alonso, 2012, p. 292; Arzoz, 2016, p. 17); y de otro lado, porque allí donde las normas nacionales impidieran o dificultaran por sí los objetivos normativos europeos, las autoridades nacionales habrían de dar *primacía* precisamente a las normas europeas (e inaplicar las nacionales). Ciertamente, la propia concisión de los reglamentos europeos para la recuperación aleja el riesgo de desplazamiento aplicativo de las normas nacionales. Mayor trascendencia puede tener la interpretación y *aplicación del Derecho interno conforme a los objetivos normativos europeos* de la recuperación. De manera que, en la duda de cómo *interpretar* las normas nacionales (de contratación, subvencionales, presupuestarias, proce-

⁷ Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) núm 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE).

⁸ Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establece el Fondo de Transición Justa.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM/2021/118 final).

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (COM/2019/640 final).

dimentales, competenciales) es necesario optar por aquella posibilidad aplicativa que facilite el pleno cumplimiento de los fines de recuperación que expresa el Derecho de la Unión. Este principio de interpretación del Derecho interno conforme al Derecho europeo puede favorecer la *aplicación supletoria* –por parte de las comunidades autónomas y de las entidades locales– de normas especiales dictadas por el Estado para la gestión (por la Administración del Estado) de los fondos europeos NGEU. Tal es el caso del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (RDL-RTR), al que luego se prestará una atención detallada (*infra* § 45).

6. Al ejecutar cada plan de recuperación interno conforme al Reglamento 2021/241 hay que tener en cuenta que, a diferencia de otros previos fondos estructurales europeos, en este caso la financiación está estrechamente ligada a los *resultados* (Calvo, 2020, p. 453; Martínez Fernández, 2021, p. 2). Esto es, a los hitos (intermedios) y los objetivos (finales) propuestos por cada Estado en su propio Plan de Recuperación (aprobado por el Consejo mediante decisión ejecutiva). Estos hitos y objetivos, de cuyo efectivo cumplimiento depende el reembolso pautado de los gastos, necesariamente guían la actuación interna de los Estados. A eso se refiere el considerando 18 del Reglamento 2021/241 cuando dice que «(...) los métodos de ejecución que se establezcan conforme a este Reglamento deben elegirse con arreglo a su capacidad para cumplir los objetivos específicos de las acciones y para lograr resultados...». Esta adecuación de los «métodos de ejecución» internos incluye, a mi juicio, la interpretación de las propias normas administrativas nacionales de tal forma que permitan cumplir con los fines del MRR: la recuperación innovadora en los términos especificados por cada plan (nacional) de recuperación aprobado por el Consejo de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de *otros fondos europeos* preexistentes, donde la Unión Europea no se centra en los resultados sino en la realidad y corrección de los costes reembolsables a los Estados (Pazos, 2021, p. 58), en el caso del MRR el Reglamento 2021/241 dirige su regulación hacia la consecución de los hitos y objetivos contenidos en el plan de recuperación de cada país. Esta neta orientación del MRR hacia los resultados (más que hacia la realidad de los costes reembolsables) lleva implícita la obligación de cada Estado de adecuar sus formas de actuación administrativa a fin de hacer realizables los hitos y objetivos aprobados por el Consejo en la decisión ejecutiva referida a cada país.

1. EJECUCIÓN INTERNA DE LOS FONDOS EUROPEOS

7. El cumplimiento de los hitos y objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España (PRTR), así como de los correspondientes planes autonómicos y locales alineados con el plan estatal, requiere de una *vasta actividad administrativa* en un lapso muy limitado. España puede comprometer gasto financiable con transferencias del MRR sólo entre 2021 y 2023. La ejecución de ese gasto ha de producirse antes del 31 de diciembre de 2026 (art. 24.1 del Reglamento 2021/240). La experiencia acumulada sobre la ejecución de fondos europeos muestra que las distintas Administraciones españolas no están en condiciones idóneas para gestionar tal volumen de recursos económicos. Así, tomando como referencia el Marco Financiero Plurianual 2014-2020, el Estado español en su conjunto dejó de gestionar 56.000 millones de euros (Calvo, 2020, p. 462). Es cierto que ese déficit de gestión no se explica sólo por posibles incapacidades administrativas, sino también por las obligaciones de co-financiación propias de los fondos estructurales europeos (*matching grants*). Con todo, el déficit en la absorción de fondos europeos disponibles entre 2014-2020 es un indicador de posibles dificultades en la gestión de los nuevos fondos (esta vez sin obligación de cofinanciación) del MRR.

1.1. Agilización y simplificación administrativa estatal y autonómica

8. La magnitud de la gestión económico-administrativa de los fondos europeos para la recuperación (en especial del MRR) ha justificado una *reforma múltiple de la gestión administrativa*, por medio del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (RDL-RTR). El contenido del Real Decreto-Ley es muy diverso. Hay reglas de organización interna, de empleo público, de contratación, de subvenciones, presupuestarias y de gasto público, sobre convenios e incluso sobre evaluación ambiental de obras. Aunque algunas de las nuevas reglas son relevantes, no todas requerían una regulación con valor de ley. En buena medida, el RDL-PRTR no abre nuevas posibilidades o

formas de actuación, sino que impulsa o impone ciertas opciones organizativas o procedimentales *ya posibles*, conforme a las leyes administrativas vigentes. En estos casos, el RDL-PRTR actúa más como una instrucción u orden de servicio a la que se ha dado forma y valor de ley. Así, por ejemplo, el mandato de priorización para la digitalización de los procedimientos contractuales referidos a los fondos europeos (art. 36.2 RDL-PRTR) es una determinación que bien podía adoptar la forma de instrucción interna, o de orden de servicio. En estos casos, el verdadero efecto normativo del RDL-PRTR consiste en reducir la discrecionalidad organizativa de los órganos administrativos.

9. El Real Decreto-Ley 36/2020 afecta de forma también diversificada a las leyes administrativas vigentes. Unas veces, el Real Decreto-Ley *modifica* —esto es, deroga parcialmente— leyes administrativas previas, tanto generales (como la Ley de Contratos del Sector Público, la General de Subvenciones y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público) como sectoriales (es el caso de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental). Otras veces el RDL-PRTR regula materias o cuestiones ya reguladas en previas leyes administrativas, pero no las deroga, sino que dispone un régimen administrativo *especial* para la gestión administrativa de los fondos europeos, pero sin modificar el texto de las leyes generales. Finalmente, el mismo Real Decreto-Ley 36/2020 también crea *nuevos instrumentos de gestión*, no regulados hasta ahora en previas leyes administrativas: es el caso de los llamados PERTE (Proyectos Estratégicos de Recuperación y Transformación Económica). Luego veremos la relevancia de esta tipología de normas del RDL-PRTR para su aplicación en las comunidades autónomas y las entidades locales (*infra* § 45).

10. El Real Decreto-Ley 36/2020 no predetermina la *forma de gestión* de los fondos europeos. Esto es, todas las formas de actuación administrativa actualmente vigentes (contratos, subvenciones, convenios, consorcios, sociedades mercantiles, encomiendas de gestión, etc.) pueden ser cauce idóneo para la gestión de los fondos europeos. Incluso el novedoso PERTE, al que se hará referencia específica más abajo (*infra* § 20), no es en puridad una nueva forma de actuación administrativa, sino un procedimiento para la selección de actuaciones y sujetos financiados. Tales sujetos actuarán mediante las formas jurídicas típicas de la Administración: subvenciones, contratos, convenios, encomiendas. Dado que el Real Decreto-Ley 36/2020 no crea nuevas formas de gestión, su verdadero objeto es *sustituir selectivamente* algunas reglas organizativas y procedimentales específicas que rigen las formas ordinarias de gestión. Todas estas reglas nuevas están dirigidas a simplificar y agilizar la gestión administrativa, bien con carácter general, bien en relación con los fondos europeos *Next Generation EU*.

11. En gran medida, la agilización o simplificación administrativa consiste en la *reducción de los plazos* de tramitación de expedientes, o en la supresión de algunos trámites procedimentales. En general, no hay en el Real Decreto-Ley 36/2020 una redefinición profunda de los procedimientos administrativos, sino una más simple y modesta adaptación de trámites (Crítico: Bustos, 2021, pp. 241 y 264). La reducción de plazos en la tramitación, aunque sin duda que puede agilizar la gestión de los fondos y proyectos, es una opción cuestionable y objetable. Primero, porque el cumplimiento de los plazos procedimentales, salvo en aquellos casos en los que rige el silencio administrativo positivo conforme al art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), lo que no ocurre en ninguna de las posibles formas de ejecución del MRR, es difícilmente coercible. En segundo lugar, una mayor concentración de recursos humanos y técnicos en la gestión del PRTR lógicamente supone desatender otros procedimientos administrativos que también han de tramitarse con celeridad (art. 71.1 LPAC) y en plazo (arts. 29 y 73 LPAC). Es cierto que las *novedades de empleo público* que incorpora el Real Decreto-Ley 36/2020 (como la provisión de puestos de trabajo en unidades temporales [arts. 24.4, 28 y 29] y en unidades estructurales [art. 30], o como la asignación de funciones a tiempo parcial [art. 31]) pueden coadyuvar a una gestión ágil del PRTR, pero también es cierto que alcance real de estas medidas de empleo es más bien limitado.

12. Otras medidas de agilización y simplificación consisten en la *supresión de trámites*. Dos son las cuestiones que plantean estas medidas. En primer lugar, si la supresión de un trámite resulta verdaderamente posible, seguidamente habría que plantearse su supresión general, no sólo para la gestión de los recursos vinculados al PRTR. En segundo lugar, si el trámite en cuestión no era verdaderamente superfluo surgen dudas sobre de qué forma alternativa se satisface ahora el interés público al que servía ese trámite. Así, si determinados trámites de intervención económica cumplían una función cualificada, su supresión en el RDL-PRTR tendría que venir compensada con alguna otra técnica de control menos gravosa. Por ejemplo, mediante un aumento de la transparencia (acceso universal) de los correspondientes expedientes de gasto.

13. Como luego se explicará con más detenimiento (*infra* § 27), el complejo RDL-PRTR presenta muy *diversos ámbitos y niveles de aplicación*. Tanto desde el punto de vista *objetivo* (se aplica diferenciadamente

a la ejecución de los distintos fondos europeos) como desde la perspectiva *subjetiva*: se aplica diferencialmente a las distintas Administraciones públicas. Una buena parte de su regulación se aplica a todas las Administraciones públicas; pero otra parte se aplica sólo a la Administración General del Estado (*infra* § 32). De ahí que abiertamente se haya planteado que las comunidades autónomas y las entidades locales aprueben sus propias normas de agilización administrativa para la gestión de los fondos europeos (Bustos, 2021, p. 251). En la actualidad, son ya muchas las *comunidades autónomas* que, previendo la ejecución territorializada de una parte de los fondos europeos, han aprobado también sus propias normas de agilización y simplificación administrativa (*infra* § 15): bien para complementar la regulación común del Estado (básica o plena), bien para aquellas cuestiones que, aun estando reguladas en el RDL-PRTR, tal regulación sólo es aplicable a la Administración estatal. Más compleja es la aprobación de *normas locales de agilización* administrativa, en la medida en que las entidades locales carecen de potestad legislativa y una gran parte de la actuación administrativa local se encuentra regulada en leyes, tanto generales como sectoriales y tanto estatales como autonómicas. Sólo mediante medidas de *organización interna*, por estar amparadas directamente por el art. 4.1 a) LBRL, se pueden replicar en el ámbito local algunas de las medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 36/2020 (Martínez Fernández, 2021, p. 6). De ahí la relevancia de plantearse la posible aplicación supletoria, por parte de las entidades locales, de las demás reglas de agilización administrativa para la gestión de los fondos europeos (*infra* § 45).

14. Las nuevas normas autonómicas, unas reglamentarias y otras con valor de ley, en buena medida *reproducen* los preceptos del RDL-PRTR que sólo son aplicables a la Administración estatal. Así, por ejemplo, la regulación de las «unidades administrativas provisionales» en el art. 24.2 y 3 RDL-PRTR tiene su correspondencia en el art. 7 del Decreto-Ley extremeño 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Aunque, junto a esta opción normativa reproductiva, las normas autonómicas también incluyen algunas reformas estructurales de su propio sector público (por tanto, no limitadas a la gestión de los fondos europeos) y algunas variaciones respecto del RDL-PRTR. Por ejemplo, la provisión de puestos de trabajo en las «unidades administrativas provisionales» se ha de hacer preferentemente (en la Administración estatal) mediante la redistribución y la reasignación de efectivos (arts. 24. 4 y 30 RDL-PRTR) mientras que en Extremadura se ha de hacer primeramente mediante atribución temporal de funciones y comisiones de servicios (art. 10.1 del Decreto-Ley extremeño 3/2021, de 3 de marzo).

15. Esta doble regulación administrativa, estatal y autonómica, sólo en parte es aplicable a las entidades locales que gestionen fondos europeos. Excepto las normas básicas o plenas del RDL-PRTR, que en principio se dirigen a todas las Administraciones públicas, las demás reglas de agilización o simplificación administrativas (tanto estatales como autonómicas) *no son directamente aplicables a las entidades locales*. Las leyes autonómicas que han replicado el RDL-PRTR por lo general han circunscrito su ámbito de aplicación a la propia Administración autonómica, excluyendo a las entidades locales¹¹. Como excepción, algunos preceptos autonómicos sobre contratación administrativa (en desarrollo de las modificaciones que el RDL-PRTR introduce en la LCSP) se aplican también a la contratación local¹². Posiblemente, la frecuente exclusión aplicativa de las nuevas normas administrativas respecto de las entidades locales resulta del *prejuicio inicial* de que las entidades locales no son Administraciones principales para la gestión de los fondos europeos para la ejecución del PRTR (Crítico: Prieto, 2021, p. 508). Si es así, este prejuicio está siendo cuestionado por la existencia de diversos planes, iniciativas, estrategias y «manifestaciones de interés» formuladas por grandes ayuntamientos y por diputaciones provinciales. A la vista de esta realidad, y de algunos

¹¹ Art. 2.1 del Decreto-ley andaluz 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 2 del Decreto-Ley extremeño 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; art. 1 del Decreto-ley valenciano 6/2021, de 1 de abril, del Consell, de medidas urgentes en materia económico-administrativa para la ejecución de actuaciones financiadas por instrumentos europeos para apoyar la recuperación de la crisis consecuencia de la Covid-19; art. 2 de la Ley castellano-manchega 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación.

¹² Arts. 2.3 y 12.3 del Decreto-Ley catalán 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del Fondo REACT-EU para la Administración de la Generalidad de Cataluña y su sector público; art. 2.2 del Decreto-ley canario 4/2021, de 31 de marzo, de medidas urgentes para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los Fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación denominado "Next Generation EU", en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y por el que se establecen medidas tributarias en el Impuesto General Indirecto Canario para la lucha contra la COVID-19.

indicios políticos sobre la futura y efectiva participación de las entidades locales en la gestión de los fondos europeos, surge la paradoja de que la actuación administrativa del Estado y de las comunidades autónomas se va a dar en condiciones de agilidad y simplificación (conforme a las nuevas leyes y decretos-leyes especiales para los fondos europeos) mientras que las entidades locales, que no pueden aprobar ordenanzas o reglamentos especiales respecto de las leyes generales del Estado o de las comunidades autónomas, se van a regir por normas que –para el propio Estado y las propias comunidades autónomas– no son ni ágiles ni sencillas. Se plantea entonces, ante esta paradoja, en qué medida las leyes especiales del Estado y las comunidades autónomas pueden ser aplicables, de forma *supletoria*, a las entidades locales, cuando ejecuten proyectos financiados con fondos europeos (*infra* § 45).

1.2. Participación local en la gestión del PRTR

16. Desde el principio, el MRR europeo y el PRTR español responden a estrategias *centralizadas*, tanto en su elaboración¹³ como en su ejecución (Bustos, 2021, p. 255; Colás, 2021, p. 43). Esa centralización original se puede explicar por la urgencia en activar el instrumento NGEU y por la opción explícita de concentración de la nueva financiación europea en *grandes proyectos* de transformación económica y social (a diferencia de otros fondos más reticulares, como los fondos estructurales y de cohesión destinados al equilibrio territorial y al sostenimiento de rentas).

17. La estrategia de centralización estatal, a la hora de ejecutar el PRTR, *no es contraria al Derecho Europeo*. El Derecho de la Unión Europea no predetermina el nivel de gobierno con el que ejecutar el MRR, al que sirve el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia. A diferencia de los fondos estructurales europeos, que sí exigen la participación y asociación de las entidades territoriales y de la sociedad civil (*principio de asociación*)¹⁴, esa exigencia no se encuentra ni en el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (IRUE) ni específicamente en el MRR. Sí se puede sostener que esa asociación o ejecución multinivel es necesaria cuando la financiación extraordinaria europea prevista en el IRUE se canalice a través de los fondos estructurales (como el FEDER o el FEADER) que sí exigen una ejecución multinivel.

18. En todo caso, si bien conforme al Derecho europeo la gestión del MRR puede ser centralizada, también es posible una gestión sustancialmente *territorializada* o descentralizada siguiendo el patrón de los fondos estructurales (Pazos, 2021, p. 72). Esto es, a través de las comunidades autónomas y de las entidades locales. Se puede considerar inicialmente, incluso, que conforme a la jurisprudencia financiera del Tribunal Constitucional¹⁵, la territorialización de los recursos (a favor de las comunidades autónomas) será preceptiva –aunque no necesariamente plena– para la financiación de actuaciones enclavadas en *materias competenciales autonómicas* (como el desarrollo normativo y la ejecución de las bases estatales sobre energía; o como el desarrollo normativo y la ejecución ambiental). De hecho, expresamente el art. 44 RDL-PRTR prevé la ejecución autonómica del PRTR (aunque no precisa su alcance). Algo similar, aunque con mucho menos alcance, se puede predicar de las *entidades locales*. En este caso, la garantía constitucional de autonomía local (art. 137 CE) impide que, al menos en los ámbitos competenciales atribuidos como propios por las leyes generales o sectoriales, se ejecuten proyectos de interés local sin una participación cualificada de los propios gobiernos locales (Velasco, 2009, p. 49; Domínguez, 2021, p. 426 § 7). Es cierto que –hasta hoy y en términos generales– la jurisprudencia constitucional ha sido poco tuitiva de la autonomía local en relación con actuaciones estatales o autonómicas con claro interés y escala locales¹⁶. Pero incluso bajo esta jurisprudencia debe ser reconocible un mínimo de participación local en la definición y la ejecución de las actuaciones definidas en el PRTR y financiadas con el MRR (o con otros fondos europeos instrumen-

¹³ Para el MRR: Resolución del Comité Económico y Social Europeo sobre la Participación de la sociedad civil organizada en los planes nacionales de recuperación y resiliencia –¿Qué funciona y qué no funciona?– (sobre la base de las consultas realizadas en los 27 Estados miembros), 2021/C 155/01, de 30 de abril de 2021.

¹⁴ Art. 8.1 del Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados.

¹⁵ Desde la STC 13/1992, FJ 8, hasta nuestros días (STC 138/2021, FJ 3), aunque con alguna desviación aplicativa (como la que expresa la STC 179/2016, FJ 2).

¹⁶ Así, en relación con la financiación extraordinaria para abastecimiento y saneamiento municipal de agua en Andalucía: STC 136/2016, FJ 5.

talizados por el IRUE) que directamente afecten a intereses predominantemente locales. Sin duda que las exigencias de efectividad en la gestión del MRR puede excluir la participación directa de los pequeños municipios en la gestión de los fondos europeos (Pazos, 2021, p. 73), pero no permite excluir la participación de los grandes municipios y de las entidades locales de segundo nivel (provincias, municipios, islas, territorios históricos, comarcas).

19. Para la participación *autonómica* en la gestión del MRR pueden ser instrumentos fundamentales –entre otros– las subvenciones o transferencias estatales y autonómicas, los convenios interadministrativos o incluso los consorcios con participación autonómica. También, la participación *local*, tanto en proyectos estatales como en proyectos autonómicos con financiación del MRR, se puede articular a través de subvenciones, convenios (Pazos, 2021, p. 70), consorcios y otras formas de cooperación institucionalizada¹⁷. La cuestión es, entonces, cuál será el régimen jurídico de esas actuaciones ejecutivas locales financiadas con el MRR (u otros fondos europeos comprendidos en el IRUE). En especial, si todos estos actos, procedimientos y actuaciones locales se rigen, en alguna medida, por las reglas de agilización contenidas en el Real Decreto-Ley 36/2020 y en las leyes y decretos-leyes autonómicas para la gestión de los fondos europeos NGEU.

1.3. Participación local en los proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica

20. El art. 8 RDL-PRTR incluye un instrumento novedoso de gestión de los fondos europeos, el llamado PERTE (*Proyecto Estratégico de Recuperación y Transformación Económica*). En puridad, el Real Decreto-Ley 36/2020 no regula el PERTE como una *forma de actuación* administrativa, sino como una *estructura o espacio administrativo* en cuyo seno cooperan los diversos ministerios concernidos entre sí y con otros sujetos públicos y privados externos a la Administración General del Estado. Hay que plantearse ahora en qué medida las entidades locales participan en ese «espacio administrativo» para la colaboración público-privada. Aunque el propio Real Decreto-Ley incluye algunas normas sobre el PERTE, en gran medida remite su configuración acabada a dos tipos de actos jurídicos posteriores: el acuerdo de creación de cada PERTE, por el Consejo de Ministros (art. 8.2 RDL-PRTR); y la regulación reglamentaria del registro de entidades interesadas en los PERTE. El acuerdo de creación del PERTE no tiene naturaleza normativa, y por tanto no define por sí ninguna situación jurídica (art. 24. 1 de la Ley 50/1997, del Gobierno). En cambio, la regulación reglamentaria del registro de entidades interesadas sí es propiamente normativa, y puede definir la situación jurídica de esas entidades. Dos son las regulaciones reglamentarias previstas para el registro: una regulación general, dictada por la Ministra de Hacienda para el conjunto del registro; y una específica para cada PERTE, que ha de aprobarse por la Ministra sectorialmente competente (art. 9.4 RDL-PRTR).

21. Según las previsiones del PRTR, los PERTE serán *reducidos en número* (actualmente los ministerios trabajan en ocho proyectos) y serán de *muy elevada cuantía* cada uno, a fin de concentrar muchos recursos económicos en sectores económicos muy específicos e innovadores. Esta alta concentración de recursos en pocos PERTE debe evitar también una gestión administrativa muy capilar, en muchos pequeños proyectos. En principio, esta definición de los PERTE no tiene como destinatarios preferentes a los gobiernos locales. Aunque esa participación también es posible (Prieto, 2021, p. 531), en la medida en que, siguiendo el patrón normativo del art. 8 RDL-PRTR, los PERTE se regulen como estructuras cooperativas que agrupan a muy diversos sujetos, públicos y privados (Colás, 2021, p. 48).

22. Según se ha dicho ya, la realidad jurídica de los PERTE queda remitida a posteriores decisiones gubernativas. Pues bien, el pasado 13 de julio el Consejo de Ministros aprobó el primer PERTE, el relativo al vehículo eléctrico y conectado (VEC). Está en fase muy avanzada de elaboración de un segundo PERTE para el sector agroalimentario. En relación con el PERTE VEC, integran el acuerdo del Consejo de Ministros tanto la justificación del acuerdo como una Memoria (Anexo I) y una estructura de «gobernanza» (Anexo II). Veamos ahora en qué medida los dos anexos abren el PERTE VEC a los gobiernos locales. En la memoria del PERTE VEC se definen dos ámbitos de actuación: el «impulso de los proyectos transformadores en la cadena de valor del VEC»; y las «medidas facilitadoras que pueden coadyuvar tanto a la creación de una

¹⁷ Es el caso de la concertación autonómico-local regulada en la Disposición final 1.ª de la Ley extremeña 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que modifica el art. 46 de la Ley extremeña 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura.

nueva movilidad como al desarrollo del vehículo eléctrico»¹⁸. En principio, se puede excluir que las entidades locales puedan participar en la producción de los vehículos eléctricos y conectados. Pero también parece claro que las infraestructuras de *movilidad sostenible* (para el vehículo eléctrico y conectado) en buena medida requieren de la *colaboración local*. Ello no obstante, como en seguida se verá, los gobiernos locales no están presentes en el Acuerdo que declara el PERTE VEC. Varios son los aspectos destacables del Acuerdo, desde la perspectiva local.

23. En primer lugar, como ya había anunciado el art. 8.2 del Real Decreto-Ley 36/2020, el acuerdo del Consejo de Ministros no contiene propiamente el régimen jurídico del PERTE. El acuerdo gubernativo define con detalle el objetivo político-económico del PERTE VEC (Anexo I), pero no lo regula. Únicamente, el acuerdo gubernativo crea dos órganos colegiados para la «gobernanza» del PERTE VEC: un órgano colegiado interministerial, el «Grupo de Trabajo Interministerial del PERTE VEC», presidido por la Ministra de Industria, Comercio y Turismo (Sección 1, apartado 1.º); y la Alianza para el Vehículo Eléctrico y Conectado, integrada por cargos públicos ministeriales y representantes del sector empresarial automovilístico ya presentes en la Mesa de la Automoción (Sección 2, apartado 4.º). Formalmente, tanto el Grupo de Trabajo como la Alianza son órganos administrativos colegiados, y por tanto a ambos se les aplicarán las leyes administrativas, en especial, los arts. 15 a 24 LRJSP. Ambos son órganos colegiados interministeriales no decisorios (art. 22.3 LRJSP). Desde la perspectiva propiamente local, en el acuerdo de creación claramente se observa el carácter netamente *estatal* y la orientación *público-privada* del PERTE. En primer lugar, la presencia de los gobiernos locales en el grupo de trabajo es nula, pese a que el art. 21.2 LRJSP permite la inclusión de representantes de otras Administraciones públicas en los órganos colegiados interministeriales. En segundo lugar, los representantes (privados) del sector empresarial del automóvil se integran, como tales representantes, en un órgano administrativo (la Alianza), opción permitida por el art. 21.3 LRJSP. Según se ve, la estructura de «gobernanza» del PERTE está más abierta al sector privado (a través de la Alianza) que a las demás entidades públicas.

24. El PERTE VEC no cuenta –por ahora– con el *registro de entidades interesadas* que anunciaban el art. 9 y la DA 1.ª RDL-PRTR. Es cierto que el Real Decreto-Ley no precisa con claridad la función de este registro, salvo su localización en el Ministerio de Hacienda. Menciona de forma imprecisa la posibilidad de «ayudas» a las entidades interesadas registradas (art. 11.1 RDL-PRTR), pero nada más dice de tales ayudas (Montes, 2021, p. 534). En realidad, la regulación sustantiva del registro en su conjunto se remite al Ministerio de Hacienda, y la regulación de cada sección (para cada concreto PERTE) se remite al Ministerio sectorialmente competente (art. 9.4 RDL-PRTR). Con todo, la escueta regulación del Real Decreto-Ley sugiere que la ejecución de los PERTE está *abierta a todos los sujetos públicos y privados interesados*. Es una forma de incorporar a la ejecución del PERTE a entidades –públicas y privadas– que no habían participado previamente en las «manifestaciones de interés» que han dado lugar al Plan de Recuperación y al acuerdo del PERTE VEC. El hecho de que este PERTE se haya creado sin el registro de entidades interesadas sugiere que su ejecución se va a canalizar más *a través de las empresas* que ya forman parte del sector (y que como tales están representadas en la Alianza). Desde la perspectiva local, dado que los ayuntamientos y diputaciones provinciales no forman parte de la estructura organizativa (gobernanza) del PERTE VEC, y que la participación como entidades interesadas es por ahora una incógnita (por falta de creación del registro correspondiente), hay que considerar que la posible actuación local en los PERTE queda relegada estrictamente a la *fase de ejecución indirecta*.

25. El acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el PERTE VEC, de 13 de julio de 2021, define unos objetivos y una estructura organizativa para su consecución. Pero no establece concretas *formas de actuación administrativa*. Esto es conforme con el propio art. 8 RDL-PRTR, que no configura el PERTE como una forma de actuación, sino como una *estructura organizativa* para la colaboración público-privada. El propio apartado 1 del acuerdo gubernativo encarga a varios ministerios que «desarrollen las medidas de apoyo descritas en la memoria del Acuerdo». En este sentido, conforme al art. 8.4 RDL-PRTR queda ahora abierta la posibilidad, que habrá de ir concretando el «grupo de trabajo», de que el PERTE se ejecute en cada ministerio a través de cualquiera de las formas de colaboración privada existentes en la actualidad (Gimeno, 2021, p. 95).

26. Aunque ni el PRTR ni el Real Decreto-Ley 36/2020 optan por concretas formas de ejecución administrativa, lo cierto es que el PERTE VEC sí se decanta decididamente por las *ayudas económicas* a las en-

¹⁸ Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2021, p. 54). Accesible en www.mincotur.gob.es.

tidades participantes, otorgadas en procedimientos competitivos. Esas ayudas toman forma de subvención no reembolsable (directamente con cargo a los fondos del MRR) o de crédito reembolsable (con cargo al presupuesto general del Estado, alineado con los recursos del MRR)¹⁹. En este contexto de ayudas públicas, la presencia de los gobiernos locales es por completo secundaria, pese a su posible relevancia para las «medidas facilitadoras», ya mencionadas. En la memoria del PERTE VEC tan sólo se hace referencia al ámbito local en tres aspectos: incremento del 10 por 100 de las ayudas para la adquisición de vehículos eléctricos cuando los adquirentes residan en municipios de menos de 5.000 habitantes; obligatoriedad (como «medida facilitadora») de que los municipios de más de 50.000 habitantes cuenten antes de 2023 con «planes de movilidad urbana sostenible»; y previsión de ayuda financiera específica para el despliegue de la red 5G en las «zonas de ruralidad extrema». En principio, la clara secundariedad de las entidades locales en la memoria del PERTE VEC no impide que las entidades locales actúen como sujetos *perceptores de ayudas* conforme al régimen legal general de las subvenciones (Pastor, 2017, p. 299), siempre que se integren en una «agrupación» junto con empresas privadas y suscriban el acuerdo interno de cada agrupación. También es posible que *entidades locales instrumentales* (organismos públicos o sociedades locales) participen también como socio tecnológico o productivo en una agrupación para la ejecución del PERTE. Esta posibilidad no ofrece problemas para las subvenciones, que bien pueden ser percibidas por una entidad local instrumental, pero sí para los créditos, por las limitaciones propias de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

2. APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES DE LAS NORMAS ESPECIALES DE AGILIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Reglas administrativas estatales

27. Ya se ha dicho antes (*supra* § 8) que las medidas de agilización administrativa contenidas en el Real Decreto-Ley 36/2020 son muy diversas. También son muy diferentes los ámbitos de aplicación de sus normas, tanto desde el punto de vista *subjetivo* (a qué Administraciones públicas se aplica cada norma de agilización) como *temporal y objetivo* (a qué tipo de actuaciones administrativas se aplican las reformas)²⁰. En principio, el art. 2 del RDL 36/2020 utiliza sólo un criterio objetivo (el tipo de actividad administrativa) para definir el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley. Desde el punto de vista subjetivo, el art. 2.1 del propio Real Decreto-Ley lo declara aplicable a *todas las entidades que integran el sector público* (por tanto, conforme al art. 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público [LRJSP], es aplicable a las entidades locales y a sus entidades instrumentales). Ello no obstante, son muchas las concretas normas del RDL-PRTR que, por su propio contenido, explícita o implícitamente sólo son aplicables a la Administración General del Estado. Luego se volverá sobre esto (*infra* § 33). Primero vamos a abordar la vigencia temporal y objetiva del RDL 36/2020.

2.2. Vigencia temporal

28. En lo que hace a la vigencia temporal, el Real Decreto-Ley 36/2020 ofrece múltiples regulaciones. Una parte de sus reglas, aquellas que modifican de forma definitiva previas leyes administrativas, tienen vigencia *indefinida*. Esto es, ciertas reglas administrativas generales se aplicarán a partir de ahora y para todo tipo de supuestos (no sólo los vinculados a la ejecución del PRTR). Así ocurre con todas las normas que modifican previas leyes administrativas estatales. Es el caso del nuevo régimen de los informes vinculantes de Estado en la elaboración de planes territoriales y urbanísticos autonómicos y locales (DF 11.ª RDL-PRTR). Otras normas de agilización procedimental rigen de forma sólo *temporal*, para la gestión de los fondos europeos. Así ocurre, por ejemplo, con la DA 2.ª RDL-PRTR, sobre retribuciones extraordinarias de empleados públicos que gestionen fondos europeos ligados al PRTR. De esta forma, una vez ejecutado el MRR (o los otros fondos también vinculados al programa *Next Generation EU*) estas reglas de agilización administrativa habrán perdido por completo su vigencia.

¹⁹ Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2021, pp. 62 y 83).

²⁰ Crítico con esta compleja definición del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley: Dictamen del Consejo de Estado núm. 783/2020, de 21 de diciembre de 2020, p. 34.

2.3. Ámbitos objetivos de aplicación

29. Desde el punto de vista objetivo, el Real Decreto-Ley 36/2020 contiene varios criterios de aplicación complementarios. Una parte de las nuevas reglas, en especial aquellas que modifican leyes administrativas anteriores, se aplican *de forma universal*, no sólo a las actuaciones administrativas vinculadas a la ejecución de proyectos europeos. Esto es, se aplican a todas las actuaciones subsumibles en el correspondiente supuesto de hecho normativo de las leyes generales, ahora modificadas. Así ocurre, por ejemplo, en la DF 3.ª.3 RDL-PRTR, que modifica algunos plazos básicos en la evaluación ambiental estratégica regulada en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental. Esta nueva regulación de la evaluación ambiental se aplica a todos los procedimientos de esa clase (sea cual sea la Administración competente y su vinculación mayor o menor con un proyecto de ejecución del PRTR). En este caso, es claro que el criterio objetivo de aplicación de las nuevas normas procedimentales no es la gestión de fondos europeos, aunque obviamente también se aplique a ellos (e incluso haya sido la razón que ha impulsado la reforma legislativa general).

30. Conforme al art. 2. 2, 3 y 4 RDL-PRTR, otras normas del Real Decreto-Ley se aplican de forma más selectiva, sólo a actuaciones administrativas *financiadas con los fondos europeos*. Este criterio objetivo, aparentemente sencillo, se complica porque el propio art. 2 RDL-PRTR incluye varias distinciones (Villasale-ro, 2021, p. 6).

- a) Así, algunas normas (las que regulan las estructuras de gestión del PRTP) se aplican a las actuaciones financiadas con alguno de los fondos europeos (aparte del MRR) que expresamente enumera el propio precepto (por tanto, no con cualquier fondo europeo). De esta manera, ciertas reglas de gestión del Real Decreto-Ley 36/2020 se aplican no sólo a las actuaciones de ejecución del MRR, sino también de otros fondos europeos alineados en la estrategia *Next Generation EU*. Esto puede ser relevante para una ejecución autonómica y local más ágil de fondos estructurales ya preexistentes (Pazos, 2021, p. 20). Se refiere el art. 2.2 RDL-PRTR, además de a los fondos del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea, al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), al Fondo Social Europeo (FSE+), al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca. Otros fondos europeos (como el Fondo de Transición Justa, o el REACT-EU) no están expresamente mencionados en el art. 2.2 RDL-PRTR, por lo que *a priori* se podría plantear la duda sobre si su gestión se rige también por el Real Decreto-Ley. Sobre ello hay que recordar que el art. 2.2 RDL-PRTR se refiere en sentido amplio a los fondos del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea y no sólo al concreto Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Esto permite sostener que la referencia del art. 2.2 RDL-PRTR es no sólo al MRR, sino también a los otros nuevos fondos europeos (o preexistentes pero ahora instrumentalizados en el programa *Next Generation EU*) a los que se refiere el art. 2 del Reglamento (UE) 2020/2094.
- b) Conforme al art. 2.3 RDL-PRTR, otra parte de sus normas –las referidas a las estructuras de gobernanza del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia– se aplican únicamente a los fondos del *Mecanismo Recuperación y Resiliencia* (y no, por tanto, a las actuaciones financiables con otros fondos incluidos en el Instrumento Europeo de Recuperación).

31. En relación con las normas que rigen sólo para la gestión administrativa de fondos europeos, y sea más amplio o más estrecho su ámbito de aplicación (los fondos a los que afecta) lo cierto es que el criterio principal de aplicación del Real Decreto-Ley 36/2020 es *objetivo, financiero y funcional*. El ámbito de aplicación *subjetivo* (las Administraciones públicas que se rigen por las distintas normas del RDL-PRTR) bien puede considerarse como subalterno o de segundo grado, respecto del ámbito objetivo. Por eso, vista la opción normativa primaria del Reglamento UE 2021/241, que impone a los Estados una gestión eficiente del MRR, hay que considerar –como criterio de principio– la aplicación del Real Decreto-Ley 36/2020 *allí donde haya gestión administrativa* de los fondos europeos, precisamente porque las reglas de agilización del RDL-PRTR están dirigidas a una eficaz gestión del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (o, al menos, del MRR). La relevancia central de este criterio de aplicabilidad objetivo, financiero y funcional va ser relevante, en los términos que luego se exponen (*infra* § 45), para argumentar la posible aplicación del RDL-PRTR incluso a Administraciones públicas –como las locales– que no están claramente comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto-Ley, pero que efectivamente gestionan directa o indirectamente fondos europeos.

32. También desde la perspectiva objetiva, el Real Decreto-Ley 36/2020 no abarca toda la gestión de los fondos europeos NGEU. El art. 1 RDL-PRTR (que es norma básica conforme a la DF 1.1) constriñe la

materia objeto de regulación especial *a algunos concretos aspectos de la actuación administrativa*, no a toda la gestión administrativa de los fondos europeos. Esta acotación del objeto de regulación, al contenerse en un precepto básico como es el art. 1 RDL-PRTR, impide que las comunidades autónomas (y en segundo grado, las entidades locales) añadan nuevas especialidades de gestión contrarias a los preceptos básicos (o plenos) del propio RDL-PRTR o de las leyes administrativas generales. El hecho de que el RDL-PRTR no haya regulado de forma exhaustiva la gestión administrativa de los fondos europeos no supone que todo lo no regulado expresamente por el RDL-PRTR pueda ser objeto de regulación autonómica especial. Esto es, y por ejemplo, en la medida en que el RDL-PRTR no regula específicamente las encomiendas de gestión, como posible forma de gestión de los fondos europeos, rige tanto para el Estado como para las comunidades autónomas y las entidades locales la regulación actual (básica) del art. 11 LRJSP. El RDL-PRTR simplemente ha acotado una serie de actuaciones, trámites o procedimientos administrativos que considera capitales para una gestión eficiente de los fondos europeos. La *gestión administrativa especial* de los fondos europeos se define por esas reglas capitales. En esa medida, todo lo no regulado expresamente en el RDL-PRTR se puede considerar que es actuación administrativa ordinaria, y por tanto regulada por las leyes administrativas ordinarias (estatales o autonómicas).

2.4. Ámbitos subjetivos de aplicación

33. El ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto-Ley 36/2020 es más complejo de lo que *a priori* pudiera pensarse. Algunos defectos de técnica normativa dan lugar a resultados parcialmente antinómicos entre su art. 2 y la Disposición final 1.^a.2. El art. 2 RDL-PRTR define un amplio ámbito de aplicación *subjetivo* para el conjunto de sus normas: «cualesquiera de las entidades del sector público (...)», aunque al tiempo *modula objetivamente* ese ámbito amplio de aplicación diferenciando entre los distintos fondos europeos (todos los de NGEU o sólo los del MRR). Pero, junto a este ámbito subjetivo universal del art. 2 RDL-PRTR, la Disposición Final 1.^a.2 expresamente establece que «no tienen carácter básico y, por tanto, solo serán de aplicación a la Administración General del Estado y al sector público institucional estatal (...)». Según se ve, la DF 1.^a.2 RDL-PRTR aparentemente contradice lo previamente establecido en el art. 2 RDL-PRTR. Esta aparente antinomia se puede resolver mediante varias precisiones de principio.

34. En primer lugar, hay que advertir de que la DF 1.^a.2 RDL-PRTR presenta alguna insuficiencia técnica. Porque confunde el ámbito aplicativo de las normas con el *título competencial* estatal sobre el que descansan. La DF 1.1 RDL-PRTR da a entender que con carácter general el Real Decreto-Ley tiene carácter básico, y por ello sería en principio aplicable a todas las entidades del sector público (estatal, autonómico y local). Este criterio de principio sería coherente con lo previamente establecido en el art. 2 RDL-PRTR. Pero seguidamente, la DF 1.^a.2 RDL-PRTR precisa que «no tienen carácter básico y, por tanto, sólo serán de aplicación a la Administración General del Estado y al sector público institucional estatal» una lista larga de preceptos. Todos estos preceptos, por no ser básicos, no serían aplicables ni a las comunidades autónomas ni a las entidades locales.

35. El primer déficit técnico de la DF 1.^a.2 RDL-PRTR está en la propia insuficiencia de la distinción –aparentemente binaria– entre *lo básico y lo no básico*. Porque, previamente, la propia DF 1.1 RDL-PRTR había identificado varios títulos competenciales para el conjunto del Real Decreto-Ley, no todos básicos. En especial, la competencia estatal ex art. 149.1.14 CE (hacienda general y deuda del Estado) no es básica, sino exclusiva, con lo que los preceptos amparables en ese título competencial (que no precisa el propio RDL-PRTR) serían de aplicación plena, a todo el sector público, y no sólo a la Administración General del Estado y el sector público institucional estatal. En consecuencia, calificar un precepto del Decreto-Ley como «no básico» no implica necesariamente que no sea aplicable a las comunidades autónomas y las entidades locales. Si se concluye que algún precepto concreto del Real Decreto-Ley se apoya en la competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.14 CE (lo cual no es fácil, dado el criterio restrictivo de la STC 233/1999, FJ 4) ciertamente será una norma no-básica, pero no por ello inaplicable a las comunidades autónomas y las entidades locales (Prieto, 2021, p. 515).

36. En segundo lugar, que un precepto sea básico no significa que *necesariamente vincule* a todo el sector público, y por tanto también a las comunidades autónomas y las entidades locales. En ejercicio de una competencia legislativa básica, el Estado tanto puede dictar reglas para todas las Administraciones públicas (y demás entidades instrumentales vinculadas) como sólo para una parte de ellas. Puede el Estado, por ejemplo, dictar normas básicas sólo para la propia Administración estatal; o sólo para la Administración local; o para la Administración estatal y la local, pero no para la autonómica (por ejemplo, en relación con las

indemnizaciones por servicio de los empleados públicos estatales y locales: art. 2.1 a) y e) del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo). Es lo que ocurre con varios preceptos del Real Decreto-Ley 36/2020 relativos a los PERTE, que se califican en la DF 1.^a2 como básicos, aunque en esos preceptos se regula sólo la actuación de órganos administrativos estatales. En suma, es el propio Estado, en ejercicio de su competencia básica, quien puede decidir el *mayor o menor alcance de sus propias bases*. Puede el Estado, incluso, aprobar normas básicas que, por propia decisión legislativa estatal, sean *desplazables* por las comunidades autónomas o por las entidades locales (Font, 2000, p. 235; Velasco, 2009, p. 204). Ya en la actualidad, la legislación estatal de régimen local contiene múltiples excepciones aplicativas, para los municipios de algunas concretas comunidades autónomas. De entrada, en su texto original ya la LBRL preveía algunas excepciones aplicativas en el País Vasco (art. 39 y DA 2.^a), Navarra (DA 3.^a), Cataluña (DA 4.^a), Illes Balears (art. 40), e Islas Canarias (art. 41) (Parejo, 2003, p. 899). Esta opción ha sido pacíficamente aceptada por la jurisprudencia constitucional²¹. En estos casos, es la propia norma básica estatal quien *opta por un cierto grado de diversidad*, y no por la completa uniformidad, como patrón normativo común en toda España. En otros términos: el «denominador normativo común» establecido por el Estado como norma básica consiste precisamente en abrir algunos espacios a la diversidad, cuando así lo consideren oportuno las correspondientes comunidades autónomas.

37. Por otro lado, es una paradoja de nuestro sistema constitucional, nunca abordado frontalmente por la jurisprudencia constitucional, que la *regulación de la Administración General del Estado*, que lógicamente sólo puede corresponder al propio Estado, únicamente se puede apoyar en títulos competenciales básicos, los enunciados en el art. 149.1.18 CE. En especial, en la competencia básica sobre el «régimen jurídico de las Administraciones públicas» y en la competencia, también básica, sobre el «procedimiento administrativo común»²². En consecuencia, y aunque resulte paradójico, la regulación minuciosa y completa de la Administración General del Estado tiene amparo formal en una competencia básica (*sic*). Esta paradoja constitucional lleva luego a la necesaria distinción, en las leyes administrativas, entre dos tipos de preceptos básicos: los aplicables a todas las Administraciones públicas (los «básicos-básicos»); y los aplicables sólo a la Administración General del Estado, preceptos estos últimos a los que las leyes administrativas, con una imprecisión inevitable, califican como «no-básicos» (pero que formalmente sí son básicos, porque se dictan al amparo de una competencia básica). Así ocurre, por ejemplo, en la DF 14.^a LRJSP que primero declara (apartado 1) que «esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases régimen jurídico de las Administraciones Públicas», para seguidamente establecer (apartado 2) que «no tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal lo previsto en (...)». Esta misma paradoja se encuentra hoy en el RDL-PRTR, donde una buena parte de sus preceptos sobre la gestión administrativa de los fondos europeos se califica por la propia DF 1.^a1 RDL-PRTR como «no básicos», aunque en puridad sólo pueden descansar sobre las competencias básicas estatales ex art. 149.1.18 CE.

2.5. Interacción entre los criterios objetivos y subjetivos

38. Más arriba ya se precisó que algunos preceptos del RDL-PRTR *modifican* de forma universal e intemporal previas leyes administrativas generales (*supra* § 29), unas aplicables a todas las Administraciones públicas y otras sólo a la Administración del Estado. También se ha explicado que otros preceptos del RDL-PRTR no modifican leyes previas, sino que simplemente excepcionan o desplazan su aplicación en relación con los fondos europeos NGUE, y que esa excepción aplicativa unas veces se refiere a todas las Administraciones públicas y otras veces sólo a la Administración del Estado (*supra* § 30). De esta forma, para cada precepto del Real Decreto-Ley hay que precisar si es un precepto *general o especial* y, también, si es un precepto que vincula a todas las Administraciones públicas o *sólo a la Administración del Estado*. De la conjugación de estos dos criterios derivan varios tipos normativos en el RDL-PRTR.

39. Tenemos, en primer lugar, preceptos *generales* (no confinados a la gestión de los fondos europeos) que rigen para *todas* las Administraciones públicas. Son aquellos preceptos que modifican de forma definitiva preceptos básicos estatales aplicables a todas las Administraciones públicas. Es el caso, por ejemplo,

²¹ SSTC 214/1989, FJ 26; 147/1991, FFJJ 4 d) y 5; 109/1998, FJ 3; 50/1999, FJ 6; 132/2012, FJ 3, entre otras.

²² Por todas: STC 50/1999, FJ 3 y STC 55/2018, FJ 6.

de la nueva regulación de los encargos de servicios a medios propios contenida en la DF 5.^a.1 RDL-PRTR, que modifica con carácter general la norma básica del art. 32.7 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

40. Un segundo supuesto es el de los nuevos preceptos objetivamente *generales* (no limitan su campo de aplicación a la gestión de los fondos europeos) pero que sólo rigen para la *Administración del Estado*. Es el caso de la mayoría de los nuevos plazos del procedimiento de evaluación ambiental, acordados de forma general (para cualquier supuesto, no sólo para los proyectos financiados con fondos europeos) en la DF 3.^a RDL-PRTR.

41. Tenemos, en tercer lugar, nuevas reglas *especiales*, aplicables a *todas* las Administraciones públicas, que simplemente desplazan –pero no derogan– previas normas generales y de aplicación a todas las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, el art. 39 RDL-PRTR establece hoy la posible tramitación anticipada de expedientes de gasto de ejercicios posteriores (cuando la financiación provenga del MRR o del fondo REACT-EU, aunque no de los demás fondos también integrados en el NGEU). Esta norma, auto-calificada como básica por la DF 1.^a.2 RDL-PRTR, rige claramente para todas las Administraciones públicas, aunque sólo para la gestión de fondos europeos. Lo mismo se puede decir del plazo extraordinario de ocho días para la presentación de proposiciones en procedimientos abiertos simplificados para la adjudicación de contratos de obras de hasta 80.000 euros (art. 50.1 c) RDL-PRTR), que excepciona el plazo general de 10 días del art. 159.6 LCSP (plazo básico, conforme a la DF 1.3 LCSP). Cuestión problemática es la posible relación entre una nueva norma *básica especial* del RDL-PRTR y previas normas autonómicas o locales que eran conformes con anteriores bases estatales, pero no con las nuevas. En el caso de las normas locales, esta divergencia supone llanamente la inaplicación de la norma local contraria. En el caso de las normas autonómicas se produce un resultado de *inconstitucionalidad sobrevenida* de la norma autonómica, que normalmente no da lugar a la simple inaplicación de la norma autonómica²³, salvo que la norma autonómica fuera en sí una simple reproducción de una norma básica anterior (STC 102/2016, FJ 6).

42. Finalmente, en el RDL-PRTR hay nuevas reglas administrativas *especiales* (sólo aplicables a la gestión de fondos europeos) que sólo vinculan a la Administración del Estado. Aquí se cuentan diversas normas sobre la «gobernanza» del PRTR o específicamente sobre los PERTE que tienen por destinataria directa, expresa y única a la Administración del Estado. Así, por ejemplo, el art. 13 RDL-PRTR regula la aprobación del PRTR por el Consejo de Ministros. Este precepto, aunque se califica como «básico» por la DF 1.^a.2 RDL-PRTR, no produce ningún efecto directo sobre las comunidades autónomas o los gobiernos locales. Igualmente, el art. 46.1 RDL-PRTR, que se califica como básico en la DF 1.^a.2, establece que «las entidades del sector público estatal promoverán la modificación del correspondiente sistema de información contable (...)». Es evidente que este precepto, aun siendo nominalmente básico, limita su aplicación a sólo el sector público estatal. A estos supuestos se equiparan otros que la propia DF 1.^a.2 RDL-PRTR califica como «no básicos», calificación esta que en realidad nada dice del título competencial del Estado, sino de la aplicabilidad del precepto a sólo la Administración del Estado (*supra* § 36). En relación con los dos grupos de normas (las «básicas» pero sólo aplicables a la Administración estatal y las auto-calificadas como «no básicas») se plantea entonces si, a falta de regulación autonómica simétrica, aquellas reglas especiales de gestión administrativa son de aplicación supletoria a las comunidades autónomas y a las entidades locales (*infra* § 45). Piénsese, por ejemplo, en el art. 59.1 c) RDL-PRTR, que establece que los convenios administrativos, como forma de ejecución del PRTR, pueden tener una duración máxima de 6 años (prorrogables por otros 6). Esta norma se califica por la DF 1.^a.2 como «no básica» y por tanto sólo sería aplicable a los convenios donde es parte la Administración General del Estado. Lo cierto es que ese plazo especial y «no básico» de 6 años desplaza –solo para la gestión de los fondos europeos– el plazo básico de 4 años del art. 4 h) 1 LRJSP (plazo básico que rige para todos los convenios administrativos, salvo regulación normativa específica). La cuestión es, entonces, que conforme al RDL-PRTR los convenios *estatales* para la ejecución de los fondos europeos NGEU pueden tener una duración de 6 años, mientras que los convenios autonómicos o locales para la gestión de esos mismos fondos europeos sólo pueden durar 4 años (salvo normativa especial). Este resultado es paradójico, y no resulta coherente con la opción del Reglamento UE 2021/241 a favor de una efectiva ejecución de los fondos europeos (MRR).

43. En términos cuantitativos son pocas las normas *especiales* y «no básicas» del RDL-PRTR que desplazan normas previas de aplicación general y donde, por tanto, se da la paradoja de que, para la gestión

²³ SSTC STC 1/2003, FJ 8, con una doctrina por ahora estable: SSTC 66/2011, FJ 5; 187/2012, FJ 5; 177/2013, FJ 8.

de los mismos fondos europeos, el Estado dispone de reglas de gestión más favorables que las comunidades autónomas y las entidades locales. Con carácter general, las normas «no básicas» del RDL-PRTR desplazan –para la gestión de los fondos europeos– previas normas generales (en su objeto) pero también «no básicas» (sólo aplicables a la Administración del Estado). Así ocurre, por ejemplo, en materia de subvenciones, donde las normas especiales de justificación de las subvenciones (art. 63 RDL-PRTR) desplazan la aplicación de previas normas «no básicas» del Reglamento General de Subvenciones (por ejemplo, los arts. 72 y 75 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio). Lo mismo se puede decir de la evaluación ambiental de proyectos estatales vinculados al PRTR (regulada en el art. 66 RDL-PRTR), que desplaza la aplicación de previos preceptos «no básicos» (así declarados por la DF 8.^a2 de la Ley 21/2013) aplicables sólo al Estado. Esas normas estatales «no básicas» (y ahora desplazadas por las normas también «no básicas» del RDL-PRTR) eran aplicables, ya antes de la pandemia, de forma *supletoria* en todas aquellas comunidades autónomas y entidades locales en las que no rigieran otras reglas propias. La cuestión es ahora si –y en qué medida– las nuevas reglas «no básicas» del RDL-PRTR son de aplicación supletoria en la gestión autonómica y local de los fondos europeos. En mi opinión, la respuesta debe ser diferenciada. Como sigue.

3. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL RDL-PRTR

44. Según se ha expuesto, una parte importante del RDL-PRTR *sólo es aplicable a la Administración del Estado* y su sector público institucional. Se trata de dos tipos de preceptos. Están, en primer lugar, aquellas normas que la DF 1.2 RDL-PRTR considera básicas, pero que en su propia redacción se refieren directa y exclusivamente a la Administración del Estado. Y están, en segundo lugar, aquellos otros preceptos que la propia DF 1.2 RDL-PRTR califica como «no básicos». En relación con ambos grupos de preceptos hay que plantearse su posible aplicación *supletoria* a las comunidades autónomas y las entidades locales, cuando actúen en el marco del PRTR para la ejecución de fondos europeos (Font, 2021, p. 122).

45. Como es sabido, la supletoriedad es una técnica de integración de lagunas normativas, no es en ningún caso un título competencial estatal. Esto es, fuera de sus competencias materiales, el Estado no puede dictar norma alguna, ni siquiera meramente supletoria. Este significado de la supletoriedad como técnica de integración de lagunas normativas es la única que admite hoy el art. 149.3 CE²⁴, que establece que el Derecho estatal es «en todo caso» supletorio del Derecho autonómico. En ocasiones, en la doctrina se ha propuesto una *comprensión restrictiva* de esta técnica de integración normativa (y por tanto del propio art. 149.3 CE). Se ha dicho, en este sentido, que la supletoriedad del Derecho estatal a la que se refiere el art. 149.3 CE sólo afecta a las comunidades autónomas, pero no a otras organizaciones públicas (Borrajó, 2018, p. 1532; Rodríguez de Santiago, 2021, p. 806 § 67) y por tanto no a las entidades locales. También se ha dicho que la supletoriedad es una técnica más de integración normativa, sin precedencia respecto de otras, como la analogía (se entiende que la analogía naturalmente propicia la auto-integración del ordenamiento autonómico en el que se presenta la laguna [Muñoz Machado, 2015, p. 284 § 933; Rodríguez de Santiago, 2021, p. 808 § 71]). En mi opinión, ninguna de las dos comprensiones restrictivas del art. 149.3 CE cuenta con argumentos determinantes.

46. A mi juicio, el hecho de que el art. 149.3 CE se refiera a la supletoriedad del Derecho estatal sólo respecto del autonómico no permite excluir la supletoriedad del Derecho estatal *también respecto del Derecho local*. La omisión de toda referencia expresa al Derecho local en el art. 149.3 CE tiene que ver, simplemente, con que en su conjunto el art. 149.3 CE sólo articula (mediante la cláusula residual de competencia estatal, la prevalencia y la supletoriedad) los dos ordenamientos que se encuentran en posición de *igualdad competencial formal*: el estatal y los autonómicos. El ordenamiento propio de cada entidad local (el contenido en ordenanzas y reglamentos locales) es –en clave constitucional– siempre de segundo nivel, respecto del estatal o los autonómicos. Cada ordenamiento local está simplemente asegurado en su posible existencia por la garantía constitucional de autonomía local (Velasco y Castillo, 2021, p. 88 § 69), pero no se encuentra en posición de igualdad respecto de los ordenamientos estatal y autonómicos. En consecuencia, una vez afirmada expresamente por el art. 149.3 CE la supletoriedad del Derecho estatal (respecto del autonómico) carece de sentido sistemático que el Derecho de cada entidad local (en la medida en que está subordinado al Derecho estatal o al autonómico) cuente con criterios de integración propios y distintos de los que articu-

²⁴ STC 118/2016, FFJJ 6-7 y 61/1997, FJ 12 c).

lan la relación entre el ordenamiento estatal y los autonómicos. Dado que el Derecho estatal y los Derechos autonómicos –cada uno en sus límites competenciales– pueden impedir las lagunas de los ordenamientos locales (dictando normas de aplicación directa o con eficacia meramente supletoria) una laguna normativa local es, en última instancia, también un defecto de regulación del Estado o de la Comunidad Autónoma. Y por lo mismo, tiene sentido aplicar aquí también la supletoriedad del Derecho estatal a la que se refiere el art. 149.3 CE.

47. En segundo lugar, afirmar que cada órgano aplicativo (administrativo o judicial) puede integrar una laguna normativa autonómica o local mediante *diversas técnicas disponibles* (en especial, mediante la analogía) sin necesidad de acudir primeramente al Derecho positivo estatal, es un enunciado de principio que no tiene sustento constitucional directo y, además, supone una comprensión restrictiva del art. 149.3 CE. La STC 118/1996 ciertamente habla de «los medios usuales de interpretación del derecho», pero sólo para la *identificación* de lagunas normativas, no para su integración (FJ 6). Además, la comprensión doctrinal restrictiva de la supletoriedad estatal presupone una alta *independencia sistemática* de cada ordenamiento (el estatal, los autonómicos y los locales) y la consiguiente preferencia por la autointegración de sus lagunas (Leguina, 1997, p. 18), para lo que sin duda que es adecuada la analogía. Sin embargo, la realidad constitucional mitiga mucho esa imagen dogmática de ordenamientos diferenciados y auto-integrados (Borrajo, 2018, p. 1536). Los ordenamientos autonómicos contienen numerosas normas cuya validez, alcance y sentido se define por normas básicas estatales (que actúan cómo cánones indirectos de constitucionalidad de las normas autonómicas). Las ordenanzas municipales son, en la mayoría de los casos, desarrollos reglamentarios de previas leyes (o reglamentos) estatales o autonómicos; no se pueden aprobar directamente en materias reservadas a la ley, y están vinculados jerárquicamente a las leyes e incluso, en ocasiones, a los reglamentos estatales o autonómicos (Velasco y Castillo, 2021, p. 98 § 115). En este contexto de intensa interacción de ordenamientos territoriales tiene sentido que la supletoriedad del Derecho estatal, a la que se refiere el art. 149.3 CE sea tomado en todo su posible alcance normativo. Esto es, como *forma primaria de integración de lagunas* (en los Derechos autonómicos y locales) y no como una simple técnica disponible –entre otras– para resolver déficits normativos. Esta aplicación supletoria primaria del Derecho estatal está muy presente en la jurisprudencia contenciosa, tanto urbanística²⁵ como de empleo público (donde la aplicación supletoria de leyes y reglamentos estatales «no básicos» es cotidiana)²⁶.

48. Una vez argumentado el amplio margen potencial para la supletoriedad del Derecho estatal, hay que plantearse en qué medida los diversos preceptos del RDL-PRTR *no aplicables directamente* a las entidades locales pueden ser objeto de aplicación supletoria. Obviamente, la posible supletoriedad del Real Decreto-Ley 36/2020 solo es planteable allí donde *no hay norma autonómica o local propia*. Precisamente la cuestión más compleja y cuestionable en torno a la supletoriedad es la identificación de cuándo estamos verdaderamente ante una laguna normativa, pues con frecuencia la laguna no es patente, sino que resulta de cómo se interpreten las normas (Larenz, 1991, p. 370). En ocasiones, lo que parece una laguna bien puede ser la opción política de no regular (Leguina, 1997, p. 17); o la opción de no dictar una norma especial, para que se aplique una norma general.

49. En relación con el Real Decreto-Ley 36/2020, su posible aplicación supletoria a las comunidades autónomas y las entidades locales depende de en qué medida se considere que la gestión de los fondos europeos NGEU es una actividad administrativa propiamente singular y especial, y por tanto demandante de una regulación también especial (o, en su defecto, de la aplicación supletoria de las normas especiales que rigen esa actividad para la Administración del Estado). En relación con esto hay que señalar que, en su mayor parte, el Real Decreto-Ley 36/2020 no regula inmediatamente la Administración pública, ni el sector público. Regula la gestión administrativa de ciertos fondos europeos (los que menciona en el art. 2). Se puede decir, de forma más descriptiva, que el objeto propio y característico del RDL-PRTR es la *recuperación económica* post-covid mediante la gestión administrativa de fondos europeos. El RDL-PRTR no tiene por objeto propio ni las subvenciones, ni la intervención del gasto, ni la contratación pública, ni los consorcios. El objeto de regulación es la recuperación económica mediante la gestión administrativa de los fondos europeos. Es una regulación especialmente adaptada a la estrategia, condiciones y reglas temporales de los Reglamentos (UE) 2020/2094 y 2021/241. Esto es, el carácter netamente *sectorial, especial, fugaz y coyuntural* de los fon-

²⁵ SSTS de 13 de febrero de 2003, RC 9491/1998; 30 de junio de 2006, RC 1900/2003; 14 de diciembre de 2009, RC 293/2006; 25 de mayo de 2011, RC 5136/2007; 23 de octubre de 2014, RC 403/2014.

²⁶ En relación con el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado: STS 548/2017, de 30 de marzo (ES:TS:2017:1455).

dos europeos regulados en los reglamentos IRUE y MRR también confiere un sentido coyuntural y especial a la gestión administrativa (nacional) de los fondos europeos. De esta manera, la gestión administrativa de los fondos europeos se presenta como un sector o ámbito de la realidad reconducible a varios títulos competenciales *estatales* (normalmente básicos *ex art. 149.1.18 CE*), *autonómicos* (de desarrollo de las bases estatales, fundamentalmente) o *locales* (fundamentalmente, en virtud de la potestad de autoorganización del art. 4.1. a) LBRL). A partir de esta identificación de la singular materia regulada en el RDL-PRTR se puede considerar la posibilidad de que en determinados aspectos de la gestión autonómica y local de los fondos europeos pueda haber un verdadero déficit de regulación que llame a la aplicación supletoria de preceptos del RDL-PRTR sólo aplicables de forma directa a la Administración del Estado. Esta labor de identificación e integración de lagunas sólo puede hacerse de forma muy selectiva y *caso por caso*. Hecha esta advertencia general, y en correspondencia con la tipología de ámbitos de aplicación expuesta más arriba (*supra* § 38), ahora hay que considerar varios supuestos.

50. Tenemos, en primer lugar, el caso de las normas *generales* (no limitadas a la gestión de los fondos europeos) sólo aplicables de forma directa a la *Administración del Estado*. Así ocurre cuando el RDL-PRTR da nueva redacción a algunos preceptos «no básicos» preexistentes, que de esta forma quedan derogados. Es el caso de la DF 2.ª RDL-PRTR que modifica la redacción del vigente art. 48.8 LRJSP sobre la formalización y publicación de los convenios de la Administración General del Estado (haciendo ahora preceptiva en todo caso la publicación en el BOE). No estamos ahora ante una norma especial (para los proyectos financiados con fondos europeos) sino ante una nueva *norma general*, aunque sólo para los convenios de la Administración General del Estado. En la medida en que el anterior art. 48.8 LRJSP era aplicable de forma supletoria a todos los convenios administrativos, allí donde no había regulación autonómica específica, ahora también la nueva redacción del art. 48.8 RDL-PRTR tendrá eficacia supletoria, y por tanto será obligatoria –en defecto de norma autonómica en sentido contrario– para todos los convenios administrativos autonómicos o locales.

51. En lo que hace a la aplicación supletoria de las normas administrativas *especiales* del RDL-PRTR (sólo dirigidas a la gestión de los fondos europeos) pero aplicables sólo a la Administración del Estado, es necesario distinguir dos supuestos: cuando la nueva regulación exceptúa para el Estado una previa norma básica; y cuando la nueva norma no desplaza ningún precepto básico anterior.

- a) No hay aplicación supletoria de normas especiales y «no básicas» del Real Decreto-Ley 36/2020 cuando anteriormente ya existía una norma *básica* vinculante para todas las Administraciones públicas, y ahora el RDL-PRTR excepciona su aplicación sólo a la Administración General del Estado (mediante una norma «no básica»). Aquí no hay propiamente una laguna, ya que la norma básica previa sigue vigente para las comunidades autónomas y las entidades locales. Y por lo mismo, no hay supletoriedad que active *ex art. 149.3* la aplicación de la nueva norma «no básica» del RDL-PRTR. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 48.1 RDL-PRTR, que declara la «tramitación de urgencia y el despacho prioritario» de los expedientes administrativos que impliquen gastos de fondos europeos. Este carácter urgente y prioritario de los expedientes con fondos europeos desplaza –sólo para la Administración del Estado– la aplicación de las normas básicas contenidas en los arts. 33 y 71 LPAC, que respectivamente exigen la declaración expresa y previa de la declaración de tramitación urgente y el despacho por orden de incoación de los expedientes de naturaleza homogénea. Pero precisamente por ser la del art. 48.1 RDL-PRTR una regulación «no básica», no desplaza la aplicación de la LPAC a las comunidades autónomas y las entidades locales. Esta situación es sin duda criticable con carácter general, pues supone que el Estado excepciona para sí las normas básicas que impone a las comunidades autónomas y las entidades locales (Baño, 2004, pp. 1735-1764). También desde la lógica de los fondos europeos es un resultado paradójico, pues supone la existencia de diversos regímenes jurídicos para la gestión de un mismo fondo (e incluso de un mismo proyecto objeto de ejecución multinivel).
- b) Tampoco hay posible supletoriedad del Real Decreto-Ley 36/2020 cuando para una concreta actuación administrativa existía una *norma básica estatal específica para las entidades locales*, siendo así que ahora el RDL-PRTR establece una norma diferente y «no básica» (por tanto, sólo para la Administración del Estado). Así ocurre, por ejemplo, con el régimen de transferencias de créditos presupuestarios en el art. 179 LHL, aplicable solo a las entidades locales (Martínez Sánchez, 2021, p. 410 § 64) disonante del régimen de transferencias de créditos entre secciones dentro del presupuesto general del Estado (art. 38 RDL-PRTR). En la medida en que el art. 179 LHL establece una norma «básica» (según los criterios competenciales generales de la STC 233/1999) no hay laguna

alguna que deba ser integrada y por tanto no hay causa para una aplicación supletoria del art. 38 RDL-PRTR. Y lo mismo se puede decir del régimen de fiscalización previa del gasto financiado con los fondos NGEU, que se hará siempre en régimen de requisitos básicos (art. 45. 1 RDL-PRTR). Este precepto, que es especial respecto de la norma general del art. 150.2 b) LGP (sólo aplicable al presupuesto general del Estado) no puede aplicarse supletoriamente a los expedientes de gasto locales, pues cuentan con una regulación (básica) en el art. 219.2 LHL.

- c) La supletoriedad sí es en principio *posible* en relación con normas *especiales* y «no básicas» del RDL-PRTR que contienen normas verdaderamente novedosas, referidas a cuestiones que no estaban ya previamente reguladas en normas básicas estatales. Así, por ejemplo, para la provisión de puestos de trabajo directamente vinculados a la gestión de los fondos europeos, el art. 30.3 RDL-PRTR (precepto «no básico» conforme a su DF 1.^a.2) establece como modos preferentes la redistribución de efectivos, la reasignación de efectivos y la atribución temporal de funciones. Es esta una regulación específica e innovadora para la gestión de los fondos europeos que, en la medida en que no corrige ninguna norma previa del EBEP y no afecta a otras normas autonómicas o locales precedentes, es aplicable de forma supletoria a las entidades locales. Lo mismo se puede decir de la «asignación de funciones a tiempo parcial» del personal funcionario (para tareas de gestión de los fondos europeos) regulada en el art. 31.1 RDL-PRTR. También, en relación con los convenios para la ejecución del PRTR con fondos europeos, se puede considerar de aplicación supletoria su tramitación anticipada (respecto de ejercicio presupuestario en el que se formaliza el convenio), previsión normativa «no básica» del art. 59.3 RDL-PRTR. Por último, también se puede considerar la aplicación supletoria de la norma que excluye la evaluación de impacto ambiental para las obras de modernización de instalaciones existentes, cuando se realicen con fondos europeos (art. 66 RDL-PRTR). Es este un precepto «no básico» que precisa el alcance de una previa norma «no básica» ya vigente (el art. 8.3 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, referido a la reparación o mejora de «infraestructuras críticas») y por tanto no aplicable directamente a las comunidades autónomas y las entidades locales. Pues bien, en la medida en que este último precepto no hubiera tenido su correspondiente réplica en leyes autonómicas de desarrollo, sería ya actualmente una norma de aplicación supletoria (por las Administraciones autonómicas y locales). Obviamente, hay normas «no básicas» y propiamente nuevas del RDL-PRTR que en ningún caso son susceptibles de aplicación supletoria a las entidades locales, por su manifiesta ajeneidad o inidoneidad. Así, por ejemplo, la composición de la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, que integra a varios altos cargos del Gobierno y de la Administración estatal (art. 14 RDL-PRTR) es una regulación por completo ajena a la gestión local de los fondos europeos, y por tanto inaplicable supletoriamente.

4. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO AUTONÓMICO PARA LA EJECUCIÓN LOCAL DE LOS FONDOS EUROPEOS

52. Ya se dijo más arriba (*supra* § 15) que diversas comunidades autónomas han aprobado reglamentos, decretos-leyes y leyes para la agilización administrativa relacionada con los fondos europeos NGEU. Se plantea entonces, al igual que ya se ha hecho con el RDL-PRTR, si los preceptos autonómicos *nuevos o especiales* sobre los fondos europeos son también aplicables a las entidades locales, en la medida en que sobre ellas descansa la ejecución de concretos proyectos o inversiones. Así, por ejemplo, según el art. 7.5 del Decreto-Ley extremeño 3/2021, los puestos de trabajo que compongan las «unidades administrativas provisionales» se amortizan de forma automática, «sin necesidad de trámite alguno» una vez concluido el proyecto financiado con fondos europeos. Este precepto no tiene correspondencia en el RDL-PRTR (por lo que para el Estado rige el criterio general de supresión por decisión expresa que se deduce de los arts. 69.2 y 74 EBEP) y sólo se aplica directamente a la propia Administración autonómica –no a las entidades locales extremeñas– conforme al art. 2 del propio Decreto-Ley extremeño. Resulta, además, que conforme al art. 78.2 EBEP la supresión de los puestos de trabajo se debe regular por «leyes de función pública», lo que impide la regulación directamente local. Dado que la Ley extremeña 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública, ni prevé ni regula la amortización automática de puestos de trabajo, surge la duda de si, en el caso de que un ayuntamiento extremeño crease una «unidad administrativa provisional» con determinados puestos de trabajo, la extinción del correspondiente proyecto con financiación europea supondría, de forma *automática*, la amortización de los correspondientes puestos de trabajo.

53. En mi opinión, en casos como el planteado, la regulación autonómica puede ser aplicada *supletoriamente* a las entidades locales, siempre que se den las siguientes circunstancias: que se pueda considerar que existe una *verdadera laguna* normativa; que *no haya regulación propiamente local* (por simple inexistencia o porque existe una reserva de ley, lo que impide la regulación local directa [Ortega, 2014, p. 254]); que *no exista regulación estatal* directamente aplicable (un precepto básico o pleno); y que la regulación autonómica regule un *supuesto semejante o simétrico* al que se plantea ante una Administración local. Es cierto que la supletoriedad del Derecho autonómico no viene impuesta por ninguna regla constitucional (como sí hace el art. 149.3 CE para el Derecho estatal), pero también es cierto que ante una verdadera laguna normativa –y en defecto de norma estatal supletoria– la norma autonómica puede ser idónea para la integración de la laguna. Sobre todo, por el limitado acervo normativo de cada entidad local con el que proceder a auto-integrar la laguna normativa local.

54. En el ejemplo sugerido más arriba (la amortización automática de puestos de trabajo) la cuestión verdaderamente determinante (y no por completo clara) consiste en precisar si existe una laguna de regulación. Esto es, si admitida la posibilidad de crear «unidades administrativas provisionales» en los ayuntamientos (y la adscripción a ellos de concretos puestos de trabajo) falta una regulación expresa sobre la forma de extinción de esos puestos en unidades provisionales. Como ya se ha dicho, el régimen general de empleo público local en Extremadura no contempla ninguna forma de amortización automática de puestos de trabajo. En cambio, para la ejecución de fondos europeos con unidades provisionales de la propia Administración extremeña esa amortización actúa *ex lege* (art. 7.5 del Decreto-Ley extremeño 3/2021). Se puede considerar que hay aquí un déficit de regulación, porque la posible creación de unidades provisionales locales no va acompañada de regla alguna sobre el destino de los puestos de trabajo de esa unidad, una vez concluida su tarea. Concluir que esa falta de regulación supone la aplicación del régimen *general* de los puestos de trabajo (esto es, que se crean y extinguen por decisiones administrativas expresas) no casa bien con la naturaleza provisional de la unidad administrativa y de sus puestos de trabajo. Puede considerarse, en esa medida, una situación sin regulación predeterminada. Una laguna colmable con la regla especial de amortización automática que, para el mismo supuesto en la Administración autonómica, expresamente establece el art. 7.5 del Decreto-ley extremeño 3/2021.

55. Puede plantearse también, como hipótesis, la posibilidad de que sobre algún aspecto de la gestión local de fondos europeos exista una norma *especial* sólo aplicable a la Administración estatal (esto es, una norma calificada como «no básica» por la DF 1.ª.2 RDL-PRTR o una norma básica pero que auto-restringe su aplicación a sólo la Administración estatal [*supra* §§ 40 y 42]) y que para la misma cuestión exista también una norma *especial autonómica* sólo aplicable a la propia Administración autonómica. En tal supuesto, una posible laguna jurídica para la gestión local de los fondos europeos encontraría –siempre que efectivamente estuviéramos ante una laguna normativa– dos normas susceptibles de ser aplicadas supletoriamente (la norma especial estatal y la norma especial autonómica). A mi juicio, una situación como esta debe resolverse invocando el art. 149.3 CE, que directamente opta por la norma estatal (supletoria).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso García, R. (2012). *Sistema jurídico de la Unión Europea* (3.ª edición). Civitas Thomson Reuters.
- Arzoz Santiesteban, X. (25 de noviembre de 2016). La interpretación conforme como técnica de coordinación entre ordenamientos [ponencia]. En *Seminario de Teoría y Método del Derecho Público*. Zaragoza.
- Baño León, J. M. (2004). La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación: la prohibición de derogación singular de las bases. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas* (pp. 1753-1764), Civitas.
- Borrajo Iniesta, I. (2018). El orden constitucional de competencias y de ordenamientos. En M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución* (pp. 1508-1539), Wolters Kluwer, BOE y Tribunal Constitucional.
- Bustos Pretel, G. (2021). Ante el ensayo de simplificación y agilidad administrativa por decreto. En M. C. Campos Acuña (dir.), *La gestión de los fondos Next Generation* (pp. 217-269). La Ley Wolters Kluwer.
- Calvo López, S. (2020). Impacto del programa Next Generation EU en España: condicionalidad, retos y oportunidades de un acuerdo histórico. *Revista Administración y Ciudadanía*, 15, 441-476. <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4616>
- Colás Tenas, J. (2021). Los gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación. *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 37-51. https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL55/QDL55_02_Jesus_Colas.pdf

- Domínguez Martín, M. (2021). Municipios: competencias y potestades. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Local* (pp. 332-356). Marcial Pons.
- Font i Llovet, T. (2000). La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local. *Justicia Administrativa*, extraordinario 2000, 231-242.
- Gimeno Felú, J. M. (2021). De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución. *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 82-114. https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL55/QDL55_04_J_M_Gimeno.pdf
- Izquierdo Sans, C. (2021). EU y Covid-19: la gobernanza de Europa por la Unión Europea. En F. Velasco Caballero y B. Gregoraci Fernández (coords.), *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones. Tomo I: Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público*, [Número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid] (pp. 443-455). BOE.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6.ª ed.). Springer Verlag.
- Leguina Villa, J. (1997). El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal. *Cuadernos de Derecho Público*, 2, 9-24. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/464>
- Marco Peñas, E. (2021). Derecho en y tras la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la Covid-19: el alcance de la solidaridad entre Estados miembros de la UE. En F. Velasco Caballero y B. Gregoraci Fernández (coords.), *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones. Tomo I: Reacciones y Transformaciones en el Derecho Público* [Número extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid] (pp. 355-373). BOE.
- Martínez Fernández, J. M. (2021). Los fondos comunitarios y el Real Decreto-Ley 36/2020 de medidas urgentes para la modernización de la Administración y para la ejecución del plan de recuperación. Su gestión por las entidades locales. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 5/2021.
- Martínez Sánchez, C. (2021). Gasto público. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Local* (pp. 389-426), Marcial Pons.
- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (2021), *Memoria descriptiva PERTE para el desarrollo del vehículo eléctrico y conectado, 2021*. <https://www.mincotur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2021/documents/memoria%20descriptiva%20perte%20vec.pdf>
- Montes Sebastián, B. (2021). PERTE y otras fórmulas de colaboración público-privada para la gestión de fondos europeos. En M. C. Campos Acuña, (dir.), *La gestión de los fondos Next Generation* (pp. 513-549). La Ley Wolters Kluwer.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y de Derecho público general, Tomo IV. El ordenamiento jurídico* (4.ª edición), BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2015-67&tipo=L&modo=2
- Ortega Bernardo, J. (2014). *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*. Marcial Pons.
- Ortega Jiménez, P. (2021). Especialidades de gestión y control presupuestario. *Revista de Estudios Locales CUNAL*, 238, 40-55.
- Parejo Alfonso, L. (2003). La cuestión de la organización del gobierno y la administración insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. *Revista de Estudios de la Administración Local*, 291, 891-923. <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9200>
- Pastor Merchante, F. (2017). *Las ayudas locales a las empresas*. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local* (pp. 297-318), Marcial Pons.
- Pazos Vidal, S. (2021). El Plan de Recuperación de la Unión Europea. Oportunidades para las Administraciones locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 14, 49-87. https://doi.org/10.37417/ADM/14-2020_02
- Prieto Romero, C. (2021). Las medidas urgentes de modernización de la Administración para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y su aplicación a las entidades locales. En *Anuario del Gobierno Local 2020*, (pp. 499-535). Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Public.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2021). Sistema de fuentes del Derecho administrativo. En J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de Derecho administrativo, Vol. I: Introducción. Fundamentos* (pp. 766-860), Marcial Pons.
- Sánchez-Barrueco, M. L. (2021). El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 69, 555-599. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.03>
- Velasco Caballero, F. (2009). *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons.
- Velasco Caballero, F. y Castillo Abella, J. (2021). *Fuentes del Derecho Local*. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Local* (pp. 73-105), Marcial Pons.
- Villasalero Díaz, M. (2021). Desafíos y oportunidades en la gestión y control de los fondos europeos para la recuperación Next Generation EU. *Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Extra 1/2021, 220-229.



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 17-05-2021
Aceptado: 09-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10947>
Páginas: 53-70

La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión

Ad hoc graduation of offences. reasons for discussion

Miguel Casino Rubio

Universidad Carlos III de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7071-4090>

miguel.casino@uc3m.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid. Ex Letrado del Tribunal Constitucional. Entre sus líneas de investigaciones figura precisamente el Derecho administrativo sancionador, al que ha dedicado varios trabajos. Últimamente, "La ejecutividad de las sanciones administrativas y el pistolero anda suelto", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas-Thomson Aranzadi, 2021; y *El concepto constitucional de sanción administrativa*, CEPC, Madrid, 2.^a ed., 2021 (en prensa).

RESUMEN

Habitualmente las leyes administrativas cuando tipifican infracciones se encargan también de clasificarlas en función de su gravedad. Pero no siempre es así. No son pocas, de hecho, las leyes que confían esa operación de clasificación al desarrollo reglamentario o, como es más común que suceda, a la propia Administración sancionadora. Este artículo analiza esta forma de tipificación de las infracciones y alerta sobre las principales debilidades de la tesis hoy dominante que niega su constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE

Graduación *ad hoc* de las infracciones; mandato de taxatividad; margen de apreciación; consecuencias sancionadoras.

ABSTRACT

Administrative laws when describing violations are usually also handled by classifying them according to their severity. But it's not always like that. There are few, in fact, laws entrusting such a classification operation to regulatory development or, more commonly, to the sanctioning ordinating administration itself. This article discusses this form of criminality of infringements and warns about the main weaknesses of the now dominant thesis that denies its constitutionality.

KEYWORDS

Ad hoc classification of administrative offences; mandate of taxativity; discretion; sanctioning consequences.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. EN ESPECIAL, LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. LA CLASIFICACIÓN POR VÍA REGLAMENTARIA. 2. LA GRADUACIÓN POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA. III. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA

PROHIBICIÓN DE LA CLASIFICACIÓN *AD HOC* DE LAS INFRACCIONES: 1. UNA DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL SUMARIA Y SIN APENAS EXPLICACIÓN. 2. LA DISTINTA VARA DE MEDIR LA GRADUACIÓN DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES. 3. NO HAY RAZONES PARA LA DISTINCIÓN Y LA ESENCIALIDAD DE LA SANCIÓN. 4. EL TAMAÑO DE LA HORQUILLA SANCIONADORA Y SUS CONSECUENCIAS. 5. LOS CRITERIOS LEGALES, EL MARGEN ADMINISTRATIVO DE APRECIACIÓN Y LA INSEGURIDAD. 6. UNA VUELTA FINAL POR LAS LEYES SANCIONADORAS Y UNA PREGUNTA SOBRE SU FUTURO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. PLANTEAMIENTO

Las leyes administrativas, cuando tipifican infracciones, lo hacen comúnmente clasificándolas en alguna de las categorías de leves, graves o muy graves que hoy ordena el art. 27.1 de la Ley 40/2105, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)¹. Pero no siempre es así. De hecho, no faltan los ejemplos de leyes que, después de tipificar las correspondientes infracciones, no las clasifican sin embargo en ninguna de esas categorías, remitiendo esa operación a un momento posterior. Esta remisión se expresa en esas mismas leyes siguiendo fórmulas distintas.

Hay, en primer lugar, leyes que confían esa operación de clasificación de las infracciones al desarrollo reglamentario. En lo que he podido comprobar, es el caso singularmente del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en adelante TRLA). La ley, después de tipificar en su art. 116.3 las conductas infractoras, establece en el siguiente art. 117.1 que:

«Las citadas infracciones se calificarán reglamentariamente de leves, menos graves, graves, o muy graves, atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso [...]».

La misma fórmula, redactada en forma prácticamente idéntica, utilizaba el art. 70.1 de la Ley autonómica 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas de Canarias, y renueva hoy el art. 125.1 de la vigente Ley canaria 12/1996, de 26 de julio, de Aguas, al establecer que:

«El gobierno procederá a calificar las infracciones en leves, menos graves, graves, o muy graves, atendiendo a su repercusión en el régimen y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia respecto a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias, grado de malicia, participación y beneficio obtenido por el responsable, así como al deterioro producido en la calidad del recurso».

Y las hay también, en segundo lugar y en mayor número, que descargan esa operación de clasificación simplemente en un momento posterior y, en particular, en la decisión del propio órgano sancionador con ocasión de cada procedimiento sancionador.

Según mis cuentas, la Ley, ya derogada, 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET 1980), fue una de las primeras en hacerlo, aunque lo hiciera entonces refiriéndose en rigor a las sanciones. Su artículo 57, sobre infracciones laborales de los empresarios, establecía en su primer apartado que «son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo», para precisar a renglón seguido en el siguiente apartado 2 que:

«Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la infracción, malicia o falsedad del empresario, número de trabajadores afectados, cifra de negocios de la empresa y reincidencia».

¹ Aunque como se ha notado en el texto, la indicada es ciertamente la regla que sienta hoy la LRJSP y es también la que mayoritariamente sigue el legislador sectorial, conviene advertir que la clasificación de las infracciones según su gravedad en alguna de las citadas categorías no es ninguna exigencia constitucional y que, por tanto, son perfectamente legítimas las tipificaciones que no se ajustan a la citada clasificación tripartita, bien porque siguen otra clasificación tripartita distinta (por ejemplo, art. 48 de la Ley de Caza de 1970), bien porque establecen una cuatripartita (leves, menos graves, graves y muy graves, según prueban varios de los ejemplos que luego se anotarán en el texto) o, incluso, porque no fijan ninguna (como es el caso del art. 76 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español). Esta última es, por cierto, la solución que siguen otros ordenamientos comparados y señaladamente el alemán según testimonio Valencia (2000, p. 134).

Años después, la Ley, hoy también hoy derogada, 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (LCEN), y cuyo interés notaremos más adelante, adoptó parecido planteamiento. La Ley tipificaba en el art. 38 una larga lista de infracciones para añadir luego en el siguiente art. 39.1 que:

«Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido».

El mismo o parecido modelo siguen hoy otras leyes vigentes, autonómicas o del Estado. Entre las primeras, es el caso, por ejemplo, de la Ley 3/1992, de 21 de mayo, por la que se establecen medidas excepcionales para la regulación del abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid. Su art. 5, después también de declarar que «se considera infracción administrativa cualquier acción u omisión que comporte vulneración de lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones que la desarrollen», precisa que:

«Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves, atendiendo a la naturaleza de la prohibición infringida, a su repercusión, al perjuicio causado, a las circunstancias del responsable, al beneficio obtenido y a la reincidencia. [...]».

Y del lado estatal, y más modernamente, ese es también el caso de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En términos muy parecidos, la ley tipifica en su art. 43 una larga lista de infracciones para añadir asimismo en el siguiente art. 44.1 que:

«Las infracciones se clasificarán en leves, graves y muy graves, de acuerdo con criterios de riesgo para la salud, gravedad de la alteración social producida por los hechos, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, número de afectados y reincidencia».

Aunque seguramente hay muchos más ejemplos salpicados por nuestro ordenamiento, es de todas formas en materia de defensa y protección de los consumidores y usuarios en donde esta forma de tipificar ha hecho verdadera fortuna.

A la cabeza de este grupo de leyes se colocó en su momento la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Con arreglo al modelo que ya conocemos, después de tipificar las infracciones, la ley advertía efectivamente que:

«Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía de beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia» (art. 35).

El vigente el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, mantiene el mismo esquema, de modo que tipifica también una larga lista de infracciones para precisar a renglón seguido que.

«[esas] infracciones podrán calificarse por las Administraciones públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia» (art. 50.1).

Entre medias de estas dos leyes del Estado hay un buen número de leyes autonómicas en la materia que siguen la misma fórmula para clasificar las infracciones.

De esa época, interesa anotar en este momento la Ley, ya derogada, del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo, del estatuto del consumidor. Su art. 30, cuyo interés notaremos más adelante, establecía en términos del todo semejantes a la norma estatal de 1984 que las infracciones que la ley previamente tipificaba:

«[s]e calificarán como leves, graves o muy graves en función del riesgo que supongan para la salud o seguridad de los consumidores, con especial atención a las de los que están espe-

cialmente protegidos por la presente Ley, en función de la cuantía del beneficio obtenido como consecuencia directa o indirecta de la infracción, en función de la situación de predominio del infractor en algún sector del mercado y en función de su reincidencia».

La misma fórmula, matices aparte, podía leerse asimismo en las leyes, también ya derogadas, 8/1997, de 30 de octubre, del estatuto del consumidor y usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 43.2); y 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León (art. 25).

Y luce igualmente en las más modernas y vigentes leyes 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios del Principado de Asturias (art. 39); 6/2003, de 22 de diciembre, de estatuto de las personas consumidoras y usuarias del País Vasco (art. 52); 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía (art. 72); o, en fin, la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios de Navarra (art. 40), y que luego repasaremos.

Aunque la lista podría alargarse, me parece que los ejemplos anteriores son suficientes para probar que efectivamente esa forma de tipificar las infracciones, que remite a un momento posterior la clasificación de las infracciones en leves, graves o muy graves, no es ni mucho menos infrecuente, ni tampoco tan antigua ni en desuso. De todos modos, que esa fórmula no sea excepcional, no significa naturalmente que no sea controvertida ni que esté libre de reproches, según lo confirma el repaso a la jurisprudencia, con la doctrina del Tribunal Constitucional a la cabeza².

II. LA OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. EN ESPECIAL, LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Según he adelantado, esa forma de tipificación de las infracciones, en las dos modalidades que hemos repasado, ha sido efectivamente cuestionada en los tribunales y ante el Tribunal Constitucional con el argumento de que la correspondiente fórmula legal infringe el principio de legalidad sancionadora, en su vertiente material de taxatividad o de *lex certa* que garantiza el art. 25.1 CE.

1. La clasificación por vía reglamentaria

Sobre la primera modalidad, la que permite o remite de modo expreso al desarrollo reglamentario la clasificación de las infracciones según su gravedad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en unas pocas ocasiones.

Lo ha hecho, en primer lugar, aunque con algunos matices³, a propósito del art. 57.2 ET 1980, que antes se ha recordado, para declarar que esa forma de tipificación.

«otorga a la Administración laboral un arbitrio desmedido en la elección de la respuesta punitiva, que sin duda no se adecua al rigor de la reserva de ley y del principio “nullum crimen, nulla pena sine lege”, [puesto que] los criterios de graduación del art. 57.2 no suponen sino pautas genéricas, insuficientes de por sí para objetivar apriorísticamente la correspondencia precisa entre la sanción y la infracción» (SSTS de 20 de diciembre de 1989 y de 5 de marzo de 1990).

² Curiosamente, no puede decirse lo mismo de la doctrina científica especializada, que apenas ha reparado en este asunto. A salvo de los apuntes de Valencia (2018, p. 934) que se hacen eco de la doctrina constitucional al respecto; de la muy notable excepción del estudio de Rebollo y Cano (2021), cuyo texto, pendiente de publicación, he podido consultar por amabilidad de sus autores; y de la opinión de Izquierdo (2001, pp. 222 y ss.) contraria asimismo a que la ley pueda remitir la clasificación de las infracciones por su gravedad al reglamento de desarrollo, debo confesar que, rebuscando en los trabajos de los principales autores del derecho administrativo sancionador, no he podido encontrar muchas otras referencias. Lo más que he podido ver son puntuales anotaciones de la doctrina constitucional y unas pocas observaciones sobre las técnicas más usuales de las que se sirve el legislador para cumplir con el mandato de tipificación, en su vertiente material de taxatividad (*lex certa*), y sobre el apoderamiento que esas fórmulas otorgan a la Administración. Cfr., por todos, Gómez y Sanz (2013, pp. 165-166); Casares (2012, pp. 129-131); y Nieto (2012, en especial, pp. 511 y ss.).

³ En una serie, que arranca con la STS de 10 de noviembre de 1986, el Tribunal Supremo censuró el citado RD 2347/1985 y declaró su nulidad por vulnerar el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, en su vertiente de tipicidad. Pero lo hizo en rigor, no por el motivo que particularmente nos interesa en el texto, sino porque el art. 57 ET 1980 («son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo») tipificaba las infracciones con arreglo a una fórmula demasiado vaga y abierta, que no permitía conocer sus elementos esenciales y concedía, en consecuencia, un excesivo arbitrio a la norma de desarrollo, que era de este modo la que realmente contenía la descripción de las conductas infractoras, con independencia de su gravedad.

Pero sobre todo lo ha hecho de modo expreso a propósito del art. 7 del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, que, en desarrollo del art. 39 LCEN que ya conocemos, clasificaba determinadas infracciones como graves, menos graves y leves.

Al respecto, la STS de 9 de noviembre 1993, a la que luego siguieron *ad pedem litterae* las SSTS de 14 de marzo de 1996 y de 18 de noviembre de 2002, nota que la LCEN se limita, matices aparte, a señalar los criterios a observar para la clasificación de las infracciones según su gravedad y, en consecuencia, declara que la calificación como grave de la infracción entonces considerada y la correspondiente sanción.

«no se han hecho por la Ley, sino por el Reglamento, en clara vulneración del art. 25.1 de la Constitución, con arreglo al cuál [...] no sólo debe figurar en la Ley la definición de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas. Por consiguiente, ha de concluirse que la sanción de multa impuesta al hoy apelante no tiene la cobertura legal exigida por el art. 25.1 de la Constitución».

Muy distinta es, sin embargo, la opinión del Tribunal Constitucional que no ha visto en la calificación de la gravedad de las infracciones por vía reglamentaria ninguna vulneración del art. 25.1 CE.

Esta es, en efecto, la conclusión que de modo singular declara el ATC 34/2012, de 14 de febrero, y que pocos meses después confirmó el ATC 111/2012, de 22 de mayo, con motivo precisamente de inadmitir a trámite, por notoriamente infundadas, sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el art. 117.1 TRLA por posible vulneración del principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE.

En ambos casos, los respectivos órganos judiciales cuestionaron la constitucionalidad del citado precepto legal razonando que la ley no podía descargar en la potestad reglamentaria la tarea de determinar el carácter leve, grave o muy grave de las infracciones, con solo atenerse a los criterios de graduación que la ley le señalaba.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no compartió este planteamiento. En su lugar, después de recordar que el principio de legalidad sancionadora no excluye la colaboración reglamentaria en la determinación del régimen sancionador y de notar que la Ley de Aguas describía las infracciones y establecía la naturaleza y los límites de las sanciones a imponer en cada caso, así como los criterios para la graduación de las infracciones, declaró que.

«la remisión a la colaboración reglamentaria que realiza el precepto cuestionado [art. 117.1] debe calificarse conforme con las exigencias del art. 25.1 CE, sin que se pueda entender que nos encontremos ante una remisión que haga posible una regulación reglamentaria independiente y no claramente subordinada a la ley».

2. La graduación por la propia Administración sancionadora

En la jurisprudencia ordinaria y constitucional hay también un puñado de resoluciones que se pronuncian sobre la segunda modalidad de tipificación de las infracciones, la que descarga o permite su calificación de muy grave, grave o leve por la propia Administración sancionadora con ocasión de cada expediente sancionador, y que aquí particularmente nos va a interesar.

De lado de la jurisprudencia ordinaria, así lo testimonian las SSTS de 19 de abril, 3 de junio y 5 de diciembre de 1991; y de 4 de febrero y 22 de junio de 1992 que censuran otras tantas sanciones impuestas en aplicación del art. 57 ET 1980 que he recordado al principio.

Todas estas sentencias comienzan notando que ese precepto legal solo establece «una definición genérica de infracción laboral del empresario» (las acciones u omisiones contraria a las disposiciones legales en materia de trabajo) y «los criterios generales con arreglo a los cuales han de graduarse las sanciones», pero no determina, en cambio, «qué infracciones son muy graves, graves o leves». Apurando esta comprobación, el Tribunal Supremo declara que,

«por tanto, la autoridad administrativa, en el presente caso, al imponer la sanción impugnada, ha procedido aquí con criterios de decisión singular esto es, haciendo una graduación “ad hoc”, y este modo de graduación “ad hoc” no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados, ni cumple las exigencias del art. 25.1 de la Constitución».

Pero es el Tribunal Constitucional el que singularmente se ha pronunciado al respecto. Según mis cuentas, lo ha hecho al menos en otra media docena larga de ocasiones.

Lo hizo, por primera vez, en la STC 207/1990, de 17 de diciembre. Esta sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto por una empresa contra la sanción administrativa, confirmada luego judicialmente, por la comisión de una infracción del citado art. 57 ET 1980, que la Administración sancionadora decidió calificar entonces de muy grave en grado medio, «en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado y a los debidos criterios de proporcionalidad».

Siguiendo el planteamiento de la demanda, que no discutió la existencia de la infracción, sino únicamente su graduación, el Tribunal declaró que.

«la graduación de la sanción ha de entenderse como una decisión singular, esto es, como una graduación ad hoc que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción, cuya discrecionalidad ni siquiera requiere que se explicite el peso concreto concedido a cada uno de los criterios que la ley ofrece [...]».

Para a renglón seguido añadir que,

«no resultando de norma alguna la distinción entre infracciones muy graves y otras, ni la división de cada una de estas ignotas categorías en distintos grados, es evidente que este modo de graduación ad hoc de la sanción correspondiente a cada concreta infracción no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados [...]. En cuanto que este modo de actuación administrativa es el que se sigue necesariamente de la norma legal, interpretada del modo en que lo ha sido, es patente que dicha norma no cumple con las exigencias materiales que impone el art. 25.1 de nuestra Constitución».

El Tribunal Constitucional no volvería sobre este asunto hasta bastantes años después. Concretamente hasta la STC 100/2003, de 2 de julio, con ocasión entonces de resolver un recurso de amparo en el que se ventilaba la constitucionalidad de la sanción impuesta por la comisión de una infracción del art. 38.13 LCNE y que la Administración decidió calificar de muy grave con arreglo a lo dispuesto en el siguiente art. 39.1, que ya conocemos.

En esa ocasión, el Tribunal declaró igualmente que esa graduación de la gravedad de la infracción por la propia Administración sancionadora vulneró el art. 25.1 CE. Literalmente advirtió que.

«la graduación de las sanciones o calificación ad hoc de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa» (FJ 6)⁴.

A esta sentencia constitucional le siguieron a los pocos años otras cuatro, dictadas con ocasión de otros tantos recursos de amparo y a propósito igualmente del mismo art. 39.1 LCNE.

Las SSTC 210/2005, de 18 de julio; 98/2006, de 27 de marzo; 187/2006, de 19 de junio; y 252/2006, de 25 de julio, siguen ad pedem litterae la misma declaración constitucional que acaba de recordarse y, en consecuencia, confirman que esa forma de tipificación de las infracciones, que remite (o consiente) su calificación a un momento posterior, sin el que no es posible la aplicación directa e inmediata de la ley, es contraria al art. 25.1 CE. En expresión normalizada porque de ese modo.

«las consecuencias de su ilegal proceder resultaban imprevisibles para [los recurrentes], en cuanto no podían prever qué tipo de infracción habría de resultar de su conducta y, en consecuencia, qué sanción podría llevar ésta aparejada»⁵.

⁴ A pesar de esta declaración, el Tribunal consideró, no obstante, innecesario elevar al Pleno la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el primer párrafo del art. 39.1 LCNE de conformidad con el art. 55.2 LOTC. En esta ocasión al advertir la existencia de una interpretación del citado precepto legal conforme con el art. 25.1 CE. Según razonó entonces, la remisión de la calificación de las infracciones a un momento posterior de la calificación de las infracciones «no necesariamente ha de entenderse hecha al momento de aplicación del mismo, sino que [puede serlo] a una norma posterior en la que se proceda a una precisa determinación de la correspondencia entre infracciones y sanciones».

⁵ Incidentalmente, importa anotar que en el caso examinado por la citada STC 210/2005 el recurrente fue sancionado por dos infracciones, que la Administración calificó respectivamente de grave y leve. En aplicación de la doctrina recordada en el texto, el Tribunal anuló la sanción por la primera de las infracciones y mantuvo, sin embargo, la impuesta por la infracción leve. Literalmente porque, «la calificación de la infracción en la categoría más liviana no causa un perjuicio efectivo y real al demandante de amparo, en la medida en que tal calificación sí era previsible [...]». Una idea que poco después renovará la STC 129/2006, de 24 de abril (FJ 4), al hilo de resumir la doctrina constitucional sobre el mandato de taxatividad.

Años después, la STC 166/2012, de 1 de octubre, utiliza este mismo razonamiento para estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor, también anotado al principio.

Sirviéndose una vez más de la declaración que ya conocemos por las sentencias anteriores sobre la calificación *ad hoc* de las infracciones, el Tribunal Constitucional concluye igualmente que en este otro caso el precepto autonómico cuestionado.

«traslada la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior y, por ende, externo a la previsión legal en contra de la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el art. 25.1 CE» (FJ 5).

El mismo criterio utiliza asimismo la STC 10/2015, de 2 de febrero, para estimar la cuestión de constitucionalidad promovida en relación ahora con el art. 50.1 LCU, y que la citada sentencia declara efectivamente inconstitucional y nulo por vulnerar la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE.

En particular, la citada sentencia recuerda que.

«la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta, pero en modo alguno cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio. Consecuentemente, el artículo 25.1 CE limita, no ya el ejercicio administrativo de la discrecionalidad, sino su atribución misma por parte del legislador».

Y dicho esto, declara que el precepto legal cuestionado vulnera efectivamente el art. 25.1 CE, empleando literalmente la misma y sumaria declaración de la STC 166/2012 que acaba de transcribirse.

Como, en fin, está es igualmente la *ratio decidendi* que utiliza la mucho más moderna STC 150/2020, de 22 de octubre, para estimar ahora la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 40 de la Ley Foral 7/2006 por vulneración asimismo del art. 25.1 CE.

El precepto cuestionado, en su versión original, que fue la considerada en el proceso judicial *a quo*, establecía en términos que ya nos son familiares que.

«las infracciones se calificarán de leves, graves o muy graves en función de la concurrencia de los siguientes criterios: a) Daño o riesgo para la salud o seguridad de los consumidores. b) Lesión de los intereses económicos de los consumidores. c) Grado de vulnerabilidad de los destinatarios del producto o servicio. d) Número de afectados. e) Alteración social producida. f) Cuantía del beneficio ilícito obtenido, en relación con el valor del bien o servicio. g) Concurrencia de dolo o culpa. h) Posición en el mercado del infractor. i) Existencia o no de reincidencia y, en su caso, reiteración de la conducta infractora. j) Volumen de ventas del infractor».

El órgano judicial promotor cuestionó este precepto con fundamento en la exigencia de taxatividad o de *lex certa* del art. 25.1 CE razonando que no permitía conocer de antemano la calificación de las infracciones y, en consecuencia, saber con la necesaria precisión cómo serían finalmente castigadas, supuesto que a medida que se asciende en la escala de gravedad de las infracciones se incrementa también el *quantum* y el rigor de las sanciones.

Con arreglo a este planteamiento, la sentencia, después de repasar lo principal de su propia doctrina sobre este mismo núcleo de problemas, declara que,

«a la vista de la tipificación de infracciones que realiza la ley foral, el ciudadano, aunque pueda identificar de antemano qué conductas son sancionables, desconoce o no puede saber con la precisión suficiente cómo van a castigarse. Al abandonar la calificación de la gravedad de las infracciones al momento aplicativo, se deja en gran medida en manos de la Administración la determinación del tipo de sanción (amonestación o multa) y, en el caso de las pecuniarias, la entera concreción de su alcance, pues la horquilla establecida es amplísima (entre el mínimo de 0,1€ previsto para las infracciones leves; y los 600.000€ establecidos como máximo para las muy graves)».

De manera que:

«Puede concluirse así que el art. 40 de la Ley 7/2006 no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados, dado que estos ignoran las consecuencias que han de seguirse por la realización de una conducta tipificada como infracción en dicha norma. En consecuencia, procede la declaración de inconstitucionalidad del art. 40 de la Ley Foral 7/2006 y su declaración de nulidad».

III. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA PROHIBICIÓN DE LA CLASIFICACIÓN AD HOC DE LAS INFRACCIONES

La conclusión de la jurisprudencia que acaba de resumirse, con la doctrina constitucional al frente, es desde luego terminante: la ley no puede descargar la clasificación de las infracciones en la propia Administración sancionadora, por impedirlo el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, en su vertiente material.

Esta rotunda prohibición me parece, sin embargo, que no está muy bien calibrada y presenta, en cualquier caso, tantos desgarrones que al final aprieta más bien poco. De hecho, como luego también podrá verse, el legislador administrativo estatal y autonómico, y de todos los sectores, no parece muy dispuesto a respetarla, al menos a rajatabla.

Las debilidades de esta declaración constitucional me parecen, en efecto, tan llamativas que me sorprende que nadie hasta ahora se haya decidido a denunciarlas y haya advertido que en este tipo de asuntos el principio de legalidad sancionadora camina desnudo, por mucho que el Tribunal Constitucional se haya empeñado en ver y declarar lo contrario. Y para probarlo se me ocurren media docena de observaciones.

1. Una declaración constitucional sumaria y sin apenas explicación

Para empezar, si se repasan nuevamente las sentencias constitucionales anotadas podrá verse enseguida que el Tribunal Constitucional formula la prohibición que ya conocemos en forma bastante sumaria y, en todo caso, sin apenas pararse a argumentarla.

Sobre el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE existe conocidamente una abundantísima y consolidada doctrina constitucional, de la que son buena muestra, entre otras muchas, las SSTC 219/1989, de 21 de diciembre; 113/2002, de 9 de noviembre; 260/2007, de 20 de diciembre; y 145/2013, de 11 de julio.

En lo que ahora únicamente nos interesa, en esa doctrina está dicho que la necesidad de que la ley pre-determine suficientemente las infracciones y sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, «no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta». De manera que la ley «puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad administrativa», siempre que no quede «encomendada por entero a ella». Pues, en ese caso, «ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio».

Conforme muy bien resume la reciente STC 14/2021, de 28 de enero:

«La garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador».

Teniendo en cuentas estas declaraciones, que las propias sentencias anotadas se encargan además de recordar, y prescindiendo en este momento del supuesto de la STC 207/1990, que es algo distinto, para ser riguroso, el razonamiento del Tribunal debió comenzar en todos los casos vistos por comprobar precisamente si el precepto legal cuestionado en cada caso (fuera el art. 39.1 LCEN, en el primer grupo de sentencias; o fueran los respectivos artículos de las leyes estatal, catalana o foral en materia de defensa y protección de los consumidores, en el otro grupo) contenía criterios capaces de orientar la decisión de la Administración o, si por el contrario, suponía una simple habilitación en blanco vacía de contenido material propio.

En otros términos, advertido que, efectivamente, como ya nos consta, todos los preceptos legales hasta ahora cuestionados condicionaban el ejercicio de la facultad de la Administración para calificar la corres-

pondiente infracción a la valoración de determinados criterios, el Tribunal debió comenzar por ver si esos criterios legales eran suficientes para orientar la decisión de la Administración y, por tanto, satisfacían o no la exigencia material de predeterminación normativa de las infracciones.

Curiosamente, sin embargo, si volvemos otra vez a las sentencias constitucionales anotadas podrá comprobarse que ese razonamiento no existe rigurosamente por ningún lado.

No está ya, para empezar, en la decisiva STC 100/2003, de 2 de junio, que, con el antecedente de la citada STC 207/1990, inaugura la serie de pronunciamientos del Tribunal a propósito de este tipo de asuntos, y a la que simplemente siguen todas las demás, sin ningún añadido de interés.

De hecho, para decir toda la verdad, habría que añadir que en esa ocasión el Tribunal termina por airear sus propias debilidades. Puesto que, después de declarar con toda solemnidad, a la vista del contenido del art. 39.1 LCEN entonces cuestionado, que «[la] remisión [que contiene] no es incondicionada, toda vez que el legislador proporciona una serie de criterios», concluye paradójicamente a renglón seguido y sin más explicaciones que la «graduación de las sanciones y la calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad» (FJ 6). Realmente no es difícil pensar en otra forma de razonar más ajustada a pautas metodológicas más rigurosas.

Peor es, si cabe, el saldo de las sentencias posteriores en las que el Tribunal ya no se preocupa siquiera de reparar en esa elemental comprobación y en sus posibles consecuencias, y que inexplicablemente decide silenciar por completo. Solo al final, en la última STC 150/2020, ha parado en esa decisiva cuestión, bien que para pasar de puntillas y advertir simplemente que el precepto cuestionado (entonces el art. 40 de la Ley Foral 7/2006),

«se limita a enumerar diez criterios distintos en función de los cuales la administración podrá decidir si la infracción es leve, grave o muy grave. Pero no establece ninguna relación entre la concurrencia de dichos criterios y la calificación de la infracción en alguno de los tres grados que prevé. Y esta indeterminación se ve agravada por el hecho de que los criterios que el art. 40 recoge para graduar la infracción (como leve, grave y muy grave) son los criterios a los que también el art. 42.2 remite para la graduación de la sanción» (FJ 4).

Enseguida volveré sobre esta declaración, que de todas formas adelanto no me parece convincente. En este momento, me interesa únicamente notar que las sentencias anotadas dan cuenta de un curioso comportamiento del Tribunal. A fuerza de repetir sus declaraciones, en la doctrina constitucional es hoy poco menos que incontrovertible que la ley no puede en ningún caso descargar en la Administración la gradación de las infracciones. Ni siquiera tampoco cuando el legislador condiciona normativamente esa tarea a la valoración de determinados criterios. Algo así, en fin, como que la inconstitucionalidad de esa forma de tipificación de las infracciones administrativas fuera tan manifiesta que no necesitara ya de ninguna explicación.

Este déficit de motivación no es fácil de justificar y, en cualquier caso, no es tampoco el que resulta directamente de la aplicación de la propia doctrina constitucional al respecto, que sólo prohíbe, como ya nos consta, las habilitaciones legales en blanco, huérfanas de todo contenido normativo propio, pero no cualquier indeterminación normativa ni, por tanto, toda remisión del legislador en favor de la Administración para que decida sobre la gravedad de la infracción o sobre la sanción a imponer.

2. La distinta vara de medir la graduación de las infracciones y de las sanciones

La prohibición comentada se entiende todavía peor si se compara con la doctrina constitucional en materia de graduación de las sanciones, y que contrariamente, como enseguida se insistirá, admite con absoluta naturalidad la posibilidad de que el legislador remita a la Administración la determinación de la sanción a imponer, sin que esa remisión legal suponga desde luego, menos aún por principio, ninguna quiebra de las exigencias de predeterminación normativa y certeza que imponen los principios de legalidad sancionadora y seguridad jurídica de los arts. 25.1 y 9.3 CE.

Conocidamente, en nuestro ordenamiento jurídico abundan y son absoluta mayoría las leyes sancionadoras que remiten la determinación de la concreta sanción aplicable a la correspondiente decisión singular de la Administración, dentro de los límites señalados en la ley, normalmente mediante la utilización de una horquilla, las más de las veces formulada con expresión de unos márgenes mínimo y máximo, y con arreglo a los criterios de gradación que la misma ley asimismo acostumbra a precisar.

De la larga lista de leyes sancionadoras que se ajustan a ese esquema, es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, muy posiblemente además una de las normas sancionadoras más veces aplicada por la Administración y cuyo art. 33.2 establece que, para la graduación de la multa correspondiente,

«[...] se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública; b) la cuantía del perjuicio causado; c) la trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana; d) la alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios; e) el grado de culpabilidad; f) el beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción; y g) la capacidad económica del infractor»⁶.

Esta forma de tipificar las sanciones es, en efecto, absolutamente dominante y, de hecho, son contadas las leyes sancionadoras que fijan con precisión la sanción que corresponde a cada una de las infracciones que tipifica⁷. Pero también, y lo que ahora es más importante, perfectamente constitucional, según lo confirma la doctrina del Tribunal, que nunca ha advertido ninguna tacha de tipicidad en cualquiera de las leyes sancionadoras que remiten a la decisión de la Administración la determinación del *quantum* sancionador.

Está así dicho, en efecto, en una unánime doctrina constitucional, de la que son buena muestra las SSTC 175/2012, de 15 de octubre (FJ 3); 145/2013, de 11 de julio (FJ 8), y 14/2021, de 28 de enero (FJ 6), cuando usando la misma fórmula declaran que.

«resulta compatible con la garantía del principio de legalidad sancionadora que el legislador atribuya discrecionalidad a la Administración dentro de unos límites para concretar el alcance o importe de la sanción».

Sin abandonar esta misma comparación, pero desde otra perspectiva, importa subrayar que leyes sancionadoras las hay incluso, y en buen número además, que habilitan a la Administración, no ya para que, como es más habitual y testimonian los ejemplos citados, determine el *quantum* o el alcance de la concreta sanción a imponer con sujeción a los límites y criterios que previamente ha fijado la misma ley, sino para que seleccione, entre los tipos de sanciones legalmente previstas, la que mejor conviene para corregir la infracción cometida, incluso de forma acumulada.

De los muchos ejemplos de leyes de este tipo que ahora también podrían citarse⁸, baste en este momento con anotar los tres siguientes, que están tomados además de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Según el art. 89.1 de la Ley 8/1990, de Caza de Extremadura, las infracciones leves «serán sancionadas con multa [...], pudiendo llevar implícita la retirada de la licencia [de caza] o la imposibilidad de obtenerla por un plazo de 1 a 2 años».

El art. 67.1 del anterior Texto articulado de la Ley de Tráfico, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, precisaba para el caso de las infracciones graves que, además de la correspondiente multa, «podrá imponerse la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducción por el tiempo mínimo de un mes y máximo de tres meses».

Y el art. 57.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establece que para corregir las infracciones muy graves y determinadas infracciones graves que el propio precepto identifica, «podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

⁶ Sin apurar demasiado, salpicados por el ordenamiento se pueden encontrar con facilidad otros muchos testimonios. Con pequeñas variantes, la misma regla sobre criterios de gradación de las sanciones es la que establecen, por ejemplo: Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (art. 29.3); Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (art. 75); Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos sanitarios (art. 102.1); Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (art. 64.1); Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (art. 81.2); Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo, 1/2008, de 11 de enero (art. 21.2); Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (art. 42.6); Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (art. 314); Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (art. 64).

⁷ Cfr., Nieto (2012, p. 511); Cano (2018, pp. 144 y ss.); e Izquierdo (2001 pp. 218-221).

⁸ Probablemente el art. 105.1 de la Ley 3/2001, de Pesca, sea uno de los ejemplos más llamativos porque contempla hasta doce tipos de sanciones que pueden «imponerse con carácter principal, acumulándose cuando proceda».

Los citados preceptos legales fueron objeto respectivamente de una cuestión de inconstitucionalidad y de sendos recursos de inconstitucionalidad. Tanto el auto de planteamiento en el caso del art. 67.1 de la antigua Ley de Tráfico, como los recursos de inconstitucionalidad promovidos en los otros dos, defendieron con parecidos argumentos que la respectiva fórmula utilizada («*pudiendo*», en el primer caso, y «*podrá*» en los otros dos) concedía a la Administración un excesivo margen de discrecionalidad para decidir libremente sobre la concreta sanción a imponer, que resultaba de ese modo imprevisible para su destinatario y, por tanto, contraria a la exigencia de predeterminación normativa («*lex certa*» y «*lex previa*») de las sanciones que garantiza el art. 25.1 CE.

El Tribunal Constitucional, usando la misma argumentación, declaró sin embargo en los tres casos que el respectivo precepto recurrido.

«cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción [de retirada de la licencia de caza, de suspensión del permiso o licencia de conducir o de expulsión, según cada caso] no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración ni es una facultad enteramente libre, sino que está condicionada, además de por la existencia de una infracción [tipificada], por la concurrencia de los criterios establecidos en la propia Ley, [que] son criterios perfectamente definidos y objetivados que condicionan normativamente la actuación de la Administración y que permiten la revisión jurisdiccional de la decisión que, en cada caso, hubiese alcanzado» (SSTC 14/1998, de 22 de enero, FJ 10; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 7; y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4, respectivamente).

Una declaración, en particular, sobre la que el Tribunal ha vuelto en repetidas ocasiones con motivo de distintos recursos de amparo interpuestos contra otras tantas sanciones administrativas de expulsión acordadas en aplicación del citado art. 57.1 de la Ley Orgánica 8/2000. Y siempre para subrayar en expresión ya normalizada que.

«la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración» (SSTC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3; 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4; y 145/2011, de 26 de septiembre; FJ 4).

En consecuencia, en el criterio del Tribunal Constitucional, la garantía material del principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE no prohíbe que el legislador pueda diferir al momento del ejercicio de la potestad sancionadora la precisión de la concreta sanción a imponer, siempre que al hacerlo condicione normativamente la decisión administrativa.

3. No hay razones para la distinción y la esencialidad de la sanción

De la mano de estas declaraciones constitucionales una conclusión salta inmediatamente a la vista. Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha observado la exigencia de tipificación legal de las infracciones con notable mayor rigor que el que utiliza cuando ha examinado esa misma exigencia en relación con las sanciones.

En estas condiciones, es lógico preguntarse si existe alguna razón que constitucionalmente justifique semejante distinto tratamiento. Atender a este interrogante es, además, tanto más obligado desde el momento en que, como también demuestra la realidad, no faltan precisamente los supuestos en los que la ley utiliza los mismos criterios para uno y otro caso⁹.

Sin ir más lejos, es el caso, por ejemplo, del citado art. 39.4 LCEN cuando advertía que «los criterios establecidos en el primer apartado de este artículo [para calificar la correspondiente infracción de leve, grave o muy grave] se tendrán en cuenta para graduar la sanción que se imponga dentro del intervalo correspondiente a cada infracción». La misma regla podía leerse también en el art. 42.2 de la Ley Foral 7/2006, en la versión enjuiciada por la comentada STC 150/2020, al disponer que «para la determinación de la cuantía

⁹ Esta fórmula plantea, no obstante, desde la perspectiva de la prohibición de *bis in idem*, la cuestión de la posible doble utilización de un mismo criterio; primero para agravar la infracción y, más tarde, en segundo lugar, para agravar también la sanción. Al respecto, cfr., Nieto (2012, pp. 515-516).

pecuniaria de la sanción se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 de la presente Ley Foral [para calificar las infracciones]».

No existe, sin embargo, en la doctrina constitucional ninguna razón que permita pensar que la tipificación normativa de las infracciones deba observar un canon de control distinto ni más riguroso que el que rige en materia de tipificación de las sanciones. Sí abundan, en cambio, las declaraciones del propio Tribunal que destacan esa doble vertiente del mandato de tipificación y, por tanto, que subrayan la identidad de las exigencias que imponen en uno y otro caso el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1.

Tal y como afirma la STC 45/1994, de 15 de febrero, «las sanciones, y no sólo las infracciones, se encuentran sometidas al principio constitucional de legalidad» (FJ 5). Por su parte, la STC 113/2002, de 9 de mayo, deja claro que «la garantía impuesta por el art. 25.1 CE no se refiere solo a la tipificación de las infracciones, sino también y en igual medida al establecimiento de las sanciones aplicables» (FJ 4); Y esta misma es también, en fin, la declaración que utiliza la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, para insistir en que «la doble garantía, formal y material, impuesta por el art. 25.1 CE no se refiere solo a la tipificación de las infracciones, sino también, y en igual medida, al establecimiento de las sanciones aplicables» (FJ 6).

De modo congruente, y una vez admitido que la determinación normativa de las sanciones está efectivamente sujeta a las mismas exigencias de certeza y seguridad jurídicas que la tipificación legal de las infracciones, lo lógico es preguntarse a continuación ¿por qué entonces aquellas sí, y éstas no, pueden ser determinadas por la Administración sancionadora en el proceso de aplicación de la ley con sujeción a los criterios graduación fijados por la propia norma? En otros términos: ¿por qué la habilitación legal que consideramos en favor de la Administración (*la remisión a un momento aplicativo posterior*, por seguir la expresión que utiliza el Tribunal) es constitucionalmente legítima cuando se trata de graduar sanciones y no lo es, en cambio, cuando se trata de graduar infracciones?

A poco que se observe podrá verse que estos interrogantes tienen una apariencia algo inquietante para la doctrina del Tribunal Constitucional y dejan, en cualquier caso, en bastante mal lugar a las sentencias que han afirmado que la remisión de la graduación de las infracciones a un momento posterior no es sencillamente posible.

Esa doble vara de medir que utiliza el Tribunal resulta, por otra parte, aún más difícil de explicar si se tiene en cuenta ahora que, en este tipo de casos, (en los que no se cuestiona la tipificación o la predeterminación normativa de las infracciones –dimensión o vertiente del principio de tipicidad que está satisfecha cuando la ley, como sucede en todos los casos examinados, tipifica por sí misma las conductas ilícitas–, sino únicamente la calificación de esas infracciones en alguna de las categorías de leve, grave o muy grave), lo que al final está verdaderamente en juego es la determinación de la concreta sanción, supuesto que a medida que se asciende en la escala de calificación de la infracción se agrava también el castigo correspondiente.

De modo que, apurando el planteamiento, la imprevisibilidad o inseguridad jurídica que plantea esta forma de tipificación de las infracciones se resume, a fin de cuentas, en un problema de incertidumbre sobre la sanción a imponer. Lo que a la postre significa que la imprecisión que consideramos está más bien en el segundo tramo del binomio infracción-sanción y apunta, en consecuencia, más a la certeza y seguridad de las sanciones que a la tipicidad de las infracciones¹⁰.

Las propias sentencias constitucionales anotadas así parecen confirmarlo cuando justifican su reproche en el hecho de que, con arreglo a esa forma de tipificar las infracciones, el interesado no es que desconozca el carácter ilícito de su conducta, es que no puede conocer con la precisión suficiente el grado o el alcance de sus consecuencias sancionadoras. Las declaraciones de la citada STC 150/2020 que al principio se han recordado son un buen ejemplo, en la medida que ponen el acento en la dificultad de que el ciudadano pueda saber con seguridad cómo va a castigarse su conducta.

Por esta misma razón se comprende mejor que la STC 210/2005, también antes vista, decidiera confirmar la sanción impuesta por la comisión de una infracción que la Administración calificó entonces de leve en aplicación del art. 39.1 LCNE razonando que.

¹⁰ En este contexto, es razonable la crítica que certeramente formula Izquierdo (2001, p. 221), cuando advierte que, a diferencia del derecho penal, «en el derecho administrativo, la calificación del grado de gravedad de la infracción no se hace depender de la sanción que lleva pareja, sino del caprichoso y voluntarista criterio del legislador [...]». Como el propio autor precisa un poco más adelante (Izquierdo, 2001, p. 226), esta libertad normativa es la que explica que el legislador sectorial pueda establecer la misma sanción para castigar infracciones que «para una ley sea leve, para otra grave y para otra muy grave». Para corregir esta desviación, el citado autor defiende que, «el único elemento que puede calificar externamente la gravedad de una infracción es su penalidad» (Izquierdo, 2001, p. 222). En el mismo sentido, Cano (2018, pp. 124-125).

«siendo cierto que el mismo reproche merece que se difiera por completo al momento aplicativo la gravedad de la infracción, también lo es que la calificación de la infracción en la categoría más liviana no causa un perjuicio efectivo y real al demandante de amparo, en la medida en que tal calificación [y su consecuencia sancionadora] sí era previsible».

Todo lo cual renueva aún más la necesidad de dar una respuesta a los interrogantes que antes he dejado formulados y para lo que lamentablemente las sentencias que hemos repasado no sirven.

4. El tamaño de la horquilla sancionadora y sus consecuencias

Antes de seguir adelante, creo conveniente subrayar lo siguiente: no ignoro que la existencia de un margen de apreciación en manos de la Administración es precisamente una de las principales razones de la censura que formulan las sentencias que hemos repasado y que es particularmente visible en la STC 150/2020 que, como se recordará, declara que, a con arreglo a esa forma de tipificación de las infracciones, el ciudadano.

«desconoce o no puede saber con la precisión suficiente cómo van a castigarse. Al abandonar la calificación de la gravedad de las infracciones al momento aplicativo, se deja en gran medida en manos de la administración la determinación del tipo de sanción (amonestación o multa) y, en el caso de las pecuniarias, la entera concreción de su alcance, pues la horquilla establecida es amplísima (entre el mínimo de 0,1€ previsto para las infracciones leves; y los 600.000€ establecidos como máximo para las muy graves)».

Este mismo argumento es el que utiliza la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por parecidos motivos contra el art. 153.1 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Este precepto establece que.

«toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares».

Para el órgano judicial proponente de la cuestión, el citado precepto, en la medida que no especifica ni gradúa las infracciones, distinguiendo entre infracciones muy graves, graves o leves, habilita a la Administración sancionadora para que establezca *ad hoc* la sanción que tenga por conveniente, con consecuente vulneración de la exigencia de *lex certa* del art. 25.1 CE. Es decir, en resumidas cuentas, la misma infracción constitucional denunciada en todos los casos que hemos repasado hasta ahora.

En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal Constitucional afirma, sirviéndose de la declaración de la STC 150/2020 que antes he recordado, que a diferencia de lo que entonces sucedía en este otro caso.

«el establecimiento en cada uno de los supuestos recogidos en el art. 153.1 LOREG de una horquilla, en la que la cantidad mínima y la máxima se encuentran cuantitativamente tan cercanas, no puede considerarse que no garantice mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, que no ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta legalmente tipificada como infracción administrativa. No existe, como en otras ocasiones ha ocurrido, un amplísimo margen de apreciación en la fijación del importe de la multa que se puede imponer al infractor por el órgano sancionador, al que, de acuerdo con la doctrina referida, cabe reconocerle legalmente una cierta facultad discrecional en la individualización de la sanción».

Aunque esta última sentencia parece corregir parcialmente el rumbo de las anteriores, me parece que no es posible ver esa rectificación. De hecho, opino que esta sentencia confirma la debilidad de la doctrina constitucional dictada a propósito del asunto que nos interesa, en la medida que termina por reducir el juicio sobre la constitucionalidad de esta forma de tipificar las infracciones a una simple cuestión cuantitativa. De manera que, según esa forma de razonar, si el margen o la horquilla de las sanciones en que desemboca la falta de graduación de las infracciones es cuantitativamente apreciable, entonces la norma no es constitucional, porque no garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos. Naturalmente, en caso contrario, si el margen de apreciación de la Administración es en cambio reducido, porque la horquilla sancionadora es estrecha, la solución entonces habrá de ser justo la contraria.

Realmente cuesta trabajo leer este grupo de sentencias y comprobar que el núcleo de problema de la incerteza o inseguridad jurídicas sobre la clasificación de las infracciones tenga principalmente que ver con el tamaño de la horquilla sancionadora que la ley deja en manos de la Administración para castigarlas. Admito que, en ocasiones, ese pueda ser un elemento a ponderar en el juicio del Tribunal. Pero no desde luego el único ni, menos aún, el decisivo desde la perspectiva del mandato de tipificación que ahora particularmente nos interesa.

Según se ha subrayado, el principal interrogante que plantea esta forma de tipificación de las infracciones no mira a la holgura de la horquilla sancionadora. Apunta directamente a comprobar si el margen del que dispone la Administración para clasificar la infracción y determinar su sanción está normativamente condicionado en forma suficiente o, por el contrario, es de libre apreciación.

De modo congruente, el que la horquilla sancionadora prevista en la ley sea más o menos amplia no constituye a mi juicio ningún canon de control de constitucionalidad de la fórmula de tipificación que consideramos. Por lo mismo, la posibilidad de que, con arreglo a esa forma de tipificación de las infracciones, la Administración pueda finalmente recorrer toda la horquilla sancionadora prevista legalmente e imponer desde la sanción mínima señalada para las infracciones leves a la máxima prevista para las muy graves, no convierte tampoco a la ley en inconstitucional. Por añadidura, importa notar que en el ordenamiento administrativo horquillas sancionadoras las hay, y muy amplias, además, incluso dentro del mismo escalón o grado de infracciones, sin que hasta el momento hayan recibido ningún reproche por ese motivo¹¹.

En resumidas cuentas, la constitucionalidad de esta forma de tipificar las infracciones administrativas no refiere una simple cuestión de grado o cantidad, sino de naturaleza. Debe insistirse: al igual que sucede con la tipificación de las sanciones, la remisión a la Administración para que califique de cada vez la gravedad de la correspondiente infracción será constitucionalmente válida si el arbitrio que la ley le concede permite prever razonablemente con el suficiente grado de certeza la correspondiente decisión. En caso contrario, la ley no superaría este test de control y justificaría, en consecuencia, su anulación.

De manera que la verdadera cuestión está, pues, en ver si la remisión que hacen las leyes para que sea la Administración la que, con arreglo a los criterios que la propia ley establece, califique la gravedad de la correspondiente infracción es una fórmula constitucionalmente admisible o si, por el contrario, equivale a una habilitación legal en blanco, que convierte en realmente imprevisibles para el ciudadano las consecuencias jurídicas de su conducta.

5. Los criterios legales, el margen administrativo de apreciación y la inseguridad

Mi opinión es la de que esa forma de tipificar las infracciones no solo es perfectamente válida, sino que es también la más conveniente. Por eso el legislador la utiliza con mucha más frecuencia de la que pudiera pensarse, según luego se verá con más detalle.

Por lo pronto, es jurídicamente irreprochable porque la calificación en cada caso de la gravedad de la correspondiente infracción no depende de la libre discrecionalidad de la Administración, sino que está limitada, de un lado, por la existencia de una infracción previa, tipificada en la ley, y, de otro, por la necesaria atención a los criterios legales de graduación que todas las leyes examinadas se preocupan de precisar. De tal manera que la suma de estos dos presupuestos convierte en razonablemente previsible para el infractor la calificación de la gravedad de su conducta y la determinación de sus consecuencias sancionadoras. Todo ello, como es natural, sin perjuicio de la exigencia de que la Administración motive su aplicación en cada caso, y de la posibilidad del posterior control jurisdiccional de la correspondiente decisión.

No es, por tanto, que la descarga en la Administración de la clasificación *ad hoc* de las infracciones se produzca en blanco o de forma incondicionada, ni que el infractor pueda desconocer simplemente las consecuencias de su comportamiento, como sin embargo ha afirmado el Tribunal Constitucional. Es justo lo contrario: cualquiera de las fórmulas legales examinadas cumple el mandato de tipificación de las infracciones.

Si volvemos ahora a las leyes estatal y autonómicas sobre consumidores y usuarios (que son, por otra parte, las más inclinadas a servirse de esta fórmula de tipificación de las infracciones, según confirman las

¹¹ Para probarlo sirvan los siguientes dos botones de muestra. Según el art. 36.1 c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, las infracciones muy graves serán sancionadas con multa desde 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas [de 15.001€ a 600.000€...]. Por su parte, el art. 75.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, establece que «[...] las infracciones muy graves serán sancionadas con multa desde 10.001 euros hasta 1.000.000 de euros».

leyes de segunda generación aprobadas últimamente¹²), podrá confirmarse que todas ellas establecen que la Administración competente clasificará las infracciones tipificadas en la ley atendiendo a determinados criterios. Aunque estos criterios de graduación son variados, los que más veces aparecen son el «riesgo para la salud»; la «posición en el mercado del infractor»; la «cuantía del beneficio obtenido»; el «grado de intencionalidad»; la «gravedad de la alteración social producida»; la «generalización de la infracción»; y la «reincidencia».

Todos ellos son, por tanto, criterios que están fijados normativamente y que tienen, en virtud de su arraigo en la cultura jurídica, un significado sobre el que es muy difícil llegar a confundirse. Todavía más: la mayor parte de ellos coinciden punto por punto con los criterios legales examinados por el propio Tribunal Constitucional a propósito de la graduación administrativa de las sanciones y que, en cambio, ha considerado que condicionan razonablemente la discrecionalidad administrativa.

De cualquier manera que sea, esos criterios permiten conocer con el suficiente grado de certeza las consecuencias sancionadoras de cada infracción porque advierten muy bien que cuanto mayor sean, por ejemplo, la dimensión del riesgo creado, el círculo de personas afectadas por la infracción o el beneficio obtenido con la misma; o, desde otra perspectiva, más dominante sea en cada caso la posición del infractor en el mercado o más veces haya cometido la misma infracción, más grave será también la infracción cometida y, en consecuencia, la sanción que lleva pareja.

Esta es, me parece, una conclusión muy difícil de discutir, casi de puro sentido común, y que solo el rigorismo constitucional y la aplicación inflexible del mandato de tipificación legal han impedido afirmar hasta ahora. Conste en todo caso que, como hemos visto, esta postura rígida se ha impuesto a costa de sacrificar el rigor metodológico y de escamotear las necesarias explicaciones. Pero también a despecho de la realidad y de la racionalidad práctica¹³.

Pues si del mandato de tipificación legal de las infracciones quiere hablarse en rigor, no puede ignorarse, por seguir con el ejemplo que más veces ha salido, que en pocos sectores del ordenamiento la variedad de las posibles conductas ilícitas es tan acusada como en materia de protección de los consumidores y usuarios. Como muy diversa es asimismo la antijuridicidad o el desvalor de las posibles infracciones.

Entre otras razones por culpa de la propia abundancia de los productos, actividades y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios y de los sujetos que intervienen en el mercado. Pues, al respecto, no es desde luego jurídicamente indiferente que la conducta ilícita tipificada arriesgue la integridad o el funcionamiento de un sencillo producto doméstico que la salud de los consumidores o su patrimonio. Como tampoco lo es que la conducta ilícita afecte a unos pocos ciudadanos que provoque una fuerte conmoción social. Ni que los beneficios obtenidos con la infracción sean reducidos o pingües. O, en fin, que el responsable de la infracción sea un gran empresario que un pequeño comerciante. De tal manera que la gravedad de cada infracción depende finalmente, entre otros criterios, de la naturaleza y las dimensiones del riesgo creado con la infracción, de la cuantía del beneficio obtenido con la misma, o, en fin, de la posición del infractor en el mercado.

En estas condiciones, pretender que la ley agote por sí misma la calificación de la gravedad que mejor cuadra con cada una de las infracciones que tipifica bien parece una exigencia demasiado rigurosa y que puede resultar hasta inconveniente en ocasiones, conforme enseguida se insistirá.

Por el momento baste con subrayar que la necesidad de atender a las circunstancias indicadas prueba la dificultad de que el legislador determine por sí mismo la concreta gravedad de las conductas ilícitas que tipifica. Una dificultad que apunta a la «*mayor precisión posible*» de la que habla la jurisprudencia y la doctrina científica, con el Tribunal Constitucional nuevamente a la cabeza (últimamente, entre otras, SSTC 160/2019, de 12 de diciembre; 81/2020, de 15 de julio; 172/2020, de 19 de noviembre; y 13/2021, de 28 de enero), y que, de modo congruente, apela a la necesidad de huir de exigencias maximalistas¹⁴.

¹² Cfr. la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (arts. 81 y ss.); la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León (art. 42); y la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (art. 332).

¹³ La STC 219/1989, de 21 de diciembre, confirma la constitucionalidad de la sanción colegial impuesta a un arquitecto por la comisión de una infracción que el Colegio calificó de grave, a pesar de que el estatuto colegial aplicado no establecía tampoco una clasificación expresa de las infracciones. A pesar de este silencio, en esa ocasión el Tribunal afirmó que «someter la calificación de las faltas o conductas sancionables como leves, graves o muy graves a la apreciación por los órganos colegiales que, en su caso, ha de ser revisada por los órganos judiciales competentes, no equivale a la absoluta inseguridad jurídica que denuncia el recurrente» (FJ 6).

¹⁴ Por todos, Nieto (2012, pp. 259-266).

Incluso habría que añadir que elementales razones de prudencia o de oportunidad, a las que usualmente apela también la doctrina del Tribunal (entre otras, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 3; 90/2012, de 7 de mayo, FJ 5; y 34/2013, de 4 de febrero, FJ 19), y «que pueden variar en los distintos ámbitos materiales de ordenación», según precisa esa misma jurisprudencia constitucional, aconsejan precisamente más bien lo contrario y sugieren, en efecto, la conveniencia de descargar en la Administración la tarea de medir individualmente la gravedad de cada una de las infracciones cometidas.

Desde esta perspectiva, y supuesta la incapacidad del legislador para calibrar positivamente y en abstracto la gravedad de todas las infracciones que tipifica, ¿no sería mejor que la ley se limite a describir las conductas que considera infracciones y deje en manos de la Administración su posterior calificación como leve, grave o muy grave en función de los oportunos criterios de graduación y a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso? Y, comoquiera que sea, si así decidiera hacerlo, ¿incurriría por este motivo en una imperdonable inconstitucionalidad?¹⁵.

6. Una vuelta final por las leyes sancionadoras y una pregunta sobre el futuro

Por poner solo un ejemplo, «no respetar la luz roja de un semáforo» es una conducta que el Texto Articulado de la Ley de Tráfico de 30 de octubre de 2015 (LTSV) tipifica como infracción grave que está sancionada con multa de 200€ [arts. 76. k) y 80.1]. Pues bien, ¿acaso no sería técnicamente más correcto y más justo también desde el punto de vista de una buena política sancionadora que esa infracción se clasifique de leve, grave o muy grave en función de las singulares circunstancias concurrentes en cada caso y atendiendo a los oportunos criterios legales que miren, por ejemplo, a la entidad del riesgo creado, a la generalización de esa infracción o a los antecedentes del infractor?

Desde esta perspectiva, es que ¿nada significa jurídicamente que un conductor rebese un semáforo en rojo por apenas un segundo o que lo haga por una docena o más?; ¿es lo mismo rebasar un semáforo con paso de peatones o que regula un cruce con abundante tráfico, que otro sin paso de peatones o que no regula ningún cruce y que, de hecho, ni siquiera muy pocos conductores respetan habitualmente? O, en fin, ¿es que nada importa tampoco que el infractor rebese el semáforo en rojo con las calles repletas de peatones y vehículos o que lo haga a primera hora de un domingo o en la noche del 24 de diciembre cuando las calles están desiertas?

Naturalmente, no. Lo que sucede es que el legislador de tráfico, consciente seguramente de los remilgos de la doctrina constitucional, ha decidido no operar sobre los tipos infractores y, en su lugar, hacerlo sobre la determinación de las sanciones. El art. 81 LTSV es, en efecto, un buen ejemplo de esta forma de ver las cosas cuando dispone que la sanción de multa prevista en la ley con carácter fijo para cada clase de infracción «podrá incrementarse en un 30 por ciento, en atención a la gravedad y trascendencia del hecho, los antecedentes del infractor y a su condición de reincidente, el peligro potencial creado para él mismo y para los demás usuarios de la vía y al criterio de proporcionalidad».

Esta es una regla muy razonable y que permite encontrar soluciones más ajustadas a las singulares circunstancias de cada infracción, aunque en este caso solo funcione para agravar la respuesta sancionadora dentro de cada escalón infractor, nunca para reducirla¹⁶. Sea como fuere, puestos a ajustar la respuesta sancionadora a las circunstancias de cada infracción, ¿no es preferible que ese deseable ajuste se produzca en el primer momento, cuando se trata precisamente de clasificar la infracción?

Si se piensa que sí, como aquí se defiende, hay dos formas de hacerlo: o bien la ley clasifica por sí misma las infracciones con arreglo a las circunstancias de cada infracción o bien descarga esa operación en la Administración.

¹⁵ Téngase en cuenta que, como se recordaba en la nota 1, modelos comparados tan admirados como el alemán no contempla la clasificación de las infracciones según su gravedad. En cualquier caso, importa precisar que el juicio a emitir no es ni puede ser sobre la perfectibilidad o el acierto técnico de la ley. Quiero decir que, aunque se admita que el legislador pudiera apurar algo más y determinar positivamente por sí mismo la gravedad de las infracciones que tipifica, ello no convertiría la norma en inconstitucional. Pues, como ya nos consta por las explicaciones del texto, esta es una conclusión que depende de la comprobación de si la fórmula de tipificación utilizada por la norma permite, o no, prever razonablemente con el suficiente grado de certeza la gravedad de la correspondiente infracción y conocer sus consecuencias sancionadoras.

¹⁶ Nótese que cuando el legislador decide confiar la graduación de las infracciones permite que, al hacerlo, la Administración pueda recorrer, hacia arriba o hacia abajo, todos los escalones infractores, desde el leve al muy grave, y, en consecuencia, ajustar mucho mejor la concreta sanción a las circunstancias de la infracción realmente cometida.

Esta segunda fórmula es la que utilizan las leyes que antes hemos repasado y que el Tribunal Constitucional ha juzgado rigurosamente inadmisibles. La primera, es la que siguen por su parte otras muchas leyes de todas las épocas y sectores.

Por anotar ahora solo unos pocos ejemplos, el art. 35 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 clasifica el mismo hecho como infracción leve, grave o muy grave «atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia».

El art. 31.1.d) de la Ley de Industria de 26 de julio de 1992 considera por su parte infracciones muy graves «las tipificadas en el apartado siguiente como infracciones graves, cuando de las mismas resulte un daño muy grave o se derive un peligro muy grave e inminente para las personas, la flora, la fauna, las cosas o el medio ambiente».

La Ley del Ruido de 17 de noviembre de 2003 califica en su art. 28.2 de infracción grave determinados incumplimientos y en el siguiente art. 28.3 clasifica esas mismas conductas como infracción grave cuando «no se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente ni se haya puesto en peligro grave la seguridad o la salud de las personas».

Y el art. 43 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia de 14 de diciembre de 2006 tipifica como infracción una larga lista de conductas para advertir a continuación en el siguiente art. 44.1 que esas mismas infracciones «se clasificarán en leves, graves y muy graves, de acuerdo con criterios de riesgo para la salud, gravedad de la alteración social producida por los hechos, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, número de afectados y reincidencia».

Más modernamente, el Decreto-ley catalán 30/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador específico por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención sanitarias para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, proporciona un nuevo y espléndido ejemplo. Sus disposiciones testimonian muy bien que prácticamente todos los incumplimientos que tipifican constituyen infracciones leves, graves o muy graves según el respectivo incumplimiento «produzca un riesgo o daño leve, grave o muy grave para la salud de la población».

Muy posiblemente todas estas fórmulas legales tranquilicen la conciencia de los juristas más escrupulosos con el mandato de tipicidad y hasta es probable también que logren escapar del control del Tribunal Constitucional. Pero sea como fuere, no logran evitar que al final sea ahora también la propia Administración sancionadora, y no la ley, la que de verdad clasifica las infracciones. A fin de cuentas, porque cualquiera de esos criterios legales es tan abstracto que apenas aprietan algo, de manera que es efectivamente cada acto sancionador el que, a la vista de las circunstancias concurrentes, acaba por incluir cada infracción en la correspondiente categoría general.

De modo que, al final, la inseguridad jurídica que se creía haber expulsado con ese tipo de fórmulas legales vuelve a aparecer intacta en el proceso de aplicación de la norma. Lo que a la postre significa, para escándalo de las tesis más «garantistas» del ciudadano-infractor, que la Administración sancionadora clasifica las infracciones en muchas más ocasiones de las que testimonia la jurisprudencia constitucional. Más todavía: la pregunta es si el Tribunal Constitucional estaría dispuesto a aplicar hasta sus últimas consecuencias su propia doctrina y, por tanto, si, llegado el caso, anularía las abundantes leyes que hay salpicadas por el ordenamiento y que, con una u otra formulación, confían a la Administración la tarea de clasificar las infracciones¹⁷.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cano Campos, T. (2018). *Sanciones Administrativas* (Claves Prácticas de Derecho Administrativo). Francis Lefebvre.
Casares Marcos, A. B. (2012). Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. *Revista*

¹⁷ Además de los ejemplos anotados en el texto, *vid.*, entre otros muchos, el art. 68 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003; el art. 74 de la Ley de Investigación biomédica de 3 de julio de 2007; los arts. 306 a 308 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante de 5 de septiembre de 2001; o, en fin, el art. 46 de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados de 28 de julio de 2011.

La misma comprobación es válida igualmente para las leyes de las Comunidades Autónomas. Baste al respecto con los siguientes botones de muestra: los arts. 75.2 y 76.2 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía; el art. 57, en relación con los arts. 59 m) y 60 m) de la Ley 7/2011, de 23 de marzo, de Salud Pública de Extremadura; y los arts. 6.1 y 7 del Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, de régimen sancionador específico contra los incumplimientos de las disposiciones reguladoras de las medidas de prevención contra COVID-19.

- Andaluz de Administración Pública*, 85. Instituto Andaluz de Administraciones Públicas. <https://doi.org/10.46735/raap.n85.1007>
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte General* (3.ª ed.). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Izquierdo Carrasco, M. (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Revista Justicia Administrativa*, Extra-1, 207-258.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5.ª ed.). Tecnos.
- Rebollo Puig, M. y Cano Campos, T. (2021). *Es constitucional el art. 117.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas?* [texto inédito].
- Valencia Martín, G. (2000). Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad. En *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. CEPC/Tribunal Constitucional.
- Valencia Martín, G. (2018). El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casa Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española* (Tomo I). Wolters Kluwer.



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 14-06-2021
Aceptado: 21-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10952>
Páginas: 71-97

Cuestiones jurídicas sobre el papel de los entes locales en la transición energética: hacia la producción y el consumo del hidrógeno renovable¹

Legal issues on the role of local authorities in the energy transition: going to the production and consumption of renewable hydrogen

Carmen María Ávila Rodríguez

Universidad de Málaga (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7225-9324>

cmavila@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Málaga. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga desde 2017. Ha realizado estancias de investigación en el Center Constitutional Studies and Democrátic Development (CCSDD); el Dipartimento di Scienze Giuruduche «A. Cicu» de la Universita' di Bologna y en el Leicester Law School (University of Leicester). Es subdirectora académica de la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva época) de la Universidad de Málaga y colaboradora permanente de la Sección de Energía de la Revista General de Derecho de los Sectores Regulados de Iustel.

Ha participado en distintos proyectos de investigación nacionales en materia de Energía, Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Ha participado en distintos proyectos autonómicos andaluces, entre ellos proyecto de apoyo documental y técnico a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga. Ha colaborado durante años con la Oficina del Defensor del Ciudadano/a de la Diputación de Málaga.

Es autora de múltiples publicaciones (libros, capítulos de libros, artículos de revistas, actas de congresos) en materias sobre Energía, Transportes, Medio Ambiente, Protección de Datos, Buena Administración, Ordenación del Territorio y Defensores del Pueblo. Su actividad investigadora es compaginada con su actividad docente, impartiendo docencia en materias regladas tanto a nivel de grado como de posgrado en distintas titulaciones.

RESUMEN

La tecnología del hidrógeno está demostrando cada día que es posible producir y consumir hidrógeno renovable. La Unión Europea, consciente de ello, quiere situarse como líder en este objetivo de transformación de nuestra economía en una economía descarbonizada. El presente estudio hace un análisis de las estrategias que han sido aprobadas a nivel comunitario y estatal, así como de las reformas normativas necesarias para que las Administraciones, especialmente la Administración local sea impulsora del uso doméstico y comercial del hidrógeno renovable.

PALABRAS CLAVE

Hidrógeno renovable; hidrógeno verde; Administración local; movilidad sostenible; autoconsumo y comunidades energéticas locales.

¹ Este comentario se realiza en el marco del Proyecto: "Sostenibilidad energética y entes locales: incidencia del nuevo paquete energético de la Unión Europea" (Ref. DER2017-86637-C3-2-P B). Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ABSTRACT

Hydrogen technology is proving every day that it is possible to produce and consume renewable hydrogen. The European Union takes a leading role in this goal to transform our economy into a decarbonized economy. This paper analyzes the strategies that have been approved by the European Union and the Spanish State to promote renewable hydrogen. Necessary regulatory reforms are also analyzed by this paper, to argue that public Administrations, especially local Administrations, can take a leading role in promoting the domestic and commercial use of renewable hydrogen.

KEYWORDS

Green hydrogen; renewable hydrogen; local Administration; sustainable mobility; electrical self-consumption and local energy communities.

SUMARIO

1. BREVE INTRODUCCIÓN: LA CADENA DE VALOR DEL HIDRÓGENO RENOVABLE. 2. CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA PARA REFERIRSE AL HIDRÓGENO. 3. NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO EUROPEO PARA EL IMPULSO DEL HIDRÓGENO RENOVABLE. 4. BARRERAS NORMATIVAS NACIONALES A SUPERAR PARA IMPULSAR EL HIDRÓGENO RENOVABLE. 5. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL COMO SUJETO PROACTIVO EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 5.1. COMPETENCIAS PROPIAS DE LOS MUNICIPIOS PARA IMPULSAR EL HIDRÓGENO RENOVABLE: PRESTACIÓN DE SERVICIOS OBLIGATORIOS RELACIONADOS CON LA MOVILIDAD SOSTENIBLE, LA ILUMINACIÓN EXTERIOR Y EL SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES. 5.2. LA RESPONSABILIDAD PROACTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: AUTOCONSUMO, CONTRATACIÓN VERDE Y COMUNIDADES ENERGÉTICAS LOCALES: A) Incremento del autoconsumo de energías renovables de la Administración local y la posibilidad de producir hidrógeno renovable. B) El impulso de la contratación pública ecológica. C) Iniciativas para constituir comunidades energéticas locales. 6. A MODO DE COROLARIO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«Sí, amigo mío –repuso Ciro Smith–; (...) creo que el agua se usará un día como combustible, que el hidrógeno y el oxígeno que la constituyen, utilizados aislada y simultáneamente, producirán una fuente de calor y de luz inagotable y de una intensidad mucho mayor que la de la hulla. El agua es el carbón del porvenir».

La isla misteriosa. Julio Verne. 1874.

1. BREVE INTRODUCCIÓN: LA CADENA DE VALOR DEL HIDRÓGENO RENOVABLE

Podemos imaginar que Julio Verne, que para escribir sus obras se basaba en revistas científicas, tuvo un sueño premonitorio: las potencialidades del hidrógeno que hoy afirmamos, coloquialmente, que está de moda. Así se puede afirmar tras la aprobación de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra* y la *Hoja de ruta del hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable*, elaborada por el Gobierno de España.

Adentrémonos, brevemente, en la cadena de valor del hidrógeno. El hidrógeno es el elemento más abundante en el universo, pero no puede tomarse directamente de la naturaleza, no es una fuente de energía primaria, por ello se tiene que fabricar o producir. Además, se encuentra combinado con otros elementos como el oxígeno formando moléculas de agua, o al carbono, formando compuestos orgánicos.

Hoy en día se produce hidrógeno, pero esta producción es muy contaminante, pues se basa en un proceso de reformado de combustibles, mayormente teniendo como materia prima el carbón, la biomasa o el biogás, la energía nuclear o la electricidad de la red. También, mediante procesos de reformado de gas natural u otros hidrocarburos ligeros como metano o gases licuados de petróleo, siendo, actualmente, éste el 99% del hidrógeno consumido en España. La tendencia actual de la política europea ha quedado reflejada en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra*. Ésta

tiene como objetivo la producción transitoria de hidrógeno a partir de gas natural e hidrocarburos ligeros, pero al que se le aplican técnicas de captura, uso y almacenamiento de carbono (CCUS: Carbon Capture, Utilization and Storage) lo que permite reducir hasta en un 95 % las emisiones de CO₂ generadas durante el proceso para llegar, de manera definitiva, a la producción de hidrógeno mediante el proceso de electrolisis, a partir de fuentes renovables tales como la eólica, la geotérmica, la solar y la hídrica e inclusive la energía de las olas y mareomotriz que prácticamente no produce gases de efecto invernadero. Éste sería el hidrógeno renovable.

En cuanto al emplazamiento de la planta de producción de hidrógeno renovable, es interesante señalar que puede ser producido en grandes instalaciones centrales o localmente en pequeñas unidades distribuidas ubicadas en o cerca del punto de uso. Esto significa que todas las zonas, incluso áreas remotas, pueden convertirse en productores de energía.

Una vez producido, el hidrógeno renovable actúa como un vector energético casi perfecto porque su potencial reside en almacenar y portar en forma química energía de fuentes renovables que no puede ser acumulada. A modo de ejemplo, la energía solar puede ser usada directamente para calentar o para generar electricidad, pero la electricidad tiene que ser consumida instantáneamente; en cambio, si la electricidad, generada de la energía solar, se utiliza para producir hidrógeno renovable, éste se puede almacenar para ser consumido posteriormente liberando energía sin contaminar el ambiente.

Los usos finales del hidrógeno renovable son muy diversos. En su forma natural se puede usar directamente como combustible, como materia prima en la industria y como vector energético. La aplicación del hidrógeno renovable en el sector del transporte se materializa en el uso de pilas de combustible de hidrógeno, que son dispositivos en los que se utiliza el hidrógeno producido a partir de fuentes renovables para generar electricidad, aportando la fuerza motriz para movilizar los vehículos. Estas pilas de combustible suelen instalarse en combinación con baterías eléctricas que se auto recargan durante el funcionamiento del vehículo mediante frenada regenerativa. En el transporte por carretera esta modalidad incluye tanto los vehículos ligeros (turismos y furgonetas), como los vehículos pesados (camiones y autobuses). En el transporte ferroviario se utiliza como principal recurso energético la energía eléctrica, si bien todavía existen vías sin electrificar con trenes propulsado por locomotoras diésel. En este último nicho y, concretamente cuando la electrificación no sea viable, es donde las pilas de combustible alimentadas por hidrógeno renovable pueden tener una clara aplicación. En el transporte marítimo la aplicación del hidrógeno renovable abarca no solo la utilización de pilas de combustible en embarcaciones, sino también en la maquinaria empleada en los puertos y terminales de carga. En relación con las embarcaciones, actualmente, el empleo de pilas de combustible para el transporte marítimo se limita a proyectos de demostración en pequeños buques, pero se espera su análisis de viabilidad en grandes embarcaciones. En el transporte aéreo se espera que las pilas de combustible constituyan una alternativa como carburante para aeronaves y para la maquinaria empleada en los aeropuertos y terminales de carga. Además, existen otras opciones para la aplicación del hidrógeno en aviación, como la fabricación de queroseno sintético a base de hidrógeno renovable.

Respecto al uso residencial y en los servicios, el hidrógeno renovable se posiciona como una de las alternativas para contribuir a la descarbonización del sector doméstico y terciario, gracias a su capacidad de proporcionar un suministro energético flexible. Esta descarbonización se concretaría en la sustitución de los elementos de calefacción eléctricos y las calderas de gas natural por calderas de hidrógeno renovable.

En el sector industrial destacan tres campos de aplicación. Por un lado, en la industria de refino dedicada a procesos de eliminación de impurezas del petróleo crudo o de mejora de los crudos más pesados en sus usos como materia prima. Por otro lado, en la industria química que lo utiliza como materia prima para la elaboración de productos químicos, especialmente amoníaco y metanol, que requieren de elevadas cantidades del mismo, y que a su vez sirven como fuente para la producción de otros compuestos químicos tales como fertilizantes, biocombustibles o plásticos. Y, finalmente, en la industria metalúrgica para la elaboración de ciertas aleaciones tales como el acero para la que se necesitan grandes aportes energéticos, y en la que se puede emplear el hidrógeno renovable como fuente energética para alcanzar las temperaturas requeridas en su proceso de producción (altos hornos). También puede ser utilizado como agente reductor para la generación de aleaciones, desplazando el uso de carbón².

² Vid. Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico (2020, pp. 19-23) y Ávila (2021).

Hoy en día, el hidrógeno representa menos del 2 % del consumo de energía en Europa³ y se produce casi exclusivamente con el uso constante de combustibles fósiles. Para la Unión Europea, el hidrógeno renovable tiene un papel importante que desempeñar a la hora de reducir las emisiones en los sectores de difícil descarbonización. El hidrógeno producido mediante electrolisis con electricidad renovable puede desempeñar un papel «nodal» particularmente importante en un sistema energético integrado, pues puede aportar eficiencia en la medida en que puede integrar grandes porcentajes de generación variable de energías renovables, descargando las redes en períodos de abundante oferta, y proporcionando almacenamiento a largo plazo para el sistema energético. También permite utilizar la producción local de electricidad renovable en una gama de aplicaciones de uso final adicionales⁴.

En la actualidad, ni el hidrógeno renovable ni el hidrógeno a partir de combustibles fósiles con bajas emisiones de carbono son competitivos en términos de costes con el hidrógeno a partir de combustibles fósiles⁵, pero el panorama está cambiando porque los costes del hidrógeno renovable están bajando rápidamente⁶. Los costes de los electrolizadores ya se han reducido en un 60 % en los últimos diez años y se espera que se reduzcan a la mitad en 2030 en comparación con los de hoy gracias a las economías de escala. En regiones en las que la electricidad renovable es barata, se espera que los electrolizadores puedan competir con el hidrógeno a partir de combustible fósiles en 2030⁷.

Es interesante señalar que recientemente se ha publicado la noticia de que la empresa estadounidense Cummins ubicará en Guadalajara una de las mayores plantas de electrolizadores para la producción de hidrógeno verde en el mundo tras sellar un acuerdo con Iberdrola. Esta alianza sitúa a Cummins como proveedor de sistemas de electrolizadores para proyectos a gran escala en estos EEUU y España y a Iberdrola como desarrollador de proyectos de electrolizadores y proveedor de hidrógeno renovable para clientes industriales⁸. O también la noticia de que bp, Iberdrola y Enagás han alcanzado un acuerdo para evaluar la instalación de un electrolizador de 20 MW para la generación de hidrógeno verde en los terrenos propiedad de bp en el polígono industrial donde se ubican sus instalaciones. El electrolizador funcionaría con energía renovable producida, entre otras fuentes de generación, por una planta fotovoltaica de 40 MW. Con la trascendencia de que la refinería de bp en Castellón es el mayor productor y consumidor de hidrógeno de la Comunidad Valenciana. El resultado de este proyecto permitiría reemplazar el hidrógeno gris, que la refinería utiliza en sus procesos para producir biocombustibles, por hidrógeno verde⁹.

2. CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA PARA REFERIRSE AL HIDRÓGENO

Actualmente no existe una clasificación consensuada y uniforme sobre los tipos de hidrógeno. *La comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra* clasifica los tipos de hidrógeno en función de las vías de producción porque éstas están asociadas a una amplia gama de emisiones, dependiendo de la tecnología y la fuente de energía utilizadas. La clasificación es la siguiente:

- Hidrógeno electrolítico que designa el hidrógeno producido mediante la electrólisis de agua (en un electrolizador alimentado por electricidad), independientemente de la fuente de electricidad. Las

³ Este dato está calculado sobre la base de los datos de producción facilitados por la Empresa Común Pilas de Combustible e Hidrógeno, incluye el hidrógeno como materia prima; Empresa Común FCH, hoja de ruta para el hidrógeno, 2019.

⁴ *Vid.* Comisión Europea (2020, p. 13).

⁵ Los costes estimados del hidrógeno a partir de combustibles fósiles, que dependen mucho de los precios del gas natural, y sin tener en cuenta el coste de las emisiones de CO₂, se sitúan en torno a 1,5 EUR/kg para la UE. Los costes estimados del hidrógeno a partir de combustibles fósiles con captura y almacenamiento de carbono son de unos 2 EUR/kg, y los del hidrógeno renovable de entre 2,5 y 5,5 EUR/kg. Estos datos se extraen del Informe sobre el hidrógeno 2019 de la AIE (p. 42), y sobre la base de las hipótesis de precios de la AIE para la UE: 22 EUR/MWh para el gas natural, entre 35 y 87 EUR/MWh para la electricidad y costes de capacidad de 600 EUR/kW. Hoy en día, se necesitarían precios de entre 55 y 90 EUR por tonelada de CO₂ para que el hidrógeno a partir de combustibles fósiles con captura de carbono fuera competitivo con respecto al hidrógeno a partir de combustibles fósiles. Sin embargo, en esta fase, los costes solo pueden estimarse, ya que en la actualidad no se ha iniciado la construcción ni la explotación de ningún proyecto de este tipo en la UE.

⁶ *Vid.* Asociación Española del Hidrógeno (IDAE) (2008).

⁷ Partiendo de los precios actuales del gas y la electricidad, se prevé que el hidrógeno a partir de combustibles fósiles con bajas emisiones de carbono costará en 2030 entre 2 y 2,5 EUR/kg en la UE, y el hidrógeno renovable entre 1,1 y 2,4 EUR/kg (AIE, IRENA, BNEF).

⁸ Noceda (2021, 24 de mayo).

⁹ Expansión (2021, 28 de abril).

emisiones de gases de efecto invernadero durante todo el ciclo de vida de la producción de hidrógeno electrolítico dependen de cómo se produce la electricidad utilizada.

- Hidrógeno renovable que designa el hidrógeno producido mediante la electrólisis de agua (en un electrolizador alimentado por electricidad), y con la electricidad procedente de fuentes renovables. Las emisiones de gases de efecto invernadero durante todo el ciclo de vida de la producción de hidrógeno renovable son casi cero. El hidrógeno renovable también puede producirse a través del reformado de biogás (en lugar de gas natural) o de la conversión bioquímica de biomasa², si se cumplen los requisitos de sostenibilidad. La hoja de ruta del hidrógeno aprobada por el gobierno español se refiere a este hidrógeno como hidrógeno renovable o hidrógeno verde indistintamente.
- Hidrógeno limpio que alude al hidrógeno renovable.
- Hidrógeno a partir de combustibles fósiles que designa el hidrógeno producido mediante diversos procesos que utilizan combustibles fósiles como materia prima, principalmente, el reformado de gas natural o la gasificación de carbón. Las emisiones de gases de efecto invernadero durante el ciclo de vida de la producción de hidrógeno a partir de combustibles fósiles son elevadas. La hoja de ruta del hidrógeno aprobada por el gobierno español se refiere a este hidrógeno como hidrógeno gris cuando se produce a partir de gas natural u otros hidrocarburos ligeros como metano o gases licuados de petróleo mediante procesos de reformado. Si el hidrógeno se produce a partir de carbón, la energía nuclear o la electricidad de la red, lo denomina hidrógeno negro o marrón.
- Hidrógeno a partir de combustibles fósiles con captura de carbono que es una subparte del hidrógeno a partir de combustibles fósiles, pero en la que se capturan las emisiones de gases de efecto invernadero como parte del proceso de producción de hidrógeno. Las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de la producción de hidrógeno a partir de combustibles fósiles con captura de carbono o pirolisis son inferiores a las del hidrógeno a partir de combustibles fósiles, pero debe tenerse en cuenta la eficacia variable de la captura de gases de efecto invernadero (90 % como máximo). La hoja de ruta del hidrógeno aprobada por el gobierno español se refiere a este hidrógeno como hidrógeno azul.
- Hidrógeno con bajas emisiones de carbono que incluye el hidrógeno a partir de combustibles fósiles con captura de carbono y el hidrógeno electrolítico, cuyas emisiones de gases de efecto invernadero durante todo el ciclo de vida son considerablemente reducidas en comparación con la producción existente de hidrógeno.

Con esta clasificación se puede afirmar que no hay un criterio claro y uniforme de clasificación del hidrógeno. Indistintamente, se denomina al hidrógeno renovable, limpio o verde en el caso del hidrógeno producido a través de la electrólisis con fuentes de energía renovable. El hidrógeno a partir de combustibles fósiles sin captura de carbono se denomina, en función del tipo de combustible como, negro (carbón), gris (gas o hidrocarburos ligeros) o marrón (energía nuclear). Y cuando se procede a la captura del carbono se denomina hidrógeno azul. En definitiva, no existe un criterio uniforme de clasificación del hidrógeno y la clasificación que existe es confusa porque se basa en colores sin seguir un criterio científico basado en el ciclo de vida de las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo de todo el proceso de producción y transporte del hidrógeno. En este sentido se ha pronunciado recientemente, el 19 de mayo de 2021, el Parlamento europeo en su *resolución sobre la estrategia europea para el hidrógeno*¹⁰. En él ha concluido que a nivel europeo es necesario hacer una clasificación jurídica común de los diferentes tipos de hidrógeno. Es necesario llegar a un acuerdo rápido sobre una terminología amplia, precisa, uniforme y de base científica en toda la Unión con el fin de adaptar las definiciones jurídicas nacionales y ofrecer una clasificación clara que aporte seguridad jurídica. Esta terminología tiene que basarse en una evaluación con base científica, alejada del enfoque basado en colores comúnmente utilizado; opina que esta clasificación debería basarse en el ciclo de vida de las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo de todo el proceso de producción y transporte del hidrógeno, pero también deberá tener en cuenta criterios de sostenibilidad transparentes y sólidos en consonancia con los principios de la economía circular¹¹. El informe pone de manifiesto que incluso entre distintos agentes a nivel europeo (por ejemplo, la Comisión y la Alianza Europea por un Hidrógeno Limpio) existe una discrepancia entre las diferentes definiciones de hidrógeno limpio utilizadas, al confundir e incluir la distinción entre hidrógeno renovable y con bajas emisiones de carbono.

¹⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0241_ES.html#def_1_17

¹¹ Sobre la economía circular consultar los siguientes estudios recientes: Alenza (2020, pp. 225-249) y Gudín (2019).

3. NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO EUROPEO PARA EL IMPULSO DEL HIDRÓGENO RENOVABLE

En noviembre de 2018 La Comisión Europea presentó la Comunicación titulada *Un planeta limpio para todos*. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra¹². En esta Comunicación se confirma el compromiso de Europa de liderar la acción por el clima a escala mundial y marca como objetivo final conseguir de aquí a 2050 las cero emisiones netas de gases de efecto invernadero a través de una transición socialmente justa realizada de manera rentable. La UE no pretende iniciar nuevas políticas ni revisar los objetivos para 2030, que quedan confirmados como se fijaron originariamente, sino que su finalidad es indicar en qué dirección debe ir la política de la UE en materia de clima y energía y servir de marco a lo que la UE considera su contribución a largo plazo para lograr los objetivos de temperatura del Acuerdo de París, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas¹³.

La UE afirma que todos los sectores de la economía tienen un papel que desempeñar en la transición hacia la neutralidad climática. El sector energético debe desplegar totalmente el uso de energía renovable impulsando una electrificación a gran escala del sistema energético, englobando tanto a usuarios finales (industria, edificios o transporte), como a productores. De esta manera el sector eléctrico se debe convertir en un elemento central para la transformación de otros sectores económicos. El sector industrial debe reducir la emisión de gases con efecto invernadero mediante mejoras adicionales en la eficiencia y cambiando a fuentes de energía bajas y nulas en carbono, para ello se hace necesario impulsar la electrificación basada en energías renovables, la biomasa sostenible, los combustibles sintéticos o el hidrógeno renovable. El sector del transporte tiene que lograr reducciones profundas de emisiones y para ello la Unión Europea se compromete a promover la eficiencia general de los vehículos, a incentivar los vehículos y la infraestructura de bajas y cero emisiones; a hacer un viraje en relación a los combustibles fomentando el uso de combustibles alternativos y con cero emisiones de carbono; diseñar y poner en práctica una mayor eficiencia del sistema de transporte. El sector de la construcción también tiene un papel decisivo mejorando el aislamiento de los edificios y adoptando otras medidas para hacer más eficiente el parque de viviendas y reducir el uso de energía para calefacción. Para la UE el cambio de combustible debe ser una realidad en casi todos los hogares y ha de reorientarse a utilizar calefacción renovable (electricidad, calefacción urbana producida a partir de fuentes renovables, gas renovable y energía solar térmica). Para ello entiende que es importante dar un papel protagonista, entre otros gases, al hidrógeno producido a partir de electricidad renovable porque podrían ser utilizado en los edificios existentes sin cambiar la red de transmisión/distribución actual y el tipo de electrodomésticos.

En este contexto en noviembre de 2019, se aprueba por la UE el *Pacto Verde Europeo* como manifestación del compromiso de la Comisión Europea de responder a los desafíos del clima y el medio ambiente¹⁴. Este pacto contiene medidas concretas para transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050¹⁵. Teniendo como marco el Pacto Verde Europeo las instituciones de la UE realizan una serie de propuestas y adoptan una serie de estrategias. Entre las primeras es oportuno destacar la propuesta de aprobar la primera Ley del Clima Europea¹⁶; la propuesta de revisar la Directiva sobre fuentes de energías renovables¹⁷; la propuesta de la revisión de la Directiva de eficiencia

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0773&from=SL>

¹³ Vid. Rosa (2020, pp. 41-78); Escudero y Martínez (2019).

¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>

¹⁵ Sobre el Pacto Verde y la política energética de la Unión europea consultar los siguientes estudios recientes: Delgado (2011, pp. 393-456), Delgado (2020, pp. 140-174), Fernández de Gatta (2020, pp. 78-109), Martín (2020), Egea (2017, pp. 485-498), Ruiz (2012) y Ruiz (2018, págs. 265-280).

¹⁶ La propuesta de la Ley del Clima se concretó el 4 de marzo de 2020 e incluye medidas para hacer un seguimiento de los avances y ajustar las acciones europeas en consecuencia, sobre la base de los sistemas existentes, tales como el proceso de gobernanza para los planes nacionales de los Estados miembros en materia de energía y clima, los informes periódicos de la Agencia Europea de Medio Ambiente y los últimos datos científicos sobre el cambio climático y sus repercusiones. Además, aborda el camino a seguir para alcanzar el objetivo de 2050. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1999 ("Ley del Clima Europea") se puede consultar en su versión española en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0080&from=EN>. El 19 de septiembre de 2020 se presentó una propuesta modificada del Reglamento cuya versión en inglés se puede consultar en https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/eu-climate-action/docs/prop_reg_ecl_en.pdf

¹⁷ Esta revisión ya está en trámite y de hecho el 21 de septiembre de 2020 se cerró el periodo de información pública de la propuesta de Directiva, previendo su aprobación para el segundo trimestre de 2021. Esta propuesta de Directiva apuesta con más inten-

energética¹⁸; la propuesta de revisión del marco regulador de las infraestructuras energéticas, incluido el Reglamento RTE-E, para impulsar el despliegue de tecnologías e infraestructuras innovadoras, como las redes inteligentes, las redes de hidrógeno, la captura, el almacenamiento y el uso de carbono, y el almacenamiento de energía¹⁹.

Y entre las estrategias se aprueba *Una nueva estrategia industrial para Europa*²⁰; *Un nuevo plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*²¹; *la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones del 3 de septiembre de 2020 Resiliencia de las materias primas fundamentales: trazando el camino hacia un mayor grado de seguridad y sostenibilidad*²²; *la Estrategia para una movilidad sostenible e inteligente, encaminando el transporte hacia el futuro*²³; *la Estrategia de la UE para la integración del sistema energético*²⁴ y *la Estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra*²⁵.

En estas dos últimas estrategias mencionadas la prioridad de la Unión Europea es desarrollar el hidrógeno renovable utilizando principalmente para su producción energía eólica y solar. La elección del hidrógeno renovable se basa en la fuerza industrial europea en la producción de electrolizadores. De cara a 2050, el hidrógeno renovable se debe desplegar progresivamente a gran escala, paralelamente

sidad en promover un mayor desarrollo y uso de combustibles renovables y otros combustibles bajos en carbono, incluidos biocombustibles avanzados, combustibles líquidos y gaseosos sintéticos e hidrógeno, en sectores difíciles de descarbonizar, como la industria y el transporte pesado, la aviación y el transporte marítimo. La información relativa a esta revisión se puede consultar en inglés en <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12553-Revision-of-the-Renewable-Energy-Directive-EU-2018-2001>

¹⁸ El plazo de información pública se cerró también el 21 de septiembre y su aprobación se prevé igualmente para el segundo trimestre de 2021. La información relativa a esta revisión se puede consultar en inglés en <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12552-Review-of-Directive-2012-27-EU-on-energy-efficiency>

¹⁹ Vid. Jiménez-Blanco (2017, pp. 97-101).

²⁰ El 10 de marzo de 2020, la Comisión sentó las bases de una estrategia industrial que impulsa la doble transición hacia una economía ecológica y digital, refuerza la competitividad industrial de la UE a nivel mundial y mejora la autonomía estratégica abierta de Europa. Al día siguiente de la presentación de la nueva estrategia industrial, la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia de COVID-19. Ante esta situación, la estrategia industrial ha tenido que ser actualizada (5 de mayo de 2021) y ahora ofrece nuevas medidas para tener en cuenta las enseñanzas extraídas de la crisis y apoyar la inversión. La denominación de la estrategia es *Actualización de la nueva estrategia industrial 2020: Construir un mercado único más fuerte para la recuperación de Europa* y el texto en inglés de la estrategia se puede consultar en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-industrial-strategy-update-2020_en.pdf

²¹ El 11 de marzo de 2020 se aprobó este Plan que presenta un conjunto de iniciativas interrelacionadas cuyo fin es establecer un marco sólido y coherente para la política de productos que convierta en norma la sostenibilidad de productos, servicios y modelos de negocio, además de transformar las pautas de consumo para evitar que se produzcan residuos en primer lugar. Este marco para la política de productos se irá desplegando progresivamente, mientras que las cadenas de valor de los productos clave se abordarán con carácter prioritario. Se adoptarán nuevas medidas para reducir la producción de residuos y garantizar que la UE disponga de un eficiente mercado interior de materias primas secundarias de alta calidad. Se reforzará también la capacidad de la UE para asumir la responsabilidad de sus residuos. El texto del Plan en español se puede consultar en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9903b325-6388-11ea-b735-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF

²² El acceso a los recursos es una cuestión de seguridad estratégica para la ambición de Europa de sacar adelante el Pacto Verde. La nueva estrategia industrial para Europa propone reforzar la autonomía estratégica abierta de Europa, y advierte de que la transición de Europa hacia la neutralidad climática podría conllevar la sustitución de la actual dependencia de los combustibles fósiles por la dependencia de las materias primas, de las que nos abastecemos en gran medida del extranjero y para las que la competencia mundial es cada vez más feroz. Por lo tanto, la autonomía estratégica abierta de la UE en estos sectores debe basarse en un acceso diversificado y sin distorsiones a los mercados mundiales de materias primas, pero al mismo tiempo, y con el fin de reducir la dependencia exterior y las presiones ambientales, es preciso abordar el problema subyacente derivado del rápido crecimiento de la demanda mundial de recursos y para ello la UE pretende reducir el uso de materiales y reutilizarlos antes de reciclarlos. El texto de la Comunicación se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&from=ES>

²³ Esta Estrategia se aprueba el 10 de diciembre de 2020 y en ella la Comisión propone reducir de aquí a 2050 un 90 % las emisiones de CO₂ causadas por el transporte. Para ello, el Ejecutivo europeo plantea cinco áreas clave de actuación: promover vehículos, buques y aviones sin emisiones; promover combustibles hipocarbónicos y renovables; ir hacia aeropuertos y puertos sin emisiones; conseguir una movilidad interurbana y urbana sostenible; e introducir mecanismos de tarificación del carbono. En cuanto al segundo pilar, la Comisión aspira a una movilidad inteligente y digital, que modernice el sistema de transportes, haciéndolo más seguro y eficiente. Para lograrlo, la Comisión proyecta dos áreas de actuación: fomentar una movilidad multimodal conectada y automatizada, e impulsar la innovación, el uso de datos e inteligencia artificial para la movilidad. Respecto al tercer pilar, la Comisión apuesta por impulsar modelos de movilidad más resilientes. Esta estrategia contiene, además, un anexo en el que establece un Plan de Acción, que detalla un total de 82 iniciativas y medidas concretas para cada una de ellas. La versión en inglés de la Estrategia se puede consultar en <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/com20200789.pdf> y la versión en inglés del anexo en <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/com20200789-annex.pdf>

²⁴ Esta estrategia se aprobó el 8 de julio de 2020 y en ella se prevé una serie de acciones para garantizar que la integración del sistema energético pueda contribuir al sistema energético del futuro, basado en la eficiencia, la resiliencia y la seguridad. El texto se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0299>

²⁵ Esta estrategia se aprobó el 8 de julio de 2020.

al despliegue de la nueva generación de energía renovable, a medida que madura la tecnología y disminuyen los costes de sus tecnologías de producción. No obstante, a corto y medio plazo, se necesitan otras formas de hidrógeno con bajas emisiones de carbono, principalmente para reducir rápidamente las emisiones derivadas de la actual producción de hidrógeno y apoyar el uso paralelo y futuro del hidrógeno renovable.

En la *resolución sobre la estrategia europea para el hidrógeno* que el Parlamento europeo ha publicado el 19 de mayo de 2021²⁶, éste pide a la Comisión que introduzca un marco regulador con criterios de sostenibilidad sólidos y transparentes para la certificación y el seguimiento del hidrógeno en la Unión, teniendo en cuenta su huella de gases de efecto invernadero a lo largo de toda la cadena de valor, incluido el transporte, con el fin de impulsar también inversiones en una generación de electricidad renovable adicional suficiente y le pide también que proporcione, lo antes posible en 2021, un marco reglamentario para el hidrógeno que garantice la normalización, la certificación, las garantías de origen, el etiquetado y la negociabilidad en todos los Estados miembros. Esta normativa tiene que completarse con un marco regulador coherente, integrado y global para un mercado del hidrógeno que supere los presentes obstáculos normativos y por ello reclama a la Comisión que elabore una hoja de ruta para el despliegue y el aumento de los electrolizadores, así como para forjar asociaciones a nivel de la Unión para garantizar su coste-efectividad, instando a la Comisión y a los Estados miembros a que eliminen las cargas administrativas existentes y a que incentiven la expansión de la cadena de valor y la introducción en el mercado del hidrógeno renovable para que esté maduro tecnológicamente y sea competitivo proporcionando estímulos financieros y sistemas de financiación específicos, incluidas soluciones innovadoras, como las primas de alimentación para el hidrógeno renovable introducido en la red de hidrógeno. Para ello será oportuno revisar las normas sobre ayudas estatales y los sistemas de tarificación y fiscalidad de la energía con vistas a internalizar los costes externos. De esta manera estima que el hidrógeno renovable podría ser competitivo antes de 2030, siempre que se formalicen las inversiones necesarias y un marco reglamentario adecuado que permitan que las energías renovables sean competitivas.

A la luz de lo analizado qué duda cabe que es necesaria la elaboración de un marco europeo normativo que establezca las directrices y homogeneice el mercado del hidrógeno.

4. BARRERAS NORMATIVAS NACIONALES A SUPERAR PARA IMPULSAR EL HIDRÓGENO RENOVABLE

En lógica secuencia con la política europea, el Gobierno de España elabora la *Hoja de Ruta del Hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable* que es aprobada el 6 de octubre de 2020 por el Consejo de Ministro. Este documento tiene su origen en lo dispuesto en el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030* que dedica su medida 1.8 al fomento de los gases renovables, citando expresamente el hidrógeno. La medida establece que se fomentará, mediante la aprobación de planes específicos, la penetración del hidrógeno expresando que éste tendrá un protagonismo considerable en la gestión de los vertidos renovables del sistema eléctrico. Resaltemos la importancia de que este reconocimiento se contenga en el PNIEC, pues es el instrumento de planificación propuesto por el Gobierno de España para cumplir con los objetivos y las metas de la Unión Europea en el marco de la política energética y climática, concretamente con la exigencia que impone el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 663/2009 y (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directiva 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) núm. 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta normativa europea sienta la base legislativa de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima para asegurar el logro de los objetivos generales y los objetivos específicos de la Unión de la Energía, así como los compromisos de la Unión a largo plazo en materia de emisiones de gases de efecto invernadero, en consonancia con el Acuerdo de París de 2015. También persigue los objetivos establecidos en los diversos reglamentos y directivas sobre reducción de gases de efecto invernadero, eficiencia energética, energías renovables, diseño de mercado eléctrico y seguridad de suministro, así como las reglas

²⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0241_ES.htm#def_1_17

de gobernanza para la propia Unión de la Energía. El PNIEC es un documento programático que debe presentarse a la Comisión Europea para su evaluación²⁷. El BOE de 31 de marzo de 2021 publicó la Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030²⁸.

Volviendo al contenido de la *Hoja de Ruta del Hidrógeno*, contemplada en el marco del PNIEC, los objetivos que España se marca se han planificado para su ejecución en dos fases: una primera hasta 2030 y una segunda hasta 2050. De cara a 2030 los objetivos son los siguientes. En cuanto a la producción de hidrógeno renovable, se prevé la instalación en España de, al menos, 4 GW de potencia de electrolizadores que idealmente se localizarían para minimizar, los costes asociados al transporte y almacenamiento del hidrógeno renovable generado, en las proximidades de los lugares de consumo, ya sean industrias consumidoras de hidrógeno, hidrogeneras para su suministro u otras aplicaciones. En cuanto a la industria, se prevé una contribución mínima del hidrógeno renovable del 25 % respecto del total del hidrógeno consumido en 2030 en todas las industrias consumidoras de hidrógeno tanto como materia prima como fuente energética. Respecto al transporte, se prevé que la cuota de energías renovables en el consumo final de energía sea, como mínimo, del 14 % en 2030. Sin perjuicio de ello, el PNIEC establece una cuota más ambiciosa del 28 %. Para contribuir al cumplimiento de estos objetivos, se prevén los siguientes hitos: Flota de al menos 150-200 autobuses de pila de combustible de hidrógeno renovable en 2030 repartidos por todo el territorio nacional, con especial participación en las flotas de autobuses urbanos de ciudades de más de 100.000 habitantes; parque de al menos 5.000-7.500 vehículos ligeros y pesados de pila de combustible de hidrógeno para el transporte de mercancías en 2030; red de al menos 100-150 hidrogeneras de acceso público en 2030 para el repostaje de los vehículos antes mencionados. Estas deben situarse en lugares fácilmente accesibles, repartidas por todo el territorio con una distancia máxima de 250 km entre cada una de las hidrogeneras y la hidrogenera que tenga más próxima. Utilización en régimen continuo de trenes propulsados con hidrógeno renovable en al menos dos líneas comerciales de media y larga distancia en vías actualmente no electrificadas. Introducción de maquinaria de *handling* que utilice pilas de combustible de hidrógeno renovable y de puntos de suministro en los cinco primeros puertos y aeropuertos en volumen de mercancías y pasajeros respectivamente. En el sector eléctrico y el almacenamiento de energía se prevé la existencia de proyectos comerciales de hidrógeno renovable operativos en 2030 para el almacenamiento de electricidad y/o aprovechamiento de la energía renovable excedentaria según las orientaciones establecidas en la Estrategia de Almacenamiento²⁹.

De cara a 2050 se prevé un aumento considerable de la potencia renovable instalada en España a partir de 2030, que vendrá acompañada de una bajada de precios de la electricidad renovable y como consecuencia, la producción de hidrógeno mediante energía eléctrica renovable será competitiva frente a otras tecnologías de producción. Ello hará que la producción de hidrógeno renovable se incremente a gran velocidad y, al mismo tiempo, los avances tecnológicos y las economías de escala, harán posible una gran expansión del consumo de hidrógeno renovable en muchos sectores difíciles de descarbonizar³⁰.

En clara consecución con el marco europeo antes analizado y como consecuencia de la implementación del PNIEC es necesario mencionar que España está llevado a cabo la aprobación de una serie de estrategias. Así, se ha aprobado el 2 de junio de 2020 la *Estrategia Española de Economía Circular* para reducir la generación de residuos y mejorar la eficiencia en el uso de recursos; el 3 de noviembre de 2020 la *Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo*, que marca la senda para alcanzar la neutralidad climática a 2050; el 9 de febrero de 2021 la *Estrategia de Almacenamiento Energético* que respalda el despliegue de energías renovables y será clave para garantizar la seguridad, calidad, sostenibilidad y economía del suministro³¹; y

²⁷ Esta remisión fue acordada por el Consejo de Ministros el 31 de marzo de 2020.

²⁸ El texto completo del Plan se puede consultar en <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/31/pdfs/BOE-A-2021-5106.pdf>

²⁹ El despliegue de inversiones para la consecución de estos objetivos se estima por un valor de 8.900 millones de euros en la puesta en marcha de proyectos de producción de hidrógeno renovable y generación eléctrica renovable asociada, adaptaciones industriales y movilidad. *Vid.* Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020, p. 42).

³⁰ *Vid.* Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico (2020, p. 44). En este punto es necesario consultar la *Estrategia a Largo Plazo para una Economía Española Moderna, Competitiva y Climáticamente Neutra en 2050*. Esta estrategia fue aprobada por el Consejo de Ministros el 3 de noviembre de 2020 y se puede consultar en https://www.miteco.gob.es/es/prensa/documentoelp_tcm30-516109.pdf

³¹ Las estrategias se pueden consultar en https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/espanacircular2030_def1_tcm30-509532.PDF, https://www.miteco.gob.es/es/prensa/documentoelp_tcm30-516109.pdf y https://www.miteco.gob.es/es/prensa/estrategiaalmacenamiento_tcm30-522655.pdf

están en elaboración: la *Estrategia de autoconsumo*³²; la *Hoja de Ruta para el desarrollo de la Eólica Marina y las Energías del Mar en España*³³ y la *Hoja de Ruta del Biogás*³⁴.

La aprobación de estas estrategias y hojas de ruta debe ir acompañada de la oportuna creación de normas jurídicas que faciliten el cumplimiento de los objetivos que en las mismas se fijan. En la actualidad, la producción de hidrógeno está considerada como una actividad industrial al clasificarse como una industria química para la producción de un gas inorgánico, así se puede observar en el punto cuatro, del anexo I del Real Decreto 508/2007, de 20 de abril, por el que se regula el suministro de información sobre emisiones del Reglamento E-PRTR y de las autorizaciones ambientales integradas. Completando lo anterior, estas instalaciones requieren la autorización ambiental integrada como se prevé en el apartado 4.2,a) del anexo I del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. Pues bien, esta clasificación y estas exigencias ambientales están justificadas cuando la actividad se realiza en un contexto y volumen industrial a gran escala y con una producción de contaminantes (CO₂) elevada, de ahí que se restrinja la construcción de este tipo de infraestructuras en suelos calificados como industriales. Pero si la producción de hidrógeno se realiza a pequeña escala in situ (comercial o doméstica) y a través de un proceso como la electrolisis y sin apenas emisiones contaminantes de CO₂, no es proporcionado. Es necesario que el legislador diferencie en el marco jurídico del hidrógeno el método de producción, la cantidad diaria producida, la capacidad del almacenamiento, y el propósito de dicha producción. En la medida en que un electrolizador tiene más similitudes con un transformador eléctrico que con una industria química debería permitirse la implantación de los mismos en todo tipo de suelos, precisamente para que puedan construirse planta de producción in situ cerca de plantas fotovoltaicas, parques eólicos, estaciones de servicio ubicadas en suelo urbano o incluso edificios para impulsarse el autoconsumo de los mismos. Sobre ello vamos a profundizar en las siguientes páginas.

Para cerrar este epígrafe, es interesante señalar que a nivel autonómico algunas Comunidades Autónomas están desarrollando sus propias estrategias de impulso del hidrógeno renovable. Así, Andalucía ya en 2016 publicó la *Estrategia del Hidrógeno en Andalucía* en el ámbito de la RIS3. Este documento recoge el potencial de la región y un plan de actuación para facilitar el desarrollo del hidrógeno en Andalucía. La Agencia Andaluza de la Energía (con participación directa en la Alianza Europea del Hidrógeno Limpio o el Partenariado Europeo del Hidrógeno) está coordinando a todos los actores de la cadena del hidrógeno de la región andaluza para llevar a cabo las actividades que aceleren su puesta en marcha en un período corto de tiempo³⁵. La Comunidad valenciana en diciembre de 2020, junto a asociaciones y compañías del sector, firmó un protocolo de colaboración para el despliegue de la *Estrategia Valenciana del Hidrógeno Verde*, centrada en su producción a través de energía solar y eólica. La potenciación del hidrógeno verde, tanto en la generación como en su posterior uso industrial o movilidad, entre otros, forma parte del proyecto tractor de energía sostenible incluido en el documento de trabajo *Estrategia Valenciana para la Recuperación*³⁶. Por su parte, Cataluña en el marco del Pacto Nacional para la Transición Energética de Cataluña, la Ley 16/2017 del Cambio Climático y la propuesta de Ley de la Transición Energética de Cataluña, está impulsando a través del Instituto Catalán de la Energía la *Mesa del hidrógeno en la transición energética de Cataluña*, formada por empresas, entidades y Administraciones para aportar propuestas específicas para el desarrollo del hidrógeno como vector energético³⁷. Aunque Castilla y León tiene aprobada su propia *Estrategia de Eficiencia Energética*, no tiene aprobada una Estrategia específica para el hidrógeno, pero a través del Ente Regional de la Energía de Castilla y León pone de manifiesto el desarrollo de diversos proyectos con financiación pública relacionados con el hidrógeno en la región³⁸. Por su parte, Castilla-La Mancha también puso en marcha en diciembre de 2020 el *Cluster del Hidrógeno Verde*, con sede en Puertollano donde además

³² La consulta previa para la elaboración de la Estrategia Nacional de Autoconsumo se abrió el 30 de julio de 2020 hasta el 18 de septiembre del 2020. Más información en <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/-el-miteco-abre-la-consulta-previa-para-la-elaboraci%C3%B3n-de-la-estrategia-nacional-de-autoconsumo/tcm:30-510885>

³³ La consulta previa para la elaboración de esta hoja de ruta se cerró el 5 de julio de 2020. Para más información se puede consultar en <https://energia.gob.es/es-es/Participacion/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=316>

³⁴ La consulta previa para la elaboración de esta hoja de ruta se cerró el 5 de julio de 2020. Para más información se puede consultar en <https://energia.gob.es/es-es/Participacion/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=315>

³⁵ Se puede consultar en <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/publicacion/18/11/Estrategia%20del%20Hidrogeno%20en%20Andalucia.pdf>

³⁶ Se puede consultar en https://www.gva.es/contenidos/publicados/multimedia/prensa/20201124/doc/201124_Propuesta_Estrategia_Valenciana_Recuperacion.pdf

³⁷ Se puede consultar en <http://icaen.gencat.cat/es/participacio/taula-de-lhidrogen/>

³⁸ Más información se puede consultar en <https://energia.jcyl.es/web/es/biblioteca/hidrogeno-pilas-combustible-castilla.html>

se ubica la sede del Centro Nacional del Hidrógeno desde 2007³⁹. La Comunidad de Aragón ha creado la *Fundación de Hidrógeno de Aragón* que es un centro de investigación de carácter privado y sin ánimo de lucro cuyo fin último es el de promover el empleo del hidrógeno como vector energético, con el apoyo de la industria aragonesa y entidades de diferentes sectores de actividad⁴⁰. Finalmente, Murcia, en noviembre de 2020, ha puesto en marcha la *Mesa del Hidrógeno Verde de la Región de Murcia*, con el objetivo de abordar la transición energética de la región⁴¹.

5. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL COMO SUJETO PROACTIVO EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

En este epígrafe queremos poner de manifiesto cómo los Entes Locales tienen una posición privilegiada para ser las Administraciones públicas que concreten el impulso del hidrógeno renovable. Es sin duda un reto basado en que disponen de la competencia para hacerlo y pueden igualmente optar a fondos económicos que les permitan ser la Administración ejemplarizante en relación al impulso del hidrógeno renovable.

Aunque existen un sinnúmero de documentos europeos, nacionales y autonómicos, como hemos citado y cuyo análisis excede del objeto de nuestro estudio, vamos a partir de la *Agenda Urbana Española 2019* para contextualizar el argumento de inicio de este epígrafe. La *Agenda Urbana Española 2019* aprobada por el Consejo de Ministros el 22 de febrero de 2019, se enmarca en el Plan de Acción de la Agenda 2030 aprobado en junio de 2018 por el Gobierno de España. Ésta es un documento programático, no normativo, que recoge el conjunto de estrategias y acciones que se deben llevar a cabo para hacer de nuestros municipios lugares más justos y adaptados al cambio climático. Entre los objetivos que incluye y en relación al tema que nos ocupa, el impulso al hidrógeno renovable, la Agenda prevé una serie de objetivos entre los que vamos a citar aquellos que podemos clasificar en objetivos directamente vinculados al ámbito energético⁴² y los objetivos vinculados al ámbito de la movilidad sostenible.

Respecto a los primeros, es un objetivo de los Entes Locales apoyar la transición energética y una de las claves es la generación distribuida y el autoconsumo de energía en el ámbito urbano, así como promover la eficiencia energética a través de planes, estrategias y otras medidas, entre ellas: maximizar la prestación de los servicios de calefacción, refrigeración o iluminación, con el mínimo consumo posible, llevar a cabo medidas de prevención y resiliencia que prevengan y reduzcan al máximo los riesgos energéticos (v. g., redes eléctricas que permiten el suministro alternativo, etc.); fomentar el uso de energías renovables térmicas, de manera especial en el parque edificatorio; fomentar el uso de la energía eléctrica en la medida en que permita contribuir a los objetivos de eficiencia energética y energías renovables; fomentar la generación distribuida de origen renovable, o generación *in situ*, es decir, contar con generación de energía por medio de variadas fuentes situadas en lugares lo más próximos posibles a las cargas; facilitar el autoconsumo en cubiertas municipales, mobiliario urbano, aparcamientos en superficie, etc., y la incentivación del autoconsumo en las cubiertas de edificios privados a través de medidas fiscales en el ámbito local (licencias de obra, IBI, etc.) y fomentar la contratación de servicios energéticos en los edificios públicos⁴³.

Entre los objetivos relativos al ámbito de la movilidad sostenible es un objetivo de los Entes Locales: potenciar modos de transporte sostenible a través de la elaboración y aprobación de planes de movilidad urbana sostenible; fomentar los sistemas de transporte público eficientes; impulsar y favorecer el uso de vehículos de energías alternativas e híbridos; implantar puntos de recarga de coches eléctricos⁴⁴.

No podemos olvidar que la excelencia del hidrógeno renovable reside en la posibilidad de producirlo en plantas locales, a partir de fuentes de energía renovables y en la posibilidad de almacenar esta energía para su uso posterior. Pero ¿qué competencias tienen los Entes locales para impulsar el hidrógeno renovable?

³⁹ Más información se puede consultar en <https://www.castillalamancha.es/actualidad/notasdeprensa/el-gobierno-regional-se-adhiere-al-cl%C3%BAster-del-hidr%C3%B3geno-de-castilla-la-mancha-y-da-un-paso-m%C3%A1s-en>

⁴⁰ Más información en <https://hidrogenoaragon.org/es/>

⁴¹ Más información en [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=109132&IDTIPO=10&RASTRO=c\\$m122,70&PORCANALRSS=1](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=109132&IDTIPO=10&RASTRO=c$m122,70&PORCANALRSS=1)

⁴² Sobre el papel de los Entes locales y la eficiencia energética consultar los siguientes estudios recientes: González (2021), Galán (2020c, pp. 233-254), Pérez (2020, pp. 433-439), Del Guayo (2013, pp. 287-300) y González (2015, pp. 201-228).

⁴³ Vid. *Agenda Urbana Española*, Ministerio de Fomento (2019, pp. 117-118).

⁴⁴ Vid. *Agenda Urbana Española*, Ministerio de Fomento (2019, pp. 126-127).

5.1. Competencias propias de los municipios para impulsar el hidrógeno renovable: prestación de servicios obligatorios relacionados con la movilidad sostenible, la iluminación exterior y el saneamiento de aguas residuales

No cabe duda que los Entes Locales tienen un fuerte protagonismo en la prestación de servicios públicos que pueden favorecer el impulso del hidrógeno renovable. No en vano, el artículo 25.2,b) contempla que ejercerá como competencias propias la materia de medio ambiente urbano, citando: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. También es competencia propia del municipio la movilidad y el transporte colectivo urbano, en virtud del artículo 25.2,g) de la LBRL Ello implica que se ejerce en régimen de autonomía y bajo la entera responsabilidad de la entidad local, y no admiten controles genéricos, sino específicos y de legalidad.

Estas competencias se atribuyen, fundamentalmente, por la legislación sectorial que dicta el Estado o las Comunidades Autónomas dentro de sus respectivos ámbitos de competencias determinados por el llamado bloque de constitucionalidad.

Por lo que se refiere a la legislación sectorial traigamos a colación, a modo de ejemplo, la recientemente aprobada Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (en adelante LCCTE), en cuyo artículo 1 impone a las Entidades Locales, junto con la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, la obligación de dar cumplimiento en el ámbito de sus respectivas competencias, al objetivo de esta ley, cooperando y colaborando para su consecución. El objetivo de la Ley es asegurar el cumplimiento, por parte de España, de los objetivos del Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española, su transición a un modelo circular, de modo que se garantice el uso racional y solidario de los recursos; y promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades. En cuanto a la movilidad sin emisiones y el transporte la ley en su artículo 14, impone a los Entes Locales que, en el marco de sus respectivas competencias, adopten medidas para alcanzar en el año 2050 un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO₂, de conformidad con lo establecido por la normativa comunitaria. A estos efectos el PNIEC fija para el año 2030 que se alcanzará un parque de vehículos matriculados con nulas o bajas emisiones directas de CO₂ de 5.000.000 (turismos, furgonetas, autobuses y motos)⁴⁵. Recordemos que la Hoja de Ruta del hidrógeno concreta en 2030 debe haber una flota de al menos 150-200 autobuses de pila de combustible de hidrógeno renovable repartidos por todo el territorio nacional, con especial participación en las flotas de autobuses urbanos de ciudades de más de 100.000 habitantes.

En este punto es interesante destacar que los entes locales son titulares de una flota operativa de vehículos y que en virtud de la Directiva 2009/3333/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes imponía a los Estados, en su artículo 5, la obligación de garantizar que, a partir del 4 de diciembre de 2010, todos los poderes adjudicadores, las entidades adjudicadoras y los operadores, a la hora de comprar vehículos de transporte por carretera, tuvieran en cuenta los impactos energéticos y medioambientales que provoquen su utilización durante la vida útil del vehículo. La ley de contratos del sector público, como veremos, obliga a los entes públicos a que introduzcan criterios medioambientales y cláusulas en los contratos públicos que, en el ámbito que estudiamos, pueden favorecer la penetración progresiva del vehículo eléctrico en el parque vehicular de los Ayuntamientos y de las flotas municipales de servicios públicos como transporte colectivo, recogida de basuras. No podemos olvidar que en los municipios existe una importante flota de taxis y que para poder fomentar el tránsito del taxi vehículo convencional al taxi vehículo eléctrico también sería necesario aprobar una ordenanza municipal de taxi o modificar las existentes para incorporar entre otras medidas de promoción: la exención o reducción de las tasas que gravan la concesión o transmisión de licencias de taxi; establecer medidas de discriminación positiva en los concursos públicos abiertos para la ampliación del número de licencias en un municipio o simplificar los trámites administrativos en la sustitución

⁴⁵ Vid. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020, pp. 140-143). La LCCTE impone también al Estado que se adopten las medidas necesarias, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea, para que los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos, excluidos los matriculados como vehículos históricos, no destinados a usos comerciales, reduzcan paulatinamente sus emisiones, de modo que no más tarde del año 2040 sean vehículos con emisiones de 0 g CO₂/km de conformidad con lo establecido por la normativa comunitaria.

de un vehículo convencional por un vehículo eléctrico. Traigamos a colación el ejemplo del Ayuntamiento de Madrid en el que la Federación Profesional del Taxi de Madrid ha lanzado un proyecto para el reemplazo progresivo, hasta el año 2026, de al menos 1.000 taxis tradicionales por vehículos alimentados por hidrógeno verde. En el proyecto participa Fotowatio Renewable Ventures (FRV), parte de Abdul Latif Jameel Energy, uno de los líderes mundiales de energías renovables, que será la encargada de desarrollar toda la infraestructura de producción de hidrógeno renovable, recarga de los vehículos y suministro del combustible de la mano de Madrileña Red de Gas. Para ello, el proyecto contempla la construcción de un electrolizador de al menos 10 MW alimentado por una planta solar fotovoltaica de 20 MW que, conforme ascienda la demanda de hidrógeno renovable para más vehículos, podrán elevar su capacidad de producción. Por su parte, Toyota España será la compañía proveedora de los vehículos con el modelo Toyota Mirai⁴⁶.

Orientado al objetivo de la transición energética, la LCCTE impone que antes de 2023 los municipios de más de 50.000 habitantes y los territorios insulares deben aprobar planes de movilidad urbana sostenible que introduzcan medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad incluyendo, entre otras medidas fomentar el uso de medios de transporte eléctricos privados, incluyendo puntos de recarga y el establecimiento de zonas de baja emisión, entendiendo por zona de baja emisión el ámbito delimitado por una Administración pública, en ejercicio de sus competencias, dentro de su territorio, de carácter continuo, y en el que se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, conforme a la clasificación de los vehículos por su nivel de emisiones de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Vehículos vigente. La obligación de aprobar estos planes de movilidad urbana será también aplicable a los municipios de más de 20.000 habitantes cuando se superen los valores límite de los contaminantes regulados en Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. Otra medida que podría plantearse en el Plan de Movilidad sostenible sería aprobación de Ordenanzas de movilidad o modificación de las existentes para prever la discriminación positiva a la circulación de vehículos eléctricos con pila de hidrógeno en carriles especiales o en aquellas zonas donde se haya restringido el tránsito de los vehículos privados convencionales.

Al respecto del marco normativo en el que debería incardinarse el Plan de Movilidad Sostenible, tenemos que señalar que la disposición final octava de la LCCTE establece que, con objeto de reforzar y complementar el cumplimiento de las medidas de promoción de la movilidad sin emisiones, el Gobierno presentará a las Cortes Generales un proyecto de ley de movilidad sostenible y financiación del transporte. La inclusión de esta previsión en la Ley podemos valorarla positivamente pero, es necesario señalar que, aun así, llega tarde porque ya hay Comunidades Autónomas que tienen aprobada su normativa autonómica sobre movilidad e igualmente hay numerosos Ayuntamientos que han aprobado sus propias ordenanzas de movilidad, muy extensas en la mayoría de los casos, y todas estas normas se han aprobado con la ausencia de una normativa básica al respecto y que en caso de contradicción con la futura norma de movilidad estatal deberán ser reformadas.

No puede haber impulso a la movilidad sostenible sin infraestructuras de repostaje de vehículos limpios. Es por ello que la LCCTE regula las instalaciones de puntos de recarga en su artículo 15. Por un lado, prevé el derecho del público a disponer de la información de los puntos de recarga eléctrica para vehículos de acceso público, un año después de la entrada en vigor de la ley. Esta información se facilitará a través del Punto de Acceso Nacional de información de tráfico en tiempo real que está gestionado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico. Como contrapartida se impone la obligación a los prestadores del servicio de recarga eléctrica de remitir por medios electrónicos al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico información actualizada de la localización, características, y disponibilidad de dichas instalaciones, así como del precio de venta al público de la electricidad o del servicio de recarga.

Por otro lado, a los titulares de las instalaciones de suministro de combustibles y carburantes se les impone también obligaciones en función del volumen anual agregado de ventas de gasolina y gasóleo A. De este modo, aquellos cuyo volumen anual agregado de ventas de gasolina y gasóleo A en 2019 sea superior o igual a 10 millones de litros instalarán, deberán por cada una de estas instalaciones, disponer de al menos una infraestructura de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 150 kW en corriente continua, que deberá prestar servicio en un plazo de veintinueve meses a partir de la entrada en vigor de la ley. Aquellos cuyo volumen anual agregado de ventas de gasolina y gasóleo A en 2019 sea superior o igual a 5 millones de litros y menor a 10 millones de litros, instalarán, por cada una de estas instalaciones, al menos una infraestructura

⁴⁶ Vid. <https://portalmovilidad.com/madrid-marca-el-camino-con-1000-taxis-a-hidrogeno-verde-abastecidos-por-frv/>

de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW en corriente continua, que deberá prestar servicio en un plazo de veintisiete meses a partir de la entrada en vigor de la ley.

La ley también prevé el caso de que en una provincia, Ciudad Autónoma o isla no exista ninguna instalación de suministro de combustibles y carburantes a vehículos cuyo volumen anual agregado de ventas de gasolina y gasóleo A en 2019 sea superior o igual a 5 millones de litros. En este caso quienes ostenten la titularidad de las instalaciones que, ordenadas de mayor a menor volumen de ventas anuales agregadas de gasolina y gasóleo, conjunta o individualmente alcancen al menos el 10 % de las ventas anuales totales en las citadas áreas geográficas en el año 2019 deben instalar, por cada una de estas instalaciones, al menos una infraestructura de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW en corriente continua, que deberá prestar servicio en un plazo de 27 meses a partir de la entrada en vigor de la ley.

A partir de 2021, quienes ostenten la titularidad de las instalaciones nuevas de suministro de combustible y carburantes a vehículos o que acometan una reforma en su instalación que requiera una revisión del título administrativo, independientemente del volumen anual agregado de ventas de gasolina y gasóleo de la instalación, deben instalar al menos una infraestructura de recarga eléctrica de potencia igual o superior a 50 kW en corriente continua, que deberá prestar servicio desde la puesta en funcionamiento de la instalación o finalización de la reforma de la misma que requiera una revisión del título administrativo.

Es interesante preguntarnos si este artículo se está refiriendo a los puntos de recarga de los vehículos eléctricos con pila de hidrógeno. A nuestro modo de ver no. Recordemos que el repostaje de un vehículo eléctrico con pila de hidrógeno se realiza en una hidrogenera que es el nombre que reciben las estaciones de repostaje de hidrógeno renovable. Esta infraestructura de repostaje sirve no sólo para turismos, autobuses o camiones que circulen por la vía pública, sino que también es necesaria para flotas cautivas como las carretillas elevadoras, trenes u otro tipo de vehículos especiales. El Marco de Acción Nacional de Energías Alternativas en el Transporte aprobado por el Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, incluyó como objetivo alcanzar 20 hidrogeneras en 2020⁴⁷. A pesar de esto, este plan no detalla los esfuerzos ni las medidas necesarias para cumplir este hito y quizá por ello, en 2018 tan sólo existían 5 hidrogeneras operando en España y además todas ellas en el marco de proyectos demostrativos financiados parcialmente por la UE y ninguna de ellas abiertas al público. Ha habido que esperar a 2021 para que se abra al público la primera hidrogenera en Madrid (se encuentra en la EESS San Antonio, a la altura del 34 de la Avenida de Manoteras). Se trata de una hidrogenera a 700 bares de presión (las 5 de uso privado eran de 350 bares). Esta hidrogenera se ha hecho posible a través de un proyecto conjunto de varias empresas: Enagás (vía Scale Gas), Toyota España, Urbaser, Carburos Metálicos, Sumitomo Corporation España y la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES)⁴⁸. Es interesante traer en este punto el dato de que el PNIEC es consciente de la apenas apreciable incorporación de vehículos de pila de hidrógeno al parque móvil español (en 2020 se matricularon tan sólo 7 vehículos con pila de hidrógeno en toda España)⁴⁹, esto es debido a que no existe la paridad de precio entre vehículos eléctricos con pila de hidrógeno y vehículos de combustión. Según estimaciones de los fabricantes, esta paridad se podrá alcanzar hacia el año 2025, debido al descenso esperado en el precio de las baterías. Es interesante señalar que los dos coches actuales a la venta con pilas de hidrógeno son el Toyota Mirai con un precio desde 69.000 euros y el Hyundai Nexu con un precio desde 72.850 euros⁵⁰. Como medida de fomento traigamos a colación que el Real Decreto 569/2020, de 16 de junio, por el que se regula el programa de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible (Programa MOVES II) prevé la concesión de ayudas para la renovación del parque móvil y entre los modelos de vehículos susceptibles de ser incentivados, que deben figurar en la Base de Vehículos del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDAE), se encuentran los dos modelos de coche antes mencionados⁵¹.

Volviendo a las infraestructuras de las hidrogeneras y su régimen jurídico, hay que destacar que el principal escollo al que se enfrenta un potencial operador de hidrogeneras es que, en España, todavía no se ha desarrollado legislación relativa a su diseño, permisos, construcción y operación, a diferencia de lo que

⁴⁷ Vid. Entrena (2020).

⁴⁸ <https://www.motor.es/noticias/abre-en-espana-la-primera-hidrogenera-de-alta-presion-esta-vez-abierta-al-publico-202174893.html>

⁴⁹ <https://www.motor.es/noticias/ventas-coches-hidrogeno-2020-diciembre-202174192.html>

⁵⁰ <https://www.toyota.es/world-of-toyota/articles-news-events/new-toyota-mirai> y <https://www.hyundai.com/es/modelos/nexo.html>

⁵¹ Esta base de datos se puede consultar en: <http://coches.idae.es/base-datos/vehiculos-elegibles-programa-MOVES>

ocurre con otras infraestructuras asociadas a los combustibles alternativos como el gas natural comprimido (GNC) o el gas licuado del Petróleo (GLP). En ausencia de un marco jurídico propio para las hidrogeneras, las Administraciones competentes tratan una potencial hidrogenera como un conjunto de instalaciones independientes para la producción de hidrógeno. El resultado de todo ello es un complejo procedimiento para obtener los permisos requeridos con requisitos desproporcionadamente restrictivos en materia ambiental y de seguridad. Una legislación específica de hidrogeneras tiene que tener en cuenta que las diferencias en los distintos tipos de producción de hidrógeno (electrolisis o reformado) así como sus diferentes aplicaciones y por tanto exigir adecuadas y proporcionadas evaluaciones de impacto ambiental.

En este marco legal desajustado una de las grandes posibilidades del hidrógeno renovable que es su producción *in situ* y que permitiría que las estaciones de repostaje de hidrógeno renovable lo produjeran *in situ* se hace realmente difícil en la práctica, pues existen barreras para su construcción, ya que conforme a los criterios de evaluación ambiental, las hidrogeneras con producción *in situ* son directamente consideradas como una industria química para la producción de gas inorgánico, sin importar el método de producción, la cantidad diaria y la capacidad de almacenamiento. Esta consideración restringe este tipo de infraestructura a ser construidas en suelo calificado como industrial, limitando así su implementación en otras ubicaciones como son las estaciones de servicio ya existentes. Es por ello una necesidad que el legislador revise estas situaciones, pues un electrolizador tiene más similitudes con un equipo eléctrico como puede ser un transformador que con una industria petroquímica al no tener asociadas emisiones contaminantes. Por esta razón, los estudios de impacto ambiental necesarios deben diferenciar entre producción de hidrógeno para usos industriales y para usos como vector energético a partir de la electrólisis.

En este punto es necesario señalar que el Ministerio de Industria, comercio y Turismo, formó un subgrupo de trabajo sobre tecnologías del hidrógeno y como resultado de sus trabajos en noviembre de 2019 elaboró un informe sobre la reglamentación actual y necesidades de desarrollo legislativo. En relación a las estaciones de servicio de hidrógeno renovable informaba que estaba en tramitación una modificación del Real Decreto 919/2006 que aprueba el reglamento sobre instalaciones de combustibles gaseosos en la que se amplía el ámbito de aplicación del mismo también al hidrógeno en fase gaseosa y también se estaba modificando la Instrucción Técnica Complementaria ITC-ICG 05 sobre estaciones de servicio para vehículos a gas, perteneciente al citado reglamento, con el fin de incluir el hidrógeno en fase gas para su utilización como carburante para vehículos a motor, de modo que exista una regulación básica de este tipo de estaciones de servicio que simplifique lo existente. Pues bien, estas modificaciones ya se han efectuado a través del Real Decreto 542/2020, de 26 de mayo, por el que se modifican y derogan diferentes disposiciones en materia de calidad y seguridad industrial.

Otra dificultad a tener en cuenta se refiere al almacenamiento y la distribución de hidrógeno renovable, pues, estas actividades deben cumplir muchas reglamentaciones al ser catalogado como peligroso y debe ser controlado permanentemente por autoridades reguladoras. Por ello se hace necesario normalizar entre otras cuestiones la infraestructura de almacenaje y distribución para las estaciones de servicio. El trabajo de estandarización en tecnologías del hidrógeno se lleva fundamentalmente a cabo a nivel internacional y en ella participa la Organización Internacional de Estandarización (ISO) que pueden ser asumidos, y de hecho lo son, como estándares europeos.

Respecto a las especificaciones técnicas, actualmente se aplican a las hidrogeneras: la Norma ISO/TS 20100 relativa al suministro de hidrógeno gaseoso; la Norma ISO 14687-2 relativa al grado de pureza que debe cumplir el hidrógeno y la Norma EN ISO 17268 relativa a los dispositivos de conexión para el suministro de hidrógeno gaseoso a vehículos de motor. Sin embargo, la Comisión Europea, avanzando un paso más hacia el impulso del hidrógeno, ha publicado un nuevo reglamento derivado de la directiva de combustibles alternativos ((UE) 2019/1745 de 13 de agosto de 2019), en el que se sustituyen algunas de las normas técnicas mencionadas. En concreto, la Norma EN 17127 relativa a puntos de recarga de hidrógeno al aire libre, en sustitución de la ISO/TS 20100, y que se complementarían con la ISO/TS 19880-1 sobre estaciones de servicio de hidrógeno gaseoso y la Norma EN 17124 relativa a especificación de producto y aseguramiento de la calidad, en sustitución de la ISO 14687-2. Estas nuevas normas serán de aplicación a partir del 12 de noviembre de 2021, siendo de aplicación a fecha de hoy las normas mencionadas en primer lugar.

Esperemos que estas reformas normativas, y las normas que deben aprobarse, sean las necesarias para la consecución de los objetivos que España se marca en la *Hoja de Ruta para el hidrógeno* según la cual se fija una red de al menos 100-150 hidrogeneras de acceso público en 2030 para el repostaje de los vehículos, situadas en lugares fácilmente accesibles y repartidas por todo el territorio con una distancia máxima de 250 km entre cada una de las hidrogeneras y la hidrogenera que tenga más próxima. En este sentido

son positivas las noticias como la publicada en febrero de este año en la que se anunciaba que la energética Naturgy ha presentado al Ministerio de Transición Ecológica, al de Industria y al de Ciencia un proyecto para la construcción de 38 hidrogeneras repartidas por España, teniendo 20 producción de hidrógeno renovable in situ en la instalación por medio de un electrolizador o una planta externa mientras las otras 18 serían sin producción *in situ*. Además se publicaba que estarían disponibles para el uso público en 2023 o 2024⁵².

Volviendo al artículo 15 de la LCCTE y como cláusula de cierre en relación a las infraestructuras de recarga de los vehículos eléctricos, éste fija en su apartado 10 que el Código Técnico de la Edificación establecerá las obligaciones relativas a la instalación de puntos de recarga de vehículo eléctrico en edificios de nueva construcción y en intervenciones en edificios existentes. Además, impone que antes del 1 de enero de 2023, todos los edificios de uso distinto al residencial privado que cuenten con una zona de uso aparcamiento con más de veinte plazas, ya sea en el interior o en un espacio exterior adscrito, deberán cumplir la exigencia relativa a las dotaciones mínimas para la infraestructura de recarga de vehículos eléctricos que establezca el Código Técnico de la Edificación. Reglamentariamente se regularán las obligaciones relativas a la instalación de puntos de recarga de vehículo eléctrico en aparcamientos no integrados en edificaciones.

Tan solo dos apuntes sobre otros servicios municipales que pueden favorecer el impulso del hidrógeno renovable. Los municipios deben prestar en todo caso el alumbrado público y el tratamiento de aguas residuales. Respecto al alumbrado público, esta competencia se encuentra reconocida en el artículo 26.1.a) para todos los municipios y en el apartado 2.f) para el caso de los municipios inferiores a 20.000 habitantes se concreta que a Diputación provincial o entidad equivalente coordinará su prestación. La eficiencia y el ahorro energético en el alumbrado exterior es un objetivo que se ha reglamentado en el Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus Instrucciones técnicas complementarias EA-01 a EA-07. Este Reglamento de carácter básico, establece las condiciones técnicas de diseño, ejecución y mantenimiento que deben reunir las instalaciones de alumbrado exterior para mejorar la eficiencia y el ahorro energético, disminuyendo el consumo de energía y por ende las emisiones de gases de efecto invernadero. Los entes locales han hecho un esfuerzo en la sustitución de sus lámparas convencionales a lámparas led, el siguiente paso podría ser utilizar un sistema que integrara la producción, almacenamiento y usos de las tecnologías del hidrógeno renovable para la iluminación. De esta forma se emplearía el excedente de energía eléctrica generado por paneles solares para la producción de hidrógeno mediante el proceso de electrólisis del agua, el gas se almacenaría para que cuando no haya sol, pueda ser utilizado para alimentar una celda de combustible y generar electricidad para aplicaciones de iluminación. En este sentido podríamos interpretar la previsión de la medida 2.9. prevista en el PNIEC relativa a la eficiencia energética en infraestructuras públicas en la que se prevé, entre otras, actuaciones de mejora de la eficiencia energética en infraestructuras de titularidad pública, principalmente, en las instalaciones de alumbrado público exterior para dar cumplimiento al objetivo de incrementar los niveles mínimos de eficiencia energética para los puntos de luz previsto en Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, antes mencionado⁵³.

Otra competencia que tienen las Entidades locales es el tratamiento de aguas residuales, atribuida en el artículo 26.1,a) para todos los municipios y concretando el apartado 2, a) que aquellos de tengan una población inferior a 20.000 habitantes, la Diputación provincial o entidad equivalente coordinará la prestación. En particular, entre las actuaciones que realizan los municipios en materia de saneamiento destacamos: la elaboración de los proyectos de obras de las estaciones depuradoras de aguas residuales (en adelante EDARs); la ejecución de los proyectos de obras de las EDARs, financiando estos proyectos con cargo a sus fondos, así como su gestión que puede realizarse de forma conjunta con otros municipios. Es necesario aclarar que la titularidad municipal del servicio no implica que la gestión de las EDARs deba ser llevada a cabo por los Ayuntamientos directamente, pudiendo encomendarse estas competencias al sector privado y crear mancomunidades o consorcios que optimicen la prestación del servicio saneamiento. En este sentido, el artículo 44 de la LBRL reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Estas mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios. A este respecto, el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas establece, en relación con las comunidades de usua-

⁵² <https://www.lavanguardia.com/vida/20210209/6234172/naturgy-presenta-gobierno-proyecto-construir-38-hidrogeneras.html>

⁵³ Vid. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020, pp. 152 y 153).

rios de vertidos, que las entidades públicas, corporaciones o particulares que tengan necesidad de verter agua o productos residuales, podrán constituirse en comunidad para llevar a cabo el estudio, construcción, explotaciones y mejora de colectores, estaciones depuradoras y elementos comunes que les permitan efectuar el vertido en el lugar más idóneo y en las mejores condiciones técnicas y económicas, considerando la necesaria protección del entorno natural. ¿Qué tiene que ver esto con el impulso del hidrógeno renovable? Es interesante señalar que investigadores de la Universidad de Barcelona, entre otras Universidades, han obtenido energía eléctrica e hidrógeno renovable de manera eficiente a partir del proceso de depuración de aguas residuales⁵⁴. Éste sería un paso más hacia la transición a una economía circular, pues las aguas residuales son recursos que normalmente se desperdiciarían. Fabricar hidrógeno renovable a partir de materiales de desecho permite reutilizar el recurso hídrico y producir un combustible limpio a partir del biogás, al tiempo que se previenen las emisiones de gases de efecto invernadero⁵⁵. Estas investigaciones abrirían la puerta a que estas infraestructuras públicas pudieran ser productoras de hidrógeno renovable para consumo propio o de terceros, pero ¿jurídicamente sería esto posible? Una primera respuesta la encontramos en el PNIEC en cuya medida 2.9. relativa a la eficiencia energética en infraestructuras públicas no solo se refiere a las instalaciones de alumbrado exterior, sino que adicionalmente, tiene por objetivo la mejora de la eficiencia energética de las instalaciones, entre otras, de depuración de aguas mediante la reforma de las instalaciones existentes y la introducción de criterios de eficiencia y bajo consumo energético en los pliegos de los concursos referentes a proyectos de potabilización.

5.2. La responsabilidad proactiva de la Administración local: autoconsumo, contratación verde y constitución de comunidades energéticas locales

La *Estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra* se inspira en la directriz de democratización de la energía, que exige que Administraciones públicas, empresas y ciudadanos desempeñen un papel importante en la aplicación de una transición energética justa, exitosa, participativa e integradora; subraya, por tanto, la importancia de que todas las partes interesadas compartan los costes y los beneficios de un sistema integrado⁵⁶. Esta democratización se deja sentir en la configuración de distintos conceptos, como «valles de hidrógeno» o «comunidades energéticas locales». Respecto a los primeros, la estrategia europea establece que se deben desarrollar agrupaciones de hidrógeno locales, como zonas remotas o islas, o ecosistemas regionales, denominadas «valles de hidrógeno», dependientes de la producción local de hidrógeno basado en la producción descentralizada de energía renovable y la demanda local, transportado a distancias cortas⁵⁷. En tales casos, una infraestructura de hidrógeno específica puede utilizar hidrógeno no solo para aplicaciones industriales, de transporte, del equilibrio de la electricidad, sino también para el suministro de calefacción para edificios públicos, residenciales y comerciales. En este contexto ¿qué papel pueden adoptar los Entes Locales?

Pues bien, es este contexto, la responsabilidad proactiva de la Administración local se orienta a tres tipos de actuaciones: en primer lugar, el incremento del autoconsumo de energía renovables, el incremento de una contratación verde y en tercer la iniciativa de constituir comunidades energéticas locales.

A) Incremento del autoconsumo de energías renovables de la Administración local y la posibilidad de producir hidrógeno renovable

Para que la Administración local pueda impulsar el hidrógeno renovable, es imprescindible que se incremente la producción y el autoconsumo de energías renovables. El artículo 9 de la Ley 24/2013, de 26 de

⁵⁴ Las aguas residuales contienen una gran cantidad de energía química almacenada en la materia orgánica contaminante. Para intentar aprovechar esta energía, investigadores de diferentes laboratorios de todo el mundo buscan cómo recuperarla, por ejemplo, en forma de hidrógeno, un proceso que eliminaría eficientemente la materia orgánica de las aguas residuales y permitiría no sólo la reducción del consumo energético del proceso de depuración sino, incluso, la obtención de energía a partir de este residuo. La clave para lograrlo son las llamadas celdas microbianas de electrólisis. Se trata de la utilización de unas bacterias muy especiales, las bacterias exoelectrógenas, que son capaces de oxidar la materia orgánica y generar corriente eléctrica permitiendo producir hidrógeno. En estas celdas basta con añadir un poco de energía en forma de voltaje, mucha menos de la necesaria para hacer la electrólisis del agua, que se recupera con creces en forma de hidrógeno, consiguiendo generación neta de energía. *Vid.* Blázquez *et al.* (2016).

⁵⁵ Patel *et al.* (2020).

⁵⁶ *Vid.* Ariño *et al.* (2020).

⁵⁷ *Vid.* Comisión Europea (2020, p. 9).

diciembre, del Sector Eléctrico entiende por autoconsumo, el consumo por parte de uno o varios consumidores de energía eléctrica proveniente de instalaciones de producción próximas a las de consumo y asociadas a los mismos. La Ley diferencia dos modalidades de autoconsumo: el suministro con autoconsumo sin excedentes cuando los dispositivos físicos instalados impidan la inyección alguna de energía excedentaria a la red de transporte o distribución (en este caso existirá sólo el sujeto consumidor) y el suministro con autoconsumo con excedentes, cuando las instalaciones de generación puedan, además de suministrar energía para autoconsumo, inyectar energía excedentaria en las redes de transporte y distribución (en estos casos existirán dos tipos de sujetos: el sujeto consumidor y el productor)⁵⁸.

Las entidades locales cuentan con numerosos edificios de usos muy variados y estos edificios, especialmente los de nueva construcción, que deberían ser edificios de consumo casi nulo (recordemos la obligación del artículo 9.1, b) de la Directiva 2010/31/UE el Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios que obligaba a que a partir del 31 de diciembre de 2018 todos los edificios de titularidad pública de nueva construcción deberían ser de consumo casi nulo)⁵⁹. Entre los emplazamientos (edificios de servicios y dependencias locales) más adecuados para la producción de energía renovable y autoconsumo podemos destacar los siguientes. En primer lugar, los colegios que, al tener un uso general por las mañanas hasta el mediodía, de lunes a viernes en otoño, invierno y primavera y dado que hay días sin uso, como los fines de semana, y horas al día de producción de energía no coincidente con el uso, como las tardes, parece aconsejables las instalaciones en la modalidad de autoconsumo con excedentes para que éstos puedan ser compensados. En segundo lugar, los edificios de servicios públicos (ayuntamiento y oficinas...) con la misma modalidad que los colegios. En tercer lugar, los polideportivos, pabellones cubiertos y piscinas climatizadas que suelen tener además de consumos eléctricos, demanda de energía térmica (agua caliente) por ejemplo para duchas. En cuarto lugar, las instalaciones de los servicios fundamentales y de urgencias (policía local, ambulatorio...) que tienen un consumo general de 24 horas al día, todos los días del año y por ello se hace recomendable no sólo tener instalaciones de autoconsumo sino también de almacenamiento. En quinto lugar, los edificios asignados a centros de transporte que sirven como parques de estacionamiento de autobuses urbanos. En estos casos, el montaje de una instalación renovable de autoconsumo, complementado con un electrolizador que produjera hidrógeno y permitiera la recarga de vehículos eléctricos, supondría un beneficio doble para el municipio, pues además de la producción de electricidad limpia para su autoconsumo se proporciona la habilitación de una flota de vehículos eléctricos para los servicios de transporte público. En sexto lugar, en las infraestructuras de titularidad local en los que se realiza el acopio de residuos sólidos urbanos y residuos de gestión del paisaje, podas y jardinería, o la depuración de aguas residuales, como hemos visto. Si éstas fueran de gestión local, sería conveniente analizar la viabilidad de instalaciones de energía renovables e instalaciones para producir hidrógeno renovable, bien para aprovechamiento térmico como para cogeneración (aprovechamiento térmico y eléctrico). El equipamiento de este tipo de centros no supone un excesivo consumo eléctrico, puesto que las actividades involucradas no suelen ir más allá del movimiento y almacenaje de materiales, de esta manera la generación eléctrica anual podría superar a la demanda, por ello la modalidad de autoconsumo con excedentes y venta de la energía eléctrica excedentaria podría ser el adecuado⁶⁰. O bien podría el Ente Local elegir producir hidrógeno renovable para después consumirlo.

Pues bien, para que los entes locales puedan ver incrementada su capacidad de autoconsumo y puedan generar hidrógeno renovable, puesto que producido el hidrógeno por medio de electrólisis y antes de ser consumido por una pila de combustible para obtener de nuevo electricidad, es necesaria una etapa de almacenamiento intermedio para que este proceso tenga lugar; y teniendo también en cuenta que el artículo 6 de la LSE contempla la figura de titular de instalaciones de almacenamiento como la persona jurídica que posee instalaciones en las que se difiere el uso final de electricidad a un momento posterior a cuando fue generada, o que realizan la conversión de energía eléctrica en una forma de energía que se pueda almacenar para la subsiguiente reconversión de dicha energía en energía eléctrica, tendríamos que salvar un obstáculo: que estas instalaciones públicas se encuentran situadas en suelo urbano y que el hidrógeno es considerado desde un punto de vista legal y administrativo como un producto químico inflamable y peligroso en casi toda la Unión Europea que por tanto, como cualquier otro gas inflamable considerado en la reglamentación

⁵⁸ Sobre el régimen jurídico del autoconsumo consultar los siguientes estudios: Leiva (2018, pp. 117-155), Leiva (2019, pp. 291-334), Galán (2018b, pp. 215-240), Del Guayo *et al.* (2016, pp. 103-142) y González (2014, pp. 1623-1649).

⁵⁹ *Vid.* García (2016, pp. 263-261) y González (2019, pp. 17-53).

⁶⁰ *Vid.* Agencia Andaluza de la Energía (2020).

aplicable de seguridad industrial en materia de almacenamiento de productos químicos, el lugar de almacenamiento debe estar ligado a unas condiciones y distancias de seguridad donde los depósitos son situados.

Es por ello que se hace necesario definir correctamente el significado de uso energético del hidrógeno renovable. Con el aumento de la utilización del hidrógeno renovable en diferentes aplicaciones comerciales y su consumo a partir de pilas de combustible, el almacenamiento de hidrógeno renovable debería estar permitido, con carácter general, en los lugares donde se produzca la demanda, incluyendo áreas residenciales. Sería necesario distinguir el uso industrial del hidrógeno del uso energético. El almacenamiento masivo de hidrógeno y sus aplicaciones deben seguir complejos procedimientos administrativos para obtener los permisos necesarios para su instalación y operación. Sin embargo, sus aplicaciones a pequeña escala como el autoconsumo energético con hidrógeno renovable o las estaciones de repostaje de hidrógeno renovable para pequeñas flotas, tendrían que estar asociadas únicamente a procedimientos simplificados para legalizar su instalación. Es necesario establecer un límite claro que distinga entre las aplicaciones a gran escala o industriales y las de pequeña escala para uso comercial o doméstico. Hay que adaptar la regulación y los trámites administrativos nacionales y locales para garantizar que el almacenamiento de hidrógeno renovable, en las cantidades en las que se requiera, se sitúe en las mismas zonas donde se encuentre o se puede ubicar la aplicación en la que se consume el hidrógeno renovable.

Salvados estos inconvenientes con las reformas legales oportunas, además del autoconsumo propio, Administraciones locales pueden fomentar el uso doméstico del hidrógeno renovable particular, a través de las bonificaciones fiscales que crea más convenientes dentro del marco del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales. Estas bonificaciones deberían estar previstas en las ordenanzas fiscales. Así, por ejemplo, pueden incluir bonificaciones en el impuesto de bienes inmuebles, el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) y el impuesto de actividades económicas (IAE).

Igualmente, los Ayuntamientos pueden facilitar y agilizar los trámites administrativos necesarios para futura legalización de estas instalaciones. Por regla general, los ayuntamientos disponen de ordenanzas municipales en lo que se refiere a criterios urbanísticos para la protección de barrios o edificios antiguos, o de impacto visual de las edificaciones, destinadas a evitar la desfiguración de la perspectiva del paisaje o perjuicios a la armonía paisajística o arquitectónica, así como para la preservación y protección de los edificios, conjuntos, entornos y paisajes incluidos en catálogos o planes urbanísticos de protección del patrimonio. Estas normativas, a veces, pueden ser demasiado restrictivas, pues muchas de ellas fueron redactadas en épocas en las que las energías renovables apenas tenían penetración en la sociedad y se desconocían las posibilidades que presentan de localización en zonas no visibles de los edificios.

B) El impulso de la contratación pública ecológica

La contratación pública representa una gran proporción del consumo. Por tanto, desempeñar un papel en la consecución de objetivos de la economía circular y de los objetivos del paquete de energía y clima. Por ello la Comisión Europea quiere fomentar este papel a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica, elaborando unos criterios a escala de la UE que posteriormente serán utilizados de forma voluntaria por las autoridades públicas. En primer lugar, la Comisión quiere asegurar que en el futuro se haga especial hincapié en aspectos pertinentes de la economía circular, como la durabilidad y la reparabilidad, al establecer o revisar los criterios de contratación. En segundo lugar, quiere apoyar un mayor uso de estos criterios por parte de las autoridades públicas, y reflexionar sobre el modo en que puede recurrirse a la contratación pública ecológica de modo más generalizado en toda la UE, en particular, en relación con los productos o los contratos muy pertinentes para la economía circular. Por último y a modo ejemplarizante, la Comisión quiere dar ejemplo, asegurándose de que la contratación pública ecológica se utiliza de la forma más amplia posible en su propia contratación, y reforzando el uso de la contratación pública ecológica en la financiación de la UE⁶¹ En este sentido se ha aprobado la Directiva (UE) 2019/1161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, que obligará a los poderes adjudicatarios de las administraciones públicas a disponer de un número mínimo de vehículos limpios en sus flotas.

⁶¹ Vid. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2015).

Por su parte, la legislación española cuenta con un marco normativo que fomenta el uso de criterios de ahorro y eficiencia energética en los procedimientos de contratación de bienes, servicios y edificios por parte de las Administraciones Públicas⁶². Nos referimos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. En el ámbito de la Administración General del Estado, es necesario traer a colación la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025). Entre los objetivos podemos destacar: la adquisición por parte de la Administración pública de bienes, obras y servicios con el menor impacto medioambiental posible y la incorporación de cláusulas medioambientales en la contratación pública. El plan contempla que, de acuerdo con las competencias de la Administración General del Estado y con los criterios de contratación pública ecológica fijados por la Comisión Europea se consideran bienes, obras y servicios prioritarios, entre otros: la iluminación interior de edificios; el alumbrado público exterior y semáforos; los calefactores a base de agua; el diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas; a electricidad; sistemas combinados de calor y electricidad; Sistemas de climatización y transporte. Ámbitos todos ellos en lo que la tecnología del hidrógeno renovable puede desplegar sus usos. Como ejemplo entre las principales especificaciones técnicas y/o criterios de adjudicación que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación en el ámbito de los transportes el Plan prevé dar preferencia de adquisición, alquiler, *renting* u otras formas de uso de vehículos clasificados en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico como «Cero Emisiones» o alternativamente «ECO» en aquellos casos en que no haya una alternativa «Cero emisiones» para la tipología de vehículo requerido y los usos a los que vaya a ser destinado, así como la inclusión de puntos de recarga para vehículos que utilicen energías alternativas (electricidad, gas natural, ...) en nuevas edificaciones y edificaciones existentes.

Una concreción de este impulso a la contratación pública ecológica la encontramos en la reciente LCCTE, en cuyo artículo 31 se prevé que de conformidad con la legislación de contratos LCSP en toda la contratación pública se deben incorporar de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato. Estos criterios deberán ser respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Para ello, la contratación de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal deben incorporar, de conformidad con el artículo 126.4 de la LCSP, como prescripciones técnicas particulares en los pliegos de contratación, criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. Para facilitar su práctica la Ley impone al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y al Ministerio de Hacienda, que, en el plazo de un año de su entrada en vigor, elaboren un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático y en el que se identificarán tales criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono. En todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, los órganos de contratación deben tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental. Además de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.2 de la LCSP en las licitaciones de redacción de proyectos, de contratos de obra o concesión de obra se deben incluir entre los criterios de adjudicación: requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten; ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones; medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas. Igualmente, en los contratos de arrendamiento en vigor de inmuebles, en los que la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal sean la parte arrendataria, que no tengan la consideración de edificación con consumo

⁶² En relación a las cláusulas ambientales en la contratación del sector público, consultar los siguientes estudios recientes: Galán (2018a), Galán (2020a, pp. 269-313), Miranzo (2017, pp. 383-404), Fernández (2017, pp. 77-126), Sarasibar (2017, pp. 129-144), Razquin (2017, pp. 147-178) y López (2017, pp. 411-423).

de energía casi nulo conforme a la versión vigente a 31 de diciembre de 2020 del Código Técnico de Edificación, no podrán prorrogarse más allá de 2030, exceptuándose los contratos de arrendamientos sobre inmuebles radicados en el extranjero, que estarán regulados por la normativa de edificación y medioambiental vigente en el país en que se hallen situados.

No está demás resaltar en este momento que el PNIEC prevé distintas medidas que inciden en la política de la contratación ecológica. Así la Medida 2.11 relativa a la promoción de los servicios energéticos⁶³. Recordemos que la figura de la empresa de servicios energéticos quedó incorporada al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Desde entonces, España ha aprobado planes y programas con el objetivo principal de promover la contratación de servicios energéticos por parte del sector público, como parte de la función de responsabilidad proactiva hacia el bien común que le corresponde. La reciente publicación de la guía de Eurostat sobre el tratamiento contable de los contratos de rendimiento energético (EPC o Energy Performance Contracts) ha permitido eliminar una de las barreras principales que dificultaban a las Administraciones Públicas la realización de inversiones para la rehabilitación energética de sus edificios (entre otras mejoras de la eficiencia energética posibles) en un escenario caracterizado por la necesidad de mantener el control del déficit público. El PNIEC considera a las empresas de servicios energéticos parte del nuevo tejido empresarial necesario para la consecución de los objetivos de mejora de la eficiencia energética propuestos a 2030. De acuerdo con este principio, las diferentes Administraciones territoriales, a través de las agencias de energía, –ya sea el IDAE, como agencia de ámbito nacional, u otras de ámbito autonómico y local, deben promover nuevos modelos de contrato adaptados a las recomendaciones de Eurostat y conformes con la LCSP⁶⁴–. Otra de las medidas que se prevé en el PNIEC es la contratación de energías renovables (Medida 1.16) estableciendo que el conjunto de las Administraciones territoriales debe asumir una responsabilidad proactiva en materia de promoción de la eficiencia energética, liderando el proceso de transición energética hacia una economía descarbonizada en el año 2050. Recordemos que el Acuerdo Marco 23/2017 formalizado el 31 de julio de 2018 relativo al suministro de energía eléctrica en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, y otras adheridas, establece que el suministro de energía eléctrica tendrá un 50 % de garantía de origen, salvo que en las prescripciones adicionales el organismo interesado haya establecido un porcentaje mayor. Por su parte, el Plan de Contratación Pública Ecológica y de la Administración General del Estado, antes mencionado fija el objetivo de contratación de energía eléctrica con origen 100 % renovable en el año 2025, para todo el consumo eléctrico de los edificios y servicios de la Administración General del Estado. El PNIEC es consciente de que para progresar más en la senda de descarbonización, es necesario promocionar similares objetivos en el resto de las Administraciones públicas, tanto autonómicas como locales, mediante la difusión de información, modelos de pliegos y licitaciones y manuales de buenas prácticas. Para ello, uno de los mecanismos que se concretan es el diseño e implementación de nuevos acuerdos marco de compra de energía 100 % renovable, así como introducción de sistemas de autoconsumo renovable en los edificios públicos. Otra de las medidas que se prevén (medida 2.12) es la responsabilidad proactiva del sector público y la contratación pública eficiente energéticamente⁶⁵. El PNIEC establece que, además de la contratación de energías renovables (Medida 1.16), el conjunto de las Administraciones territoriales debe asumir una responsabilidad proactiva en materia de promoción de la eficiencia energética, liderando el proceso de transición energética hacia una economía descarbonizada en el año 2050. Para ello como mecanismo concreto diseña que debe procederse a la renovación de 300.000 m²/año en la Administración General del Estado por encima del 3 % exigido por la Directiva de Eficiencia Energética. De manera adicional, el cumplimiento de mejora de la eficiencia energética del 39,5 % en 2030 exige la adopción por parte del resto de las Administraciones territoriales de, al menos, el objetivo obligatorio para la Administración General del Estado, de renovación del 3 % de la superficie edificada y climatizada del parque edificatorio público. En ese sentido, considera factible la renovación de 3.390.000 m²/año en edificios del parque público de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, para lo cual será necesario fomentar la cooperación entre los responsables de los edificios públicos. De manera singular para el parque edificatorio de la Administración General del Estado, se propone en el PNIEC, entre otras actuaciones, el fomento del autoconsumo y

⁶³ Vid. Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico (2020, pp. 155 y 156).

⁶⁴ Sobre la contratación pública y los servicios energéticos, consultar los siguientes estudios recientes: Castel (2020), Dopazo (2019, pp. 73-115), González (2017, pp. 179-208) y Román (2017, pp. 101-140).

⁶⁵ Vid. Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico (2020, p. 156).

de la utilización de las energías renovables en los edificios públicos y de la contratación con empresas de servicios energéticos.

C) *Iniciativas para constituir comunidades energéticas locales*

Se puede afirmar que el término comunidades energéticas locales engloba dos conceptos cuales son las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía. La Directiva 2018/2001 sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables define la comunidad de energías renovables como una entidad jurídica que es titular de un proyecto de energías renovables que ha desarrollado y que se caracteriza porque los miembros que la integran son socios o miembros situados en las proximidades del proyecto, que participan en la misma abierta y voluntariamente, pudiendo ser personas físicas, pymes o autoridades locales. En cuanto a su finalidad primordial es proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde opera, en lugar de ganancias financieras. Entre las actividades que pueden realizar se encuentran la producción, el almacenamiento y la venta de energías limpias⁶⁶. Aterrizando en su transposición los artículos 1.2 y 6 de la LSE prevén que estas entidades jurídicas puedan realizar las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica y por tanto puedan producir, almacenar, vender energías renovables y así como prestar servicios de agregación u otros servicios energéticos. Un dato interesante al respecto es que, en el marco de lo dispuesto en la Directiva 2018/2001, las comunidades de energía renovable se asocian a la generación distribuida *in situ* para la producción de electricidad a partir de energías renovables; así, una de las actividades que están llamadas a desarrollar es el autoconsumo eléctrico, donde ya contamos con un marco normativo definido, como hemos visto. Pero también, podrían utilizarse para poner en marcha sistemas urbanos de calefacción y refrigeración o incluso para prestar otros servicios energéticos relacionados con la eficiencia energética.

Por su parte la Directiva 2019/944 sobre normas comunes para mercado interior de la electricidad se refiere a la comunidad ciudadana de energía como una entidad jurídica que se basa en la participación voluntaria y abierta y cuyo control efectivo lo ejercen socios o miembros que sean personas físicas, autoridades locales, incluidos los municipios, o pequeñas empresas que participa en la generación, incluida la procedente de energías renovables, la distribución, el suministro, el consumo, la agregación, el almacenamiento de energía, la prestación de servicios de eficiencia energética o, la prestación de servicios de recarga para vehículos eléctricos o de otros servicios energéticos a sus miembros o socios. La regulación de estas comunidades se realiza en el art. 16 de la Directiva, que ante la ausencia de un marco normativo específico para las mismas encomienda a los Estados miembros que aprueben un marco favorable que garantice entre otras cuestiones: que la participación en las mismas sea abierta y voluntaria; que los miembros tengan derecho a abandonarla; que se mantengan los derechos y obligaciones de los consumidores domésticos; sometimiento a procedimientos y tasas equitativos, proporcionados y transparentes, entre otras), que sirven para concretar la naturaleza jurídica de este tipo de entidades. En dicha ordenación favorable debe asegurarse que las comunidades ciudadanas de energía: puedan acceder a los mercados; reciban un trato no discriminatorio y proporcionado en las actividades que realicen; sean responsables de los desvíos que causen en el sistema eléctrico; en cuanto a la electricidad autogenerada se les considere como clientes activos y tengan derecho al reparto interno de la electricidad producida.

Puede concluirse que la principal diferencia entre ambas figuras por tanto es que, mientras el objetivo de la comunidad de energías renovables es la realización de proyectos de cualquier naturaleza (eléctrico, térmico o transporte) siempre y cuando el origen energético sea renovable, la comunidad ciudadana de energía se ha pensado para abarcar cualquier proyecto relacionado con el sector eléctrico, incluyendo la distribución, suministro, consumo, agregación, almacenamiento de energía, prestación de servicios de eficiencia energética o la prestación de servicios de recarga para vehículo eléctrico, o de otros servicios energéticos a sus miembros⁶⁷.

En este contexto el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. que incorpora parcialmente, en lo relativo a las comunidades de energías renovables, la Directiva (UE) 2018/2001. Pre-

⁶⁶ Sobre la iniciativa económica local, consultar los siguientes estudios: Huergo (2020, pp. 129-148), Galán (2020b, pp. 69-87), Ortega (2017, pp. 73-104), Lence (2015, pp. 179-214), Ortiz (2015, pp. 365-425), Del Guayo (2014, pp. 9-26), Montoya (2012, pp. 157-202), Rivero (2011, pp. 14-29), Hurtado (1994) y Bordón (1991, pp. 141-178).

⁶⁷ Vid. González (2020, pp. 147-193).

cisamente, incorpora la definición de las comunidades de energías renovables, tal y como están previstas en la Directiva mencionada, añadiendo el apartado j) del artículo 6.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Del mismo modo, este Real Decreto Ley, añade el apartado 7.bis del artículo 14 de la Ley citada relativo a la fijación por el Gobierno del marco retributivo para la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable. El apartado añadido establece que en los procedimientos de concurrencia competitiva, orientados a la eficiencia en costes, se puede distinguir entre distintas tecnologías de generación en función de sus características técnicas, tamaño, niveles de gestionabilidad, criterios de localización, madurez tecnológica y aquellos otros que garanticen la transición hacia una economía descarbonizada, así como tener en cuenta las particularidades de las comunidades de energías renovables para que éstas puedan competir por el acceso al marco retributivo en nivel de igualdad con otros participantes.

El PNIEC tiene numerosas referencias tanto a las comunidades energéticas renovables como a las comunidades energéticas locales. Así sitúa a las primeras que tienen que estar ligadas a las redes de climatización pues hay que garantizar una cuota mínima de energías renovables en el sector de usos térmicos con las cadenas de frío y calor⁶⁸. Pero la referencia más extensa la podemos contemplar en la medida 1.13 que tiene por título comunidades energéticas locales y que prevé como principales actuaciones: desarrollar el marco normativo apropiado para definir estas entidades jurídicas y favorecer su desarrollo, en particular para cumplir con lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva 2018/2001 y en el artículo 16 de la Directiva 2019/944. Este desarrollo del marco normativo deberá tener en cuenta figuras y casuísticas de actores o agrupaciones existentes y susceptibles de constituirse en comunidades energéticas locales, como cooperativas, polígonos industriales, parques tecnológicos, comunidades de propietarios o zonas portuarias. Será por tanto necesario que se configure el régimen de constitución, el registro, así como legalización y adaptación de las entidades existentes al nuevo marco legal. Tengamos en cuenta que con el régimen jurídico vigente existen diversas fórmulas institucionales que pueden dar forma a este tipo de entidades (corporaciones de derecho público, sociedades mercantiles con participación público-privada, consorcios o cooperativas). Pero la coexistencia de personas físicas, autoridades locales, personas jurídicas, hacen también que en todas esas fórmulas haya elementos compatibles e incompatibles que dificultan la figura a elegir. El marco normativo que se apruebe tendrá que tener también en cuenta la eliminación de las barreras administrativas mediante el establecimiento de una ventanilla única que permita orientar al solicitante, actuando de facilitador de los procedimientos administrativos, así como la simplificación de trámites en los procesos vinculados a proyectos de comunidades energéticas locales.

Estas comunidades energéticas locales contribuirán a pasar de un modelo convencional, en el que la ciudadanía, las empresas y los ayuntamientos y entidades locales se limitaban a ser clientes, a un modelo más participativo, basado en energías renovables y abierto a nuevos actores. En definitiva, un modelo democratizado, más flexible, de producción cercana al punto de consumo, generador de actividad económica local y respetuoso con el entorno natural. La constitución de estas comunidades favorecerá el desarrollo del autoconsumo, la eficiencia energética, el aprovechamiento del espacio urbano para la generación renovable, una mayor concienciación energética y climática en la sociedad y el surgimiento de nuevos modelos de negocio. Incorporar el dato actual de que a finales del 2020 se abrió por el Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico el proceso de consulta pública previa para el desarrollo de comunidades energéticas locales, que cerró el 2 de diciembre de 2020, y que tenía como finalidad recabar la opinión de colectivos y entidades interesadas sobre el planteamiento para la transposición de las directrices europeas con contenidos relacionados con Comunidades Energéticas Locales al ordenamiento jurídico español, la identificación de prioridades y principales retos, así como potenciales medidas para poder superarlos.

6. A MODO DE COROLARIO

El objetivo de alcanzar una economía descarbonizada en Europa para 2050 lleva a desarrollar e impulsar tecnologías respetuosas con el medio ambiente. La Unión Europea entre las directrices que está confiando quiere impulsar la tecnología del hidrógeno renovable para fortalecer el papel de la Unión Europea como líder en el Mercado del Hidrógeno que facilitará la transición a una economía justa.

⁶⁸ Vid. Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico (2020, p. 96).

Para ello se requiere la aprobación de un cuerpo normativo que, partiendo de normas comunitarias transpuestas al ordenamiento interno a través de normas estatales que se desarrollen por normas autonómicas y concretadas en ordenanzas locales, regulen el hidrógeno renovable más allá de un elemento químico para concebirlo como un recurso energético. Estas normas deberán tener su oportuno complemento en los planes que a nivel estatal, autonómico y local sean necesarios para programar e implantar las medias de apoyo a la tecnología del hidrógeno renovable.

Entre todas las Administraciones territoriales, la Administración local puede y debe asumir un papel ejemplarizante en las medidas de eficiencia energética y transición hacia un modelo económico descarbonizado, no solo cumpliendo con la obligación de la contratación pública verde o ecológica, al igual que el resto de Administraciones públicas, o con el cumplimiento de las medidas de eficiencia energética en los edificios e instalaciones de su titularidad, sino que la consideración del hidrógeno renovable como un vector energético que permite su producción en los mismos lugares o lugares muy próximos a su consumo, que permite su almacenamiento para su posterior consumo, así como el aumento de la utilización del hidrógeno renovable en diferentes aplicaciones comerciales, hacen que las ciudades, y en muchas ocasiones su suelo urbano de uso residencial, se conviertan en el lugar oportuno para impulsar el mercado del hidrógeno que facilite la democratización energética.

Como consecuencia de ello la actuación de la Administración local debe evolucionar desde el carácter de prestadora de una serie de servicios que pueden incorporar la energía del hidrógeno renovable (piénsese en el servicio de transporte urbano colectivo a través de autobuses eléctricos con pila de hidrógeno) a proactora en el contexto energético no solo como autoconsumidora de energía renovable, sino como integrante de las comunidades de energías renovables y de las comunidades ciudadanas de energía que le permitan realizar las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica y por tanto puedan producir, almacenar, vender energías renovables y así como prestar servicios de agregación u otros servicios energéticos.

Ahora bien, en este estudio hemos puesto de manifiesto que es necesario dotar a las Administraciones locales del cuerpo normativo preciso para poder impulsar el hidrógeno renovable. Así, tanto el legislador estatal como el legislador autonómico, cada uno de ellos en el marco de sus ámbitos competenciales, deberán aprobar y/o reformar las normas oportunas para distinguir el uso industrial del hidrógeno renovable del uso energético que permitan que sus aplicaciones a pequeña escala como el autoconsumo energético con hidrógeno renovable o las estaciones de repostaje de hidrógeno renovable para pequeñas flotas, estén asociadas únicamente a procedimientos simplificados para legalizar su instalación. Del mismo modo es necesario desarrollar el marco normativo apropiado para definir el régimen jurídico de las comunidades energéticas locales, en las que formen parte las autoridades locales (incluidos los municipios) aclarando las distintas figuras y la diversa casuística de actores o agrupaciones existentes y susceptibles de constituirse en comunidades energéticas locales, como cooperativas, polígonos industriales, parques tecnológicos, comunidades de propietarios o zonas portuarias. Será por tanto necesario que se configure el régimen de constitución, el registro, así como legalización y adaptación de las entidades existentes al nuevo marco legal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (2020). La economía circular en el Derecho ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 225-249 (ejemplar dedicado a: Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)»). https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_Suplemento-102-2-Junio.pdf
- Agencia Andaluza de la Energía (2020). *Guía para el fomento del autoconsumo en los municipios andaluces*. https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/Documentos/Guia_para_el_fomento_del_autoconsumo_en_municipios_andaluces.pdf
- Ariño Órtiz, G., Del Guayo Castiella, I. y Robinson, D. (2020). *La transición energética en el sector eléctrico: líneas de evolución del sistema, de las empresas, de la regulación y de los mercados*. Orkestra-Instituto Vasco de Competitividad.
- Asociación Española del Hidrógeno (IDAE) (2008). *3.ª Guía Inventario Sectorial del Hidrógeno y las Pilas de Combustible en España, Santiago de Compostela 2007*. https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_10760_3a_Guia_sectorial_Hidrogeno_y_Pilas_Combustible_08_edac888d.pdf
- Ávila Rodríguez, C. M.^a (2021). Aspectos jurídicos del impulso del hidrógeno como materia prima, combustible y vector energético. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7.

- Comisión Europea (2020, 8 de julio). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0301&from=ES>
- Blázquez, E., Gabriel, D., Baeza, J. A. y Guisasola, A. (2016). Treatment of high-strength sulfate wastewater using an autotrophic biocathode in view of elemental sulfur recovery. *Water Research*, 105, 395-405. <https://doi.org/10.1016/j.watres.2016.09.014>
- Bordón Iglesias, E. (1991). La iniciativa económica local. En F. J. Villar Rojas (coord.) y J. M. de la Cuétara Martínez (dir.), *Introducción a los servicios locales: Tipos de prestación y modalidades de gestión* (pp. 141-178). INAP.
- Castel Aznar, L. (2020). Ventajas de los contratos de servicios energéticos en pequeños municipios. Proceso y tramitación de un contrato ESE. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 6.
- Del Guayo Castiella, I. (2013). La situación de los entes locales ante el nuevo paradigma de sostenibilidad energética. En F. García Rubio y L. Mellado Ruiz (coords.), *Eficiencia energética y derecho* (pp. 287-300). Dykinson.
- Del Guayo Castiella, I. (2014). Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 2, 9-26. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i2.10190>
- Del Guayo Castiella, I., Domingo López, E. y Leiva López, A. D. (2016). Régimen jurídico del autoconsumo en España: A propósito del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre. En J. Castro-Gil Amigo (coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables* (Vol. 2, pp. 103-142). Aranzadi Thomson Reuters.
- Delgado Piqueras, F. (2011). El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la «electricidad verde». En L. I. Ortega Álvarez y S. de la Sierra Morón (coords.), *Estudios de la Unión Europea* (pp. 393-456). Universidad de Castilla-La Mancha.
- Delgado Piqueras, F. (2020). Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 140-174 (ejemplar dedicado a: Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)»). https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_Suplemento-102-2-Junio.pdf
- Dopazo Fraguío, P. (2019). Contratos de energía y PPAs (Power Purchase Agreements). *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 44, 73-115.
- Egea Herrero, A. (2017). El futuro de las energías renovables y la eficiencia energética dentro de la política energética de la Unión Europea: el nuevo marco energético y climático para 2030/2050. En R. Galán Vioque e I. González Ríos (dirs.), F. López Ramón (pr.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020* (pp. 485-498). Aranzadi Thomson Reuters.
- Entrena Ruiz, D. B. (2020). El suministro al por menor de combustible en el marco del desarrollo y la movilidad sostenibles. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 6.
- Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.) (2019). *Los objetivos mundiales de desarrollo sostenible*. Iberdrola-Wolters Kluwer.
- Expansión (2021, 28 de abril). *BP, Iberdrola y Enagas preparan un proyecto de hidrógeno verde con inversiones de 160 millones*. <https://www.expansion.com/valencia/2021/04/28/608945a1468aeb492a8b4596.html>
- Fernández Acevedo, R. (2017). Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta. En M. M.ª Razquin Lizarraga y J. F. Alenza García (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 77-126).
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2020). El ambicioso Pacto Verde Europeo. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101, 78-109. https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/05/2020_05_12_Fdez-Gatta-Pacto-Verde-Europeo.pdf
- Galán Vioque, R. (dir.) (2018a). *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*. Editorial Universidad de Sevilla.
- Galán Vioque, R. (2018b). El régimen del autoconsumo. En F. Delgado Piqueras e I. Gallego Córcoles (coords.), *El derecho de las energías renovables y el regadío: Congreso sobre el Derecho de las Energías Renovables y el Regadío* (pp. 215-240), Universidad de Castilla-La Mancha.
- Galán Vioque, R. (2020a). Cláusulas ambientales: ¿Una moda o un nuevo elemento imprescindible de la contratación pública? En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 269-313). Tirant lo Blanch-Universidad Santo Tomás.
- Galán Vioque, R. (2020b). La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 14, 69-87. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10854>
- Galán Vioque, R. (2020c). Un modelo energético sostenible para los entornos urbanos. En M. Moreno Linde (coord.) y D. J. Vera Jurado (dir.), *Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público* (pp. 233-254). Universidad de Sevilla.
- García Montoro, L. (2016). Objetivo 2020: de la eficiencia energética a los edificios de consumo de energía casi nulo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 19, 263-271. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1199>
- González Ríos, I. (2014). La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99, 1623-1649. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.068>

- González Ríos, I. (2015). El papel de los entes locales en el ahorro y la eficiencia energética (iluminación exterior, sector de la edificación y movilidad sostenible). En M.ª A. Torres López y J. Conde Antequera (coords.), *Administración local y energías renovables* (pp. 201-228). Comares.
- González Ríos, I. (2017). Contratación pública y energía: el contrato de servicios energéticos y sus implicaciones jurídicas. En M. M.ª Razquin Lizarraga y J. F. Alenza García (coord.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 179-208). Aranzadi Thomson Reuters.
- González Ríos, I. (2019). Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana. *Revista andaluza de administración pública*, 103, 17-53. <https://doi.org/10.46735/raap.n103.1073>
- González Ríos, I. (2020). Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 117, 147-193. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.04>
- González Ríos, I. (2021). *Los entes locales ante la transición energética y la sostenibilidad energética*. Aranzadi.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2019). *Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI*. Sepin-Servicio de Propiedad.
- Huergo Lora, A. (2020). La prestación de los servicios públicos locales. *Documentación Administrativa*, 6, 129-148. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10768>
- Hurtado Orts, F. (1994). *La iniciativa pública local en la actividad económica*, Departamento de Publicaciones, FVMP, D. L.
- Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, A. (2017). Las redes transeuropeas de transporte de energía. En R. Galán Vioque e I. González Ríos (dirs.), F. López Ramón (pr.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020* (pp. 97-101). Aranzadi Thomson Reuters.
- Leiva López, A. D. (2018). La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 110, 117-155. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.110.2018.1.04>
- Leiva López, A. D. (2019). El prosumidor como pieza clave en la transición energética del sector eléctrico. *Revista española de derecho administrativo*, 200, 291-334.
- Lence Reija, C. (2015). La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia. *Revista española de derecho administrativo*, 170, 179-214.
- López García, M. (2017). Eficiencia energética en la contratación pública: presente y previsiones de futuro en la normativa española. En R. Galán Vioque e I. González Ríos (dirs.), F. López Ramón (pr.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020* (pp. 411-423). Aranzadi Thomson Reuters.
- Martín Pascual, E. (2020). El pacto verde europeo ¿posible salida verde de la crisis de la COVID-19? *Revista General de Derecho Europeo*, 51.
- Ministerio de Fomento (2019). *Agenda Urbana Española*. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento. <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW061>
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2015). *II Informe general sobre el estado de la contratación pública verde en la Administración General del Estado, sus organismos públicos y las entidades gestoras de la seguridad social*. https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/segundoinformegeneralsobreelstadodelacontratacionpublicaverdeenlaage_tcm30-88970.pdf
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020). *Hoja de Ruta del Hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable*. <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/hoja-de-ruta-del-hidrogeno-renovable.aspx>
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020). *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030*. <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/pniec.aspx>
- Miranzo Díaz, J. (2017). Los criterios de adjudicación ambientales en las directivas de 2014. En M. M.ª Razquin Lizarraga y J. F. Alenza García (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 383-404). Aranzadi Thomson Reuters.
- Montoya Martín, E. (2012). Título II. Los servicios y la iniciativa económicas locales. En E. Montoya Martín y S. Fernández Ramos (coords.), J. L. Rivero Ysern (dir.), *Derecho local de Andalucía: la Ley 5/2010, de 11 de Junio de Autonomía Local de Andalucía* (pp. 157-202). Iustel.
- Noceda, M. Á. (2021, 24 de mayo). *Cummins se alía con Iberdrola para construir una planta de electrolizadores de hidrógeno verde en Guadalajara*. El País. <https://elpais.com/economia/2021-05-24/iberdrola-y-cummins-construiran-una-planta-de-electrolizadores-de-hidrogeno-verde-en-guadalajara.html>
- Ortega Bernardo, J. (2017). Servicios públicos e iniciativa económica local. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de derecho económico local* (pp. 73-104). Marcial Pons.
- Ortiz García, M. (2015). La iniciativa económica local o la gestión de la común para el bien común. En F. García Rubio (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales* (pp. 365-425). INAP.
- Patel, S., Kundu, S., Halder, P., Marzbali, M. H., Chiang, K., Surapaneni, A. y Shah, K. (2020). Production of hydrogen by catalytic methane decomposition using biochar and activated char produced from biosolids pyrolysis. *International Journal of Hydrogen Energy*, 45(55), 29978-29992. <https://doi.org/10.1016/j.ijhydene.2020.08.036>

- Pérez Andrés, A. A. (2020). Corrigiendo la vulnerabilidad ambiental en la ciudad. En E. Pérez de los Cobos Hernández (coord.), B. Soro Mateo, J. Jordano Fraga y J. F. Alenza García (dirs.), *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia* (pp. 433-439). Tirant lo Blanch.
- Razquin Lizarraga, M. M. (2017). Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos. En M. M.^a Razquin Lizarraga y J. F. Alenza García (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 147-178). INAP.
- Rivero Ortega, R. (2011). ¿Cómo hacer sostenible la iniciativa económica local? *Revista de estudios locales. Cunal*, 137, 14-29.
- Román Márquez, A. (2017). Eficiencia y ahorro energético en edificios e instalaciones públicas: los contratos de rendimiento energético. *Revista andaluza de administración pública*, 97, 101-140. <https://doi.org/10.46735/raap.n97.77>
- Rosa Moreno, J. (2020). Requerimientos sectoriales del nuevo marco europeo de la energía renovable. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 103, 41-78.
- Ruiz Olmo, I. (2012). *Electricidad verde en Europa: especial referencia al marco normativo de la energía fotovoltaica*. Editorial Académica Española.
- Ruiz Olmo, I. (2018). La autoproducción de energía fotovoltaica: su fomento en Estados Unidos y en la Unión Europea y su desincentivación en España. En F. Delgado Piqueras e I. Gallego Córcoles (coords.), *El derecho de las energías renovables y el regadío* (pp. 265-280). Congreso sobre el Derecho de las Energías Renovables y el Regadío, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete), el 9 y 10 de noviembre de 2017. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Sarasibar Iriarte, M. (2017). Cláusulas ambientales en la contratación pública referencia al ciclo de la vida como criterio de adjudicación. En M. M.^a Razquin Lizarraga y J. F. Alenza García (coords.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente* (pp. 129-144). Aranzadi Thomson Reuters.



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ARTICULOS
Recibido: 06-07-2021
Aceptado: 08-09-2021
Publicado: 15-09-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10965>
Páginas: 98-117

¿Es posible crear sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos locales en el marco de contratos de servicios y de concesión de servicios?¹

Is it possible to create mixed-economy companies to manage local public services in the framework of service contracts and service concessions?

Diana Santiago Iglesias

Universidad de Santiago de Compostela (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5017-8219>

diana.santiago@usc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. Su actividad investigadora se centra en las siguientes líneas: Derecho local; Derecho de la contratación pública; Justicia administrativa; Servicios públicos.

RESUMEN

Las sociedades de economía mixta han sido utilizadas tradicionalmente como formas de gestión de servicios públicos en el ámbito local. Suprimido el contrato de gestión de servicios públicos, del cual constituían una modalidad, el objeto de este trabajo consiste en analizar si continúa siendo posible emplear esta fórmula para gestionar servicios públicos locales tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. En concreto, se trata de determinar si se puede crear este tipo de sociedades en el marco de los contratos de concesión de servicios y de los contratos de servicios, fórmulas contractuales previstas en la nueva norma para canalizar la gestión de servicios públicos.

PALABRAS CLAVE

Sociedades de economía mixta; gestión de servicios públicos locales; contrato de servicios; concesión de servicios; derecho de la contratación pública.

ABSTRACT

Mixed-economy companies have traditionally been used as forms of public services management at the local level. Since the deletion of the «public services management contract», –of which they were a modality–, the object of this work is to assess whether it is still possible to use this formula to manage local public services after the entry into force of Law 9/2017, of 8 November, about the public sector contracts.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de la ayuda de la Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional y la Consellería de Economía, Emprego e Industria de la Xunta de Galicia, para la consolidación y estructuración de unidades de investigación, concedida al grupo de investigación de la Universidad de Santiago de Compostela GI-1876 “Empresa y Administración”, Grupo de Referencia Competitiva del Sistema Universitario de Galicia – ED431C 2019/15 y del proyecto de investigación: Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación en el ámbito rural (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-A-100. Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación. Gobierno de España.

In particular, it wants to clarify if this companies can be created under the framework of service contracts and service concessions, namely the types of contracts provided for in the new legislation to manage public services.

KEYWORDS

Mixed-economy companies; management of local public services; service contract; service concession; public procurement law.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: LAS FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA LEY 9/2017. 2.1. FÓRMULAS CONTRACTUALES DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 2.2. EL ENCAJE DE LAS ANTIGUAS MODALIDADES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LCSP DE 2017. 3. ¿PUEDEN EMPLEARSE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LEY 9/2017, 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO? 3.1. PREMISAS. 3.1.1. Primera premisa: las sociedades de economía mixta creadas para la gestión contractual de servicios públicos son una fórmula de colaboración público-privada institucionalizada con personalidad jurídico-privada y un régimen jurídico mixto. 3.1.2. Segunda premisa: la selección del socio privado ha de realizarse a través de un procedimiento de concurrencia competitiva. 3.1.3. Tercera premisa: en las sociedades de economía mixta creadas ex novo el acto de selección del socio privado va acompañado de la creación de la sociedad de economía mixta y de la atribución a la misma de la gestión del servicio público. 3.1.4. Cuarta: la supresión del contrato de gestión de servicios públicos no impide el recurso a la sociedad de economía mixta como fórmula gestora ni exige la celebración de una doble licitación para la adjudicación del servicio de que se trate. 3.2. UNA POSIBLE RESPUESTA: LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA CONTINÚAN SIENDO UNA FÓRMULA DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP DE 2017. 4. LÍMITES AL EMPLEO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 4.1. LÍMITES DERIVADOS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOSEGUNDA DE LA LCSP DE 2017. 4.1.1. Origen de la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP de 2017. 4.1.2. Alcance de la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP de 2017. 4.2. LÍMITES DERIVADOS DE LA MODIFICACIÓN DE LA LBRL INTRODUCIDA POR LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 5. REFLEXIÓN FINAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PLANTEAMIENTO

Tras la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, entre cuyas modalidades se encontraban las sociedades de economía mixta, se ha planteado si continúa siendo posible recurrir a esta fórmula para su gestión, la cual ha demostrado múltiples ventajas, especialmente, en contextos de crisis económica, al permitir a los entes locales: mantener cierto control directo sobre la gestión del servicio público en cuestión; contar con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado; obtener una fuente de financiación complementaria y, eventualmente, la obtención de beneficios con la erogación del mismo (Santiago Iglesias, 2010, p. 37).

La escueta regulación de las sociedades de economía mixta contenida en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP de 2017) se reduce, fundamentalmente, a su disposición adicional vigesimosegunda, cuya redacción deja sin responder a la pregunta anterior e, incluso, añade, nuevos problemas interpretativos, al regular el régimen aplicable a este tipo de sociedades cuando se constituyen en el marco de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, de manera que no queda claro si sólo cabe recurrir a esta fórmula en el marco de dichos contratos o bien, si se trata de un régimen especial aplicable a estos supuestos en concreto.

Así las cosas, para responder a dichas cuestiones se realizará, con carácter previo, un análisis de los tipos contractuales que pueden emplearse para la gestión de servicios públicos locales de acuerdo con el nuevo marco normativo para, a continuación, examinar la posibilidad de llevar a cabo la ejecución de los mismos a través de sociedades de economía mixta y, en su caso, identificar los límites aplicables al recurso a esta figura por los entes locales.

2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: LAS FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA LEY 9/2017

Los entes locales pueden decidir de forma discrecional el modo en el que gestionarán los servicios públicos de su titularidad². El Derecho de la Unión Europea reconoce libertad a los Estados miembros a la hora de decidir la forma de gestión de sus servicios públicos. Este tema ha sido abordado, de nuevo, recientemente por la doctrina en el contexto del debate sobre las remunicipalizaciones (López de Castro y Ortega Bernardo, 2021, p. 490; Ortega Bernardo y de Sande, 2016, pp. 64-67; Ponce Solé, 2016, p. 84; Tornos Mas, 2016, pp. 41-49)³.

En el derecho interno, así se reconoce también, de un lado, en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), donde se señala que la decisión sobre la forma concreta en que se gestionará un determinado servicio corresponderá al pleno de la corporación y, de otro lado, en el artículo 30 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (en adelante, RSCL), donde se reconoce a los entes locales la «plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia».

Así, los entes locales podrán elegir la forma de gestión que prefieran de entre las establecidas en el art. 85 de la LBRL: a) gestión directa, por la propia entidad local, o bien, a través de un organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local íntegramente pública y b) gestión indirecta, remitiéndose, expresamente, con una técnica normativa cuestionable⁴, a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

No obstante, de acuerdo con la nueva redacción de dicho precepto introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), la potestad discrecional atribuida a los entes locales se ha visto limitada. De un lado, se exige que la elección de la forma de gestión se base en criterios de sostenibilidad y eficiencia. De otro lado, se introducen importantes límites al recurso a determinadas fórmulas, pudiendo observarse cierta preferencia por la gestión directa por la propia entidad local o a través de un organismo autónomo local, y por la gestión indirecta, que no se sujeta a requisitos adicionales (Montoya Martín, 2014, p. 28).

Así, la gestión a través de una entidad pública empresarial o de una sociedad íntegramente pública queda condicionada a que se demuestre su mayor sostenibilidad y eficiencia respecto de las demás formas de gestión directa, para lo cual deberán tenerse en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Respecto de la gestión indirecta de los servicios públicos, como se ha dicho, la LBRL no ha introducido más limitaciones que las que, en su caso, puedan derivarse de la nueva disposición adicional novena de la LBRL, sobre la cual se volverá en los siguientes epígrafes, de manera que su estudio pasa, necesariamente, por el análisis de la normativa de contratos públicos. Como se ha indicado, el art. 85 de la LBRL se remite, en este punto, a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos regulado en el TRLCSP. Dicha remisión, debe entenderse realizada a la vigente LCSP de 2017, la cual ha derogado el texto anterior y, a su vez, ha suprimido, sorprendentemente, el contrato de gestión de servicios públicos.

Así las cosas, cabe plantearse dos cuestiones: de un lado, qué fórmulas contractuales existen en la nueva ley para instrumentar la gestión indirecta de un servicio público y, de otro lado, cómo encajan las antiguas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos en las mismas.

2.1. Fórmulas contractuales de gestión de los servicios públicos

Una de las novedades más llamativas introducidas por la nueva LCSP ha sido la supresión del contrato de gestión de servicios públicos –que constituía una categoría genuina de nuestro ordenamiento jurídico y desconocida desde el punto de vista del derecho de la Unión Europea–, decisión que ha sido criticada por

² En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, recurso núm. 6813/1991.

³ *Vid.* el art. 2 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, donde se reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades públicas.

⁴ Hubiese sido más adecuado hacer referencia a la normativa reguladora de los contratos públicos en lugar de mencionar expresamente la norma de aplicación en el momento de redacción de dicho precepto.

la doctrina por innecesaria desde el punto de vista de la adecuada transposición de las directivas de contratos públicos (Laguna de Paz, 2017, p. 44; Martínez López-Muñiz, 2017, p. 40). Así las cosas, a partir de la entrada en vigor de la LCSP de 2017, la gestión indirecta puede llevarse a cabo a través de dos fórmulas contractuales: el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios (Villarejo Galende y Calonge Velázquez, 2018, pp. 28-33). A continuación, se analizarán, brevemente, sus características principales.

De un lado, el contrato de concesión de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LCSP de 2017, se define como aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. En todo caso, el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional (Lazo Vitoria y Noguera de la Muela, 2018, pp. 189-214).

Respecto de su objeto, hay que señalar que propia ley regula expresamente, en el artículo 284, la posibilidad de que la Administración canalice a través de este tipo de contrato la gestión indirecta de los servicios públicos de su titularidad o competencia. No obstante, igual que sucedía con el antiguo contrato de gestión de servicios públicos, establece una serie de límites: que dichos servicios sean susceptibles de explotación económica por particulares y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

En realidad, en el caso de que su objeto sea la gestión de un servicio público, no existen apenas diferencias entre el régimen jurídico del antiguo contrato de gestión de servicios públicos y las nuevas concesiones de servicios. Así, se exige que, antes de proceder a la contratación: se establezca el régimen jurídico del servicio público de que se trate, se declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia; se determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados; y se regulen los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. Del mismo modo, se regulan las prerrogativas de la Administración y las obligaciones del concesionario cuando el objeto del contrato sea la gestión de un servicio público, de manera que, según el artículo 287 de la LCSP de 2017, el concesionario está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y la Administración, por su parte, conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (vid. asimismo, los artículos 291 y ss. de la LCSP de 2017).

De otro lado, el artículo 17 de la LCSP de 2017 define el contrato de servicios como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

Respecto de su objeto, hay que señalar que, también en este caso, en el artículo 312 de la LCSP de 2017, se permite canalizar a través de este tipo de contrato la gestión indirecta de los servicios públicos de su titularidad o competencia, al introducir un régimen especial para aquellos contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (Menéndez Sebastián, 2020, pp. 375-400).

No obstante, igual que sucedía con el antiguo contrato de gestión de servicios públicos, se establece un límite: que dichos servicios no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (Almeida Cerrada et al., 2014, p. 540). Nada se dice, sin embargo, sobre la necesidad de que el servicio sea susceptible de explotación por particulares, si bien, parece que este requisito va implícito con la celebración del propio contrato.

Así las cosas, en realidad, en el caso de que el objeto de dichos contratos sea la gestión de un servicio público, las diferencias con el régimen jurídico del antiguo contrato de gestión de servicios públicos son menos evidentes de lo que pudiera parecer y lo mismo sucede respecto del régimen aplicable al contrato de concesión de servicios y al contrato de servicios cuando su objeto sea la gestión de un servicio público. Según el art. 284.2 de la LCSP de 2017, en el caso del contrato de concesión de servicios se exige que, antes de proceder a la contratación: se establezca su régimen jurídico; se declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma; se determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y se regulen los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Del mismo modo que en las concesiones de servicios, en el contrato de servicios se regulan las prerrogativas de la Administración y las obligaciones del contratista cuando el objeto del contrato sea la gestión de un servicio público, de manera que, según el artículo 312 b) LCSP, por una parte, el contratista debe: prestar el

servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; cuidar del buen orden del servicio; indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. De otro lado, entre las prerrogativas de la Administración cabe destacar: la inembargabilidad de los bienes afectos al servicio; la potestad de secuestrar o intervenir el servicio si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave del mismo, no reparable por otros medios, y la Administración no decidiese la resolución del contrato; la atribución a la Administración de los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios.

En consecuencia, a la luz de lo expuesto, es el riesgo operacional el criterio básico para decidir el tipo de contrato a celebrar para la gestión indirecta de un servicio público, de manera que, de trasladarse al contratista, procederá la celebración de una concesión de servicios y de no ser así, deberá acudir al contrato de servicios (Gimeno Feliú, 2018, pp. 4-13; Hernández González, 2018, pp. 477-516; Miguez Macho, 2016, pp. 217-233). No obstante, algunos autores han criticado la configuración legal del riesgo operacional como criterio distintivo entre ambas figuras contractuales, por entender que, en su lugar, la distinción debería buscarse en su diferente objeto, al que sigue un régimen jurídico definido, especialmente, en el caso de los servicios que se prestan a los ciudadanos, motivo por el cual no tendría sentido la categoría de contratos de servicios a los ciudadanos, al tener un régimen jurídico casi coincidente con el de la concesión de servicios públicos (Sahún Pacheco, 2019, p. 191; Laguna de Paz, 2017, p. 68).

2.2. El encaje de las antiguas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP de 2017

Tras la supresión del contrato de gestión de servicios públicos por la LCSP de 2017, se plantea la incógnita de acerca de la subsistencia de sus diferentes modalidades. En este punto, hay que recordar que, en puridad, ni siquiera podía hablarse bajo la anterior regulación de verdaderas modalidades del contrato. Los criterios de distinción entre ellas no eran uniformes y más que modalidades del contrato de gestión de servicios públicos debía hablarse de modalidades de concesión, es decir, el contrato de gestión de servicios públicos podría haberse denominado, bajo la normativa de contratos anterior, contrato de concesión de servicios públicos, con diferentes subtipos, en función de sus características: en el caso de la gestión interesada, se trataba de una concesión con un régimen de reparto del riesgo determinado; en el caso del concierto, era, de nuevo, una concesión, en la que se introducían limitaciones respecto de los posibles adjudicatarios; en el caso de la sociedad de economía mixta, se condicionaba el contrato a la creación de una sociedad con unos requisitos determinados.

A continuación, se analizará la posible reconducción de las antiguas modalidades de gestión indirecta de servicios públicos a alguno de los tipos contractuales previstos en la nueva LCSP, en concreto, se examinará su encaje en el contrato de concesión de servicios y en el contrato de servicios, según corresponda, en función del mencionado criterio del riesgo operacional (Hernández González, 2016, pp. 53-56).

En primer lugar, por lo que respecta a la gestión interesada, no parece que haya impedimento en encajarla en alguno de los mencionados tipos contractuales. Al fin y al cabo, el elemento que singularizaba a esta forma de gestión frente a las demás era su sistema retributivo, basado en la previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la denominada cláusula de interesamiento, a través de la que se podía establecer un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcanzase a cubrir un determinado importe de beneficios (Morell Ocaña, 1999, p. 405). De hecho, la doctrina había propuesto durante años su eliminación como modalidad gestora diferenciada y la incorporación de la cláusula de interesamiento que la caracterizaba a los pliegos de condiciones de la concesión (Martín-Retortillo, 1961, pp. 93-98). Por tanto, nada impide que puedan incorporarse dichas cláusulas a los pliegos de alguno de los contratos previstos en la LCSP para la gestión de los servicios públicos, en concreto, a los del contrato de servicios, dado que esta fórmula no implicaría, probablemente, la traslación del riesgo operacional al contratista.

En segundo lugar, las antiguas concesiones –por las que se atribuía a un empresario particular la gestión, a su riesgo y ventura, de un servicio público de su competencia, pudiendo exigirle a cambio el pago de un canon– podrán reconducirse, bien al contrato de servicios, o bien al de concesión de servicios, dependiendo de si se produce o no la traslación del riesgo operacional al contratista –debe recordarse que

el concepto de riesgo y ventura no es equivalente al de riesgo operacional (Sahún Pacheco, 2019, p. 238; Gimeno Feliú, 2018, pp. 4-13; Hernández González, 2018, pp. 477-516; Huergo Lora, 2017, pp. 31-51; Mi-guez Macho, 2016, pp. 217-233)–.

En cuanto al concierto, su configuración como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos había sido objeto de numerosas críticas con anterioridad a la reforma, por exigirse que la contratación de servicios públicos se llevase a cabo con empresarios que viniesen realizando la actividad de que se tratase de forma ordinaria, en lugar de articularse sobre la base de requisitos de solvencia técnica o profesional y, en su caso, de los criterios de adjudicación que se establezcan. En todo caso, los antiguos conciertos entendidos en dicho sentido deberían reconducirse al contrato de servicios o al de concesión de servicios, en función de quién asuma el riesgo operacional. No obstante, teniendo en cuenta las actividades que constituyen su objeto habitualmente (sanidad, servicios sociales, etc...) no parece que exista una exposición real a los riesgos de mercado en este tipo de contratos, por lo que, en muchos casos, deberán reconducirse a la figura de los contratos de servicios, si bien no existe una posición pacífica al respecto (Díez Sastre, 2020, pp. 232-262; Garrido Juncal, 2020; Hernández González, 2016, p. 53).

Por último, en cuanto a la sociedad de economía mixta como modalidad del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, ésta gozaría de una posición asimilable a la del concesionario en el antiguo contrato de gestión de servicios públicos: «en los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos» (art. 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RLCAP), todavía en vigor, en la medida en que resulte compatible con la LCSP de 2017). Esta remisión genérica del régimen aplicable a la sociedad de economía mixta al régimen del concesionario evidencia la falta de un *status* de gestor del servicio (Gómez-Ferrer Morant, 2000, p. 1903).

Así, de entrada, podría pensarse que dicha figura tendría encaje en aquellos contratos a los que según la nueva ley pueden reconducirse las antiguas concesiones: concesión de servicios o contrato de servicios, según corresponda, en función del criterio de traslación del riesgo operacional. No obstante, la falta de regulación expresa de las sociedades de economía mixta en el articulado de la LCSP de 2017 y la oscura regulación de las mismas contenida en su disposición adicional vigesimosegunda (en adelante, DA22 de la LCSP de 2017), hacen necesario un análisis más detenido de esta cuestión, el cual se llevará a cabo en el siguiente apartado.

3. ¿PUEDEN EMPLEARSE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LEY 9/2017, 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO?

Tal y como se ha apuntado, tras la supresión del contrato de gestión de servicios públicos cabe preguntarse si las sociedades de economía mixta continúan siendo una fórmula válida para la gestión de servicios públicos y, de ser así, a través de qué fórmula contractual puede canalizarse la adjudicación a las mismas de su gestión. A continuación, se expondrá el razonamiento deductivo seguido para dar respuesta a dichas cuestiones.

3.1. Premisas

3.1.1. *Primera premisa: las sociedades de economía mixta creadas para la gestión contractual de servicios públicos son una fórmula de colaboración público-privada institucionalizada con personalidad jurídico-privada y un régimen jurídico mixto*

De un modo muy simple, partiendo de una interpretación literal de su propia denominación, las sociedades de economía mixta se pueden definir como aquellas entidades mercantiles que cuentan con un capital social de composición en parte pública en parte privada.

En el seno del Ordenamiento de la Unión Europea se han desarrollado una serie de criterios para delimitar el concepto de colaboración público-privada institucionalizada, una de cuyas manifestaciones posibles son las sociedades de economía mixta (Bernal Blay, 2010, pp. 96-105). En este sentido, la Comisión entiende por Colaboración Público-Privada Institucionalizada (en adelante, CPPI) la cooperación entre socios

del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI⁵.

Así, según lo expuesto, para la existencia de una fórmula de colaboración público-privada institucionalizada, por ejemplo, una sociedad de economía mixta, serían necesarios dos elementos: en primer lugar, que haya contribución pública y privada en el capital de la entidad creada y, en segundo lugar, que el socio privado participe, activamente, en la gestión de la entidad y/o en la ejecución del contrato o concesión que tiene encomendada dicha entidad.

Junto a los criterios establecidos en el ámbito comunitario, en el ordenamiento jurídico español se pueden encontrar una serie de preceptos relacionados con la gestión de los servicios públicos, en general, y con la erogación de los servicios públicos locales, en particular, de los cuales se puede inferir una concepción ordinamental de sociedad de economía mixta. Estos preceptos son la disposición adicional vigesimosegunda (en adelante, DA22) de la LCSP de 2017, el artículo 86 de la LBRL, el artículo 104 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) y los artículos 102 y ss. del RSCL.

A partir de dichos preceptos, se podrían definir como aquellas en las que se cumplen cuatro requisitos: primero, su objeto social consiste, o bien en la realización de actividades configuradas, o susceptibles de ser configuradas, como servicios públicos locales; segundo, su capital social se halla compuesto por aportaciones provenientes del sector público y del sector privado; tercero, su actividad consiste, al menos, en la erogación de un servicio público; y cuarto, su gestión y administración se comparte entre el socio privado y el socio público (Santiago Iglesias, 2010, p. 69)⁶.

Este tipo de sociedades tienen un régimen jurídico mixto integrado por normas administrativas y mercantiles, siendo más intensa la aplicación de las primeras en el caso de aquellas cuyo objeto consiste en la gestión de servicios públicos o en la realización de funciones públicas (Santiago Iglesias, 2010, p. 85). La ausencia de una regulación clara de estas entidades en las normas administrativas, que se limitan a remitir la disciplina relativa a la constitución y funcionamiento de la sociedad a las normas mercantiles, hace que sea necesario establecer una serie de principios que permitan conjugar las citadas normas administrativas y mercantiles, y establecer un sistema de prelación en caso de conflicto entre ambos ordenamientos. La doctrina ha propuesto diferentes criterios para resolver dicha situación (Ruiz Ojeda, 1998, p. 113), entre los cuales, cabe citar el siguiente, basado en la posibilidad de excepcionar el régimen general de sociedades derivada de lo dispuesto en el art. 104.2 del TRRL, que permite introducir singularidades en su régimen jurídico por vía estatutaria (Santiago Iglesias, 2017, p. 159). Así las cosas, se propone la aplicación de los siguientes principios, a la luz del art. 103 CE, para la resolución de los conflictos que puedan surgir, si bien, no existe una posición doctrinal unánime al respecto: en primer lugar, toda alteración del régimen general de funcionamiento de las sociedades debería tener como fin la protección de un interés general; en segundo lugar, sólo se llevará a cabo la alteración del régimen general de funcionamiento de las sociedades cuando dicho régimen no ofrezca los mecanismos adecuados para la protección del interés general cuya tutela se persigue y, en tercer lugar, las alteraciones del régimen general de funcionamiento de las sociedades introducidas por las normas administrativas han de ser las mínimas indispensables para garantizar la consecución del antedicho interés general y, en consecuencia, proporcionales al mismo.

3.1.2. Segunda premisa: la selección del socio privado ha de realizarse a través de un procedimiento de concurrencia competitiva

La garantía de los principios de igualdad de trato, libre competencia y no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 43, 49 y 86 del TFUE) y el respeto a la normativa europea de contratación pública hacen

⁵ Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02, DOUE de 12 de abril de 2008). Asimismo, vid. el Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo *Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*, núm. 2/2018.

⁶ Estos caracteres han sido identificados por el Tribunal Supremo en el FJ4.º de su Sentencia de 22 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, recurso núm. 7931/2002.

que la selección del socio privado de una sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos deba realizarse a través de un procedimiento que garantice la libre concurrencia, no siendo posible la adjudicación directa de la gestión de un servicio público a una sociedad de economía mixta preexistente, la cual colocaría a la empresa que participa en el capital en una situación de ventaja respecto de sus competidores⁷.

Cuando pretende adjudicarse la gestión de un servicio público a una sociedad de economía mixta, pueden darse dos supuestos, fundamentalmente: que la sociedad ya se halle constituida o que se pretenda su creación *ex novo*. En ambos casos, es necesario celebrar un procedimiento en el que quede garantizada la concurrencia: las entidades adjudicadoras no pueden «recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta», sin embargo, el diseño del mismo será diferente [*Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02)*].

En el caso de las sociedades de economía mixta preexistentes, la atribución a las mismas de la gestión del servicio de que se trate pasa por su previa participación en el procedimiento de contratación que, en su caso, se celebre y en su eventual selección como contratista⁸. Más problemas se ha planteado respecto de las sociedades de economía mixta de nueva creación, en concreto, respecto del diseño del procedimiento a emplear para la selección del socio privado y para la posterior adjudicación a la nueva sociedad del servicio público de que se trate, cuestión que será objeto de análisis detenido en el siguiente apartado.

3.1.3. Tercera premisa: en las sociedades de economía mixta creadas ex novo el acto de selección del socio privado va acompañado de la creación de la sociedad de economía mixta y de la atribución a la misma de la gestión del servicio público

De acuerdo con la interpretación del Ordenamiento jurídico comunitario realizada por la Comisión Europea, deben descartarse como modo adecuado de selección del socio privado aquellos basados en la celebración de una doble licitación –una primera para la selección del socio privado de la CPPI, y una segunda para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto– por considerarlos poco prácticos –quien haya sido seleccionado como socio, podría terminar siéndolo de una sociedad que no resultase adjudicataria del servicio en cuestión–. Así, se propone el siguiente modo de creación: el socio privado debe ser seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto sea el contrato público o la concesión cuya ejecución corresponderá a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. En definitiva, lo que la Comisión propone es que la selección del socio privado vaya acompañada de la creación del instrumento de colaboración público-privada institucionalizada y, a su vez, de la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto [*Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02)*].

Esta fórmula ha sido avalada por la STJUE, de 15 de octubre de 2009, “ACOSET”, asunto C-196/08, § 59-63. En este pronunciamiento, el Tribunal rechazó los procedimientos de doble licitación: una para seleccionar al socio privado y otra para adjudicar el servicio a la sociedad de economía mixta ya constituida, justificando dicha posición en los siguientes argumentos: a) un procedimiento así diseñado casa mal con el ahorro de trámites que inspira a las colaboraciones público-privadas institucionalizadas y b) resulta disuasorio tanto para las entidades privadas como las públicas, dada la incertidumbre jurídica que existe respecto de la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

⁷ En principio, aquel negocio jurídico por el que se pretende adjudicar a una sociedad de economía mixta la gestión de un servicio público parece encajar en el concepto de contrato de servicios o de concesión de servicios previstos en el artículo 2.1.9) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Febrero de 2014, sobre contratación pública y en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Vid., entre otras: STJUE, de 15 de octubre de 2009, “ACOSET”, asunto C-196/08, § 56; STJUE de 10 de noviembre de 2005, “Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria”, asunto C-29/04, § 48 o STJUE, de 11 de enero de 2005, “Stadt Halle”, asunto C-26/03, § 52.

⁸ Al contar con participación de capital privado queda, en cualquier caso, excluida su posible condición de medio propio (Gimeno Feliú, 2019, p. 775). *Vid.*, entre otras, la STJUE, de 11 de enero de 2005, “Stadt Halle”, asunto C-26/03 o la STJUE, de 13 de octubre de 2005, “Parking Brixen”, asunto C-458/03.

Así, se concluye que puede adjudicarse la gestión del servicio a la sociedad mixta sin necesidad de una doble licitación siempre que la selección del socio privado se realice a través de un procedimiento respetuoso con los principios del derecho comunitario en el que se empleen criterios que no se basen, únicamente, en el capital aportado, sino en los que se tengan en cuenta la capacidad técnica y las características de la oferta respecto de las prestaciones específicas a realizar.

La selección del socio privado siguiendo un procedimiento con dichas características permite, según sostiene el TJUE, la adjudicación directa a la sociedad de economía mixta que eventualmente se cree, siempre y cuando la sociedad conserve el mismo objeto social durante todo el tiempo que dure el contrato y teniendo en cuenta que toda modificación sustancial del mismo obligaría a proceder a una nueva licitación.

Lo cierto es que, en España, la forma en que venía llevándose a cabo la selección del socio privado de las sociedades de economía mixta coincidía, en esencia, con la señalada en la sentencia ACOSSET. Las sociedades de economía mixta se configuraban en la normativa de contratos del sector público anterior a 2017, como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, de manera que la selección del socio privado se llevaba a cabo a través de un único procedimiento, transparente y competitivo, que tenía por finalidad la selección de dicho socio –empleando criterios basados en la capacidad técnica y en las características de las ofertas–. Ésta iba acompañada de la creación de la sociedad de economía mixta y de la atribución a la misma de la gestión del servicio de que se tratase, de manera que dicha sociedad gozaría de una posición asimilable a la del concesionario en la terminología del antiguo contrato de gestión de servicios públicos (art. 182 del RLCAP). El adjudicatario, en primera instancia, era el socio privado, no obstante, el contrato, a través de los pliegos, se condicionaba a la creación posterior de una sociedad de economía mixta a la que correspondería su ejecución (art. 25 del derogado TRLCSP), por lo que, de acuerdo con lo expuesto, *de facto* ésta asumía una posición asimilable a la del contratista⁹. Así, ni existía en nuestro ordenamiento una doble licitación ni una previsión expresa de la posibilidad de adjudicar directamente a la sociedad resultante la gestión del servicio público de que se tratase –exigencia que, en ningún caso, se deriva del Derecho de la Unión Europea–.

En la actualidad, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, de entrada, no parece que haya afectado al sistema anterior en este punto, siempre que la selección del socio se realice a través de alguno de los procedimientos previstos en la LCSP de 2017 para la celebración del contrato de servicios o de concesión de servicios, fórmulas adecuadas en el nuevo texto legal para canalizar la gestión de un servicio público, quedando así garantizados los principios de igualdad de trato, libre competencia y no discriminación por razón de la nacionalidad¹⁰. A continuación, se volverá sobre esta cuestión.

3.1.4. Cuarta: la supresión del contrato de gestión de servicios públicos no impide el recurso a la sociedad de economía mixta como fórmula gestora ni exige la celebración de una doble licitación para la adjudicación del servicio de que se trate

Como acaba de señalarse, la creación de sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos en el ordenamiento jurídico español se canalizaba a través del contrato de gestión de servicios públicos, fórmula genuina de nuestro derecho que ha permitido llevar a cabo la selección del socio privado y la adjudicación del servicio a la sociedad de forma totalmente respetuosa con el Derecho de la Unión Europea.

La supresión de dicho contrato a través de la LCSP de 2017 no impide, sin embargo, que se pueda continuar recurriendo a esta figura para la gestión de servicios públicos y, en general, en el marco de cualquier tipo contractual. Como se ha dicho anteriormente, en la actualidad, la gestión de servicios públicos ha de canalizarse a través, bien del contrato de concesión de servicios, bien a través del contrato de servicios, pero nada impide que, en virtud del principio de libertad de pactos (art. 34.1 LCSP de 2017), el contrato de que se trate tenga por objeto la selección del socio privado de la futura sociedad de economía mixta condicionada a la creación posterior de ésta última para llevar a cabo su ejecución, la cual se realizará de acuerdo con

⁹ Esta concepción, aparentemente sencilla, debe ser matizada, por ejemplo, respecto de la apreciación de las causas de resolución contractual, en concreto, de la contenida en el art. 211 b) de la LCSP de 2017, «la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento» (Santiago Iglesias, 2015, p. 103), o respecto del disfrute de las garantías del contratista por el socio privado de una sociedad de economía mixta (González-Deleito Domínguez y Carpintero Rodríguez, 2019, p. 5).

¹⁰ Sin embargo, aunque España se había mantenido al margen de dicha polémica, en torno a esta situación se han generado múltiples problemas en otros ordenamientos, como el italiano, en el que, finalmente, se ha optado por adoptar la solución postulada por la Comisión.

lo establecido en los pliegos¹¹. En ellos se especificarán las características esenciales relativas a la organización y funcionamiento de la nueva sociedad, en especial, de aquellas que se refieren a la composición del capital y a su objeto social, el cual deberá mantenerse inalterado durante la duración del contrato, sin perjuicio de la aplicación del régimen de las modificaciones contractuales contenido en los artículos 203 y ss. de la LCSP de 2017¹².

Es más, como se ha apuntado, ni en la legislación anterior de contratos, ni en la actual, tras la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, existe impedimento alguno para crear sociedades de economía mixta en el marco de cualquier tipo contractual, encontrándose, precisamente, en el citado art. 34.1 LCSP de 2017 el amparo legal para hacerlo (equivalente al art. 25 del derogado TRLCSP).

El límite principal a dicho principio en el ámbito del Derecho administrativo se encuentra en la propia ley de contratos, cuyo contenido se presume derecho necesario, primando dicha norma sobre lo establecido en los pliegos en caso de contradicción (Gil Ibáñez, 2020, p. 83). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el principio de libertad de pactos resulta plenamente aplicable puesto que la LCSP no contiene ninguna prohibición expresa respecto de la creación de sociedades de economía mixta en el marco de ninguno de los contratos en ella regulados, salvo las limitaciones derivadas, en la legislación anterior, de la DA29 del TRLCSP y, en la vigente, de la DA22 de la LCSP de 2017, cuyo alcance será analizado a continuación¹³.

Por tanto, con carácter general, y siempre que así se establezca en los pliegos, podrá recurrirse a las sociedades de economía mixta, tanto para la ejecución de contratos que tengan por objeto la gestión de servicios públicos –contrato de servicios o de concesión de servicios– como para la de cualquier otro tipo contractual.

3.2. Una posible respuesta: las sociedades de economía mixta continúan siendo una fórmula de gestión de servicios públicos tras la LCSP de 2017

De las premisas anteriormente expuestas parece deducirse que la gestión de un servicio público puede encomendarse a una sociedad de economía mixta previa celebración de un contrato de servicios o de un contrato de concesión de servicios, según corresponda. En ambos casos, el procedimiento de contratación tendrá por objeto la selección del socio privado que participará con la Administración titular del servicio en la sociedad mixta. Así, la adjudicataria del contrato no sería, en primera instancia, la sociedad, aunque, posteriormente, ésta asuma la posición del contratista, ya que el contrato se adjudica al licitador que resulte elegido a condición de que constituya la sociedad de economía mixta en los términos indicados en los pliegos del contrato, acto que irá acompañado de la atribución a la misma de la gestión del servicio público de que se trate.

¹¹ En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. El pliego de condiciones ha venido considerándose por la jurisprudencia como ley de contrato, con fuerza vinculante para las partes. *Vid.* la STS de 19 de marzo de 2001, RC 565/1994. En aplicación de la jurisprudencia anterior puede verse, como ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Cantabria núm. 219/2016, de 1 de abril.

¹² Respecto a la posibilidad de constituir una sociedad de economía mixta para la gestión de varios servicios públicos, hay que señalar que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, no existe ningún impedimento para que existan sociedades plurifuncionales, siempre que se adopten determinadas cautelas. Así, según la Comisión, «el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación [...] las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz» [*Vid.* Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPPI) (2008/C91/02)]. Es decir, desde el punto de vista comunitario, lo importante es que en el proceso de selección del socio privado quede claro, de un lado, cuál es el servicio o servicios que se van a erogar por la empresa mixta y, eventualmente, qué otros servicios le pueden ser encomendados y, de otro lado, en qué condiciones se producirán dichas encomiendas. En relación con esta cuestión, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia en su Informe 1/2009, de 25 de junio, de consulta sobre el régimen jurídico aplicable y ampliación del objeto de los contratos de gestión de servicios públicos, ha señalado que es posible que el objeto del contrato de gestión de servicios públicos recogido en los pliegos esté constituido por prestaciones futuras, es decir, por prestaciones que, eventualmente, podrá llevar a cabo el adjudicatario de dicho contrato, sin que sea necesaria una nueva adjudicación y sin que ello suponga una modificación del contrato ni una vulneración de los principios de concurrencia y transparencia ya que al estar esta circunstancia prevista en los pliegos, los licitadores, en el momento de presentar sus ofertas, tenían conocimiento de la misma. El único requisito que se establece es que, con carácter previo al momento en que se decida llevar a cabo esa nueva actividad, se tramite un expediente contradictorio de aceptación y negociación de las condiciones en el que las partes definan con exactitud las obligaciones y responsabilidades asumidas (Santiago Iglesias, 2010, p. 141).

¹³ Sobre el principio de libertad de pactos en materia de contratación en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, *vid.* la STJUE, de 19 de junio de 2008, “Nachrichtenagentur GmbH”, C-454/06.

Así las cosas, la cuestión ahora reside en encajar dicha conclusión con el contenido de la DA22 de la LCSP de 2017, «adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta», en la que algunos autores han visto un obstáculo al empleo de las sociedades de economía mixta para la gestión de servicios públicos en el marco de contratos de servicios (Alemany Garcías, 2019, p. 124; Fuentes i Gasó, 2019, p. 43; Rego Blanco, 2017a, p. 66; Rego Blanco, 2017b, p. 151), cuestión que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

4. LÍMITES AL EMPLEO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

4.1. Límites derivados de la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP de 2017

4.1.1. Origen de la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP de 2017

El origen de la DA 22 de la LCSP de 2017 se encuentra en la disposición adicional trigésimo-quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducida por la disposición final 16.34 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dio lugar a la disposición adicional vigésimo novena del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, el contenido de sus antecesoras se aleja bastante del actual. En la DA35 de la LCSP de 2007 se establecía que los contratos públicos y concesiones podían adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurriese capital público y privado, siempre que la selección del socio privado se hubiese efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP de 2007 para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituyese su objeto y siempre que no se introdujesen modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se hubiesen tenido en cuenta en la selección del socio privado.

Lo cierto es que, en su redacción original, dicha disposición se limitaba a reiterar la posibilidad de hacer lo que ya era una realidad aplicando el clausulado general de la ley de contratos que, de un lado, configuraba expresamente la sociedad de economía mixta como una forma del contrato de gestión de servicios públicos y, de otro lado, en virtud de la libertad de pactos, permitía el recurso a esta figura en el marco de otros tipos contractuales. A pesar de la innecesaridad de su contenido material –el cual se derivaba del Derecho de la Unión Europea y de lo dispuesto en la normativa interna de contratos públicos– lo cierto es que no puede negarse el valor didáctico de dicha disposición, en la que se regulaban de forma expresa, por primera vez en nuestro ordenamiento, ciertos límites respecto de estas fórmulas de CPPI, en concreto, en lo que se refiere a la modificación del objeto y de las condiciones del contrato que, en su caso, se hubiese celebrado. Es decir, se condicionaba expresamente la realización por la sociedad de otras actividades distintas de aquella que constituía el objeto de contrato en el marco del cual se creaba y, en su caso, se introducían límites respecto de su actividad *extra moenia* (Santiago Iglesias, 2010, p. 141)¹⁴.

La disposición adicional vigésimo novena del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), mantuvo la redacción anterior y añadió un segundo párrafo relativo a las formas de financiación a las que podían acudir estas sociedades: ampliaciones de capital –siempre que no se modificasen las condiciones esenciales de adjudicación, salvo que se hubiese previsto en el contrato– y titulación de derechos de cobro.

En la vigente LCSP de 2017, el equivalente a dicho precepto se encuentra en la DA22, cuya nueva redacción ha dado lugar a dudas interpretativas acerca de su alcance, que serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

4.1.2. Alcance de la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP de 2017

La DA22 de la LCSP de 2017 ha introducido algunos cambios relevantes respecto de sus homólogas, anteriormente referidas.

¹⁴ Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02).

En su primer párrafo, se disciplina la posibilidad de adjudicar directamente a las sociedades de economía mixta los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios siempre y cuando se cumplan, fundamentalmente, dos condiciones: mayoría del capital público en dicha sociedad y elección del socio privado a través de los procedimientos de adjudicación disciplinados en la LCSP para dichos tipos de contrato.

Asimismo, se recuerda que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios de que se trate únicamente se podrá realizar de conformidad con el régimen contenido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo.

En su segundo párrafo, se introduce expresamente la prohibición de que la sociedad de economía mixta acceda como concesionaria a otros contratos diferentes de los de concesión de obras o concesión de servicios que, en su caso, se hubiesen celebrado, recordando la necesidad de que, para ello, se celebre un nuevo procedimiento de licitación.

No obstante, lo cierto es que, sin perjuicio del valor didáctico de estas dos últimas precisiones, su contenido se derivaba ya del Derecho de la Unión Europea y del articulado de la propia LCSP de 2017, dado que, de un lado, el régimen de modificados contractuales resultaría de aplicación, en todo caso, con independencia de incluir esta previsión expresa (Rego Blanco, 2017b, p. 158) y, de otro lado, la prohibición de adjudicación de nuevos contratos sin licitación previa es consustancial a la normativa contractual¹⁵.

4.1.2.1. *Ámbito de aplicación: ¿contiene la DA 22 de la LCSP de 2017 el régimen jurídico general aplicable a este tipo de sociedades o sólo una excepción al mismo para aquellas constituidas en el marco de un contrato de concesión de servicios o de concesión de obras?*

La redacción de la DA22 es poco clara y, de su literalidad es posible extraer, al menos, dos posibles lecturas.

El análisis exegético de dicho precepto no es suficiente para determinar el alcance de su contenido. Por este motivo, se ha acudido al método teleológico, empleado de dos formas: de un lado, se ha confrontado el resultado del análisis literal de la DA22 con el resto de la LCSP, con el objetivo de garantizar que éste respete su lógica interna y la lógica del Ordenamiento en el que se integra y, de otro lado, se ha confrontado la lectura literal de la DA22 con los fines perseguidos por la LCSP de 2017.

En la nueva LCSP son escasas las referencias expresas a las sociedades de economía mixta, limitadas, básicamente, al art. 28.3 de la LCSP de 2017 –donde se contiene una mención a las mismas respecto de la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia en la contratación– y a la mencionada DA 22 de la LCSP de 2017, sobre la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta.

Así, en virtud del principio de libertad de pactos (art. 34.1 de la LCSP de 2017) y en ausencia de prohibición alguna de recurrir a este tipo de sociedades al disciplinar el régimen aplicable a los contratos de servicios y de concesión de servicios –tipos contractuales apropiados en la nueva ley para la gestión de servicios públicos–, nada impediría que se introdujese como condición contractual la creación de una sociedad de economía mixta participada por la Administración que licita el contrato y por el socio privado que resultase seleccionado para su ejecución en los términos indicados en los pliegos. Esta lectura sería, asimismo, compatible con lo dispuesto en el art. 28.3 de la LCSP de 2017: «De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta». Este artículo, se limita a recordar la posibilidad de que las entidades públicas colaboren con entidades privadas, previendo, a título ejemplificativo, la posibilidad de que se acuda, para ello, a sociedades de economía mixta en el marco de contratos de concesión de obra y concesión de servicio, pero sin impedir, en modo alguno, que puedan constituirse en el seno de otros contratos.

Siguiendo la argumentación anterior, cabría concluir que es posible crear sociedades de economía mixta para la ejecución de cualquier contrato administrativo. No obstante, esta regla general debería completarse con lo dispuesto en la DA22 de la LCSP de 2017, que introduciría ciertos límites a su empleo como

¹⁵ En este sentido, debe recordarse una vez más, que las sociedades de economía mixta no tienen la condición de medio propio, al contar con participación privada en su capital y, por tanto, no caben, respecto de ellas, los encargos sin una licitación previa.

instrumento para canalizar contratos de concesión de servicios y de concesión de obras, los cuales deberían ser objeto, en todo caso, de interpretación restrictiva: *odiosa sunt restringenda*. A continuación, se examinará su posible alcance.

Teniendo en cuenta su ubicación, entre las disposiciones adicionales de la LCSP de 2017, podría pensarse que la DA22 establece particularidades respecto del uso de las sociedades de economía mixta en el marco, únicamente, de los contratos de concesión de servicios y de concesión de obras, es decir, contendría una excepción a la regla general antes expuesta. Así parece desprenderse, además, de una interpretación literal de su propio título: “Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta”.

La incorporación de este régimen especial en una disposición adicional, aunque introduce cierta confusión, podría estar justificada por la finalidad de dicho tipo de disposiciones: incorporar las reglas que no puedan situarse en el articulado sin perjudicar su coherencia y unidad interna¹⁶. Así, ante la ausencia de un régimen general aplicable a las sociedades mixtas en el articulado —el cual hubiese sido deseable—, la regla es la posibilidad de introducir como condición, en cualquier contrato, la creación de una sociedad de economía mixta, con las modulaciones contenidas en la DA22, las cuales se aplicarían, únicamente, en el caso de los contratos de concesión de servicios y de concesión de obras. La peculiaridad introducida por la DA22 para estos casos se reduce, esencialmente, a la exigencia de que la sociedad de economía mixta que se cree sea mayoritariamente pública, dado que el resto de su contenido resultaría de aplicación a toda sociedad mixta constituida en el seno de cualquier otro contrato regulado en la LCSP de 2017, tal y como se ha apuntado más arriba, por tratarse de límites derivados del propio articulado de la LCSP y no, exclusivamente, de la DA22 de la LCSP de 2017.

En todo caso, la opción del legislador de establecer esta exigencia resulta cuestionable, tanto formal como materialmente. Desde el punto de vista formal, lo más conveniente habría sido introducir una regulación más completa del régimen jurídico-contractual de las sociedades de economía mixta en el articulado de la ley y, desde el punto de vista material, no se entiende la necesidad de limitar la participación privada en el capital social de este tipo de sociedades, teniendo en cuenta que su objeto consiste en ejecutar contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, caracterizados por trasladar el riesgo operacional al contratista, cuya posición ocupa, en este caso, una sociedad, curiosamente, con mayoría de capital público. Con independencia de su posición sobre el alcance de la DA22 de la LCSP de 2017, la doctrina coincide en criticar esta exigencia (Gimeno Feliú, 2019, p. 775; Rego Blanco, 2017b, p. 157).

En esta línea parece situarse el Tribunal Constitucional, quien, al analizar la posible vulneración por la regulación de la DA22 LCSP de 2017 del principio de autoorganización alegada por el Gobierno de Aragón, ha señalado que: «el objeto de la disposición adicional impugnada no es la creación de sociedades de economía mixta, sino la adjudicación de concesiones de obras o de servicios a las ya existentes o de las que se constituyan a tales efectos. [...]». (STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, FJ 7Bj). Podría deducirse de ella que la DA22 no resulta de aplicación a toda sociedad de economía mixta sino sólo a la adjudicación de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a aquellas que, o bien ya han sido creadas, o bien serán creadas a estos efectos. Si bien, no se ha profundizado en dicha sentencia en la cuestión planteada en este trabajo.

Frente a ésta que acaba de exponerse, caben otras posibles lecturas de la DA22, según las cuales dicho precepto contendría la definición legal de sociedad de economía mixta a efectos de la normativa de contratación pública, de tal manera que sólo podrían constituirse sociedades de economía mixta en los supuestos expresamente regulados en la DA 22, es decir, en el marco de contratos de concesión de servicios y de concesión de obras y siempre y cuando la participación social sea mayoritariamente pública y se seleccione al socio privado a través de los procedimientos previstos en la ley. Se trata ésta de una lectura de la norma que va más allá de las exigencias de las Directivas en materia de contratos públicos; no obstante, ha encontrado respaldo entre la doctrina académica (Alemany Garcías, 2019, p. 124; Fuentes i Gasó, 2019, pp. 37-43; Rego Blanco, 2017b, p. 151) y ha sido asumida por algunas Juntas Consultivas de Contratación¹⁷.

¹⁶ De acuerdo con 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 (Ia2), en la redacción del contenido de la parte dispositiva de una norma ha de seguirse el siguiente orden: a) de lo general a lo particular; b) de lo abstracto a lo concreto; c) de lo normal a lo excepcional; d) de lo sustantivo a lo procesal).

¹⁷ Vid., por ejemplo, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 120/18, p. 7. No obstante, en dicho informe se puntualiza que aquellos contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP de 2017 se rigen,

Esta segunda opción interpretativa se construye sobre los siguientes pilares: la jurisprudencia contenida en la mencionada STJUE “ACOSET” –la cual, como se ha señalado, no sería, en realidad, un obstáculo a la primera opción interpretativa que se ha apuntado– y la lectura comparada de la nueva LCSP con el derogado TRLCSP. En este último, se contemplaba la sociedad de economía mixta como una de las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos (art. 211 TRLCSP), introduciendo a través de la DA 29 el régimen jurídico general aplicable a las sociedades de economía creadas no sólo en el marco de dicho contrato sino en el de cualquier contrato público. Así, quienes defienden esta opción interpretativa parecen sostener que la creación de cualquier sociedad de economía mixta requiere de una previsión normativa expresa, la cual se encontraría en la DA22 de la LCSP de 2017. Así, de acuerdo con esta lectura, mientras la derogada DA29 amparaba la creación de sociedades de economía mixta en el marco de cualquier contrato, la vigente DA22 LCSP habría limitado dicha figura a la ejecución de concesiones de obra y concesiones de servicio.

No obstante, la equiparación del sentido de ambas adicionales no parece que pueda realizarse de forma automática.

Tal y como se ha explicado en el apartado relativo al origen de la DA 22 LCSP, la derogada DA29 no podía entenderse como una habilitación normativa para la constitución de sociedades de economía mixta en el marco de un contrato administrativo. El valor de la DA29 era fundamentalmente didáctico, dado que la habilitación normativa para la creación de estas sociedades ya existía, en virtud, del mencionado principio de libertad de pactos, de acuerdo con el cual la adjudicación de cualquier contrato podía condicionarse en los pliegos a la creación posterior de una sociedad de economía mixta con las características que en ellos se hubiesen fijado. No se encontraba dicha habilitación normativa el antiguo contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de sociedad de economía mixta, ya que, en realidad, su adjudicatario era el socio privado y no la sociedad en sí misma, de modo que la atribución de la gestión del servicio a la sociedad mixta no se producía automáticamente en un primer momento sino, tras la selección del socio, en aplicación de las condiciones contenidas en los pliegos del contrato, donde se preveía la de crear con posterioridad una sociedad con las características establecidas en ellos. En puridad, esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos no era más que un tipo de concesión condicionada, en virtud de los pliegos del contrato, a la creación de una sociedad con unos requisitos determinados. Así, por lo expuesto, cabe concluir que la supresión de dicho contrato administrativo no ha afectado, en absoluto, a la posibilidad de continuar empleando este tipo de sociedades para la gestión de servicios públicos.

4.1.2.2. *¿Introduce alguna novedad la DA22 LCSP respecto de las entidades que pueden tener la condición de socio público en las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos?*

Las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales pueden definirse como aquellas en las que se cumplen cuatro requisitos: primero, su objeto social consiste en la realización de actividades configuradas, o susceptibles de ser configuradas, como servicios públicos locales; segundo, su capital social debe estar compuesto por aportaciones provenientes del sector público y del sector privado; tercero, su actividad debe consistir, al menos, en la erogación de un servicio público, y cuarto, su gestión y administración debe compartirse entre el socio privado y el socio público (Santiago Iglesias, 2010, p. 69).

Respecto, en concreto, de la composición de su capital social, de forma idéntica, el antiguo artículo 156 del TRLCAP y el derogado artículo 253.d) de la LCSP de 2007 (equivalente al art. 277 TRLCSP de 2011), al regular las distintas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, señalaban como posibles socios públicos a la propia Administración titular del servicio o a una entidad pública de ella dependiente: «la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

La vigente LCSP de 2017, como se ha indicado, no contiene una definición legal, ni siquiera mínima, como sucedía en sus predecesoras, de sociedad de economía mixta, eliminándose, por tanto, la referencia expresa a la posibilidad de que la Administración titular del servicio de que se trate pueda participar en dicho tipo de sociedades, además de por sí misma, a través de alguna de sus entidades dependientes.

en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria primera, apartado segundo, por la normativa anterior, de modo que a las sociedades de economía mixta creadas en el marco de dichos contratos no les resultarían de aplicación dichos límites, en el caso que se les adjudicase directamente la ejecución de nuevas prestaciones previstas en el contrato inicial. Asimismo, *vid.* el Informe 22/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 11.

Por su parte, la DA 22 de la LCSP de 2017 no introduce especialidad alguna respecto de la naturaleza de las entidades que pueden ostentar la condición de socio público en dicho tipo de sociedades, limitándose a exigir para el caso de aquellas creadas en el marco de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, como es lógico, la concurrencia de capital público –si bien, mayoritario– y privado¹⁸.

Para responder a esta cuestión, hay que diferenciar dos supuestos: de un lado, la entidad que licita el contrato y, de otro, la entidad a través de la cual podría ésta actuar como socio público en la sociedad de economía mixta, dado que ambas no tienen por qué coincidir, necesariamente.

Respecto de las entidades que pueden celebrar un contrato de servicios o de concesión de servicios a ejecutar a través de una sociedad de economía mixta, de un lado, se encontrarían aquellas consideradas como administración pública a efectos de la LCSP, que celebrarían, en puridad, contratos administrativos típicos de servicios o concesión de servicios y, de otro lado, entidades calificadas como poderes adjudicadores no administración pública que celebrarían contratos privados con un contenido análogo al de los contratos mencionados¹⁹. Nada obsta, de entrada, a que en el marco de cualquier contrato con dicho objeto celebrado por un poder adjudicador no administración pública se introdujese en sus pliegos la condición de crear una sociedad mixta.

Por lo que se refiere a las entidades que, eventualmente, podrían ostentar la condición de socio público en este tipo de sociedades, desaparecida la limitación contenida en la regulación anterior que exigía que se tratase de entidades con personalidad jurídico pública, no parece que exista inconveniente en que la entidad licitadora pueda participar a través de alguna de sus entidades instrumentales, con independencia de su personalidad jurídica, pública o privada, tanto respecto de los supuestos comprendidos en el ámbito de la DA22 de la LCSP de 2017 (contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios) como respecto de cualquier otro contrato regulado en la ley cuya ejecución se lleve a cabo a través de una sociedad mixta²⁰. No obstante, aún no siendo necesario, esta posibilidad debería perverse en los pliegos.

Analizada la cuestión, en general, respecto de los socios públicos de sociedades de economía mixta constituidas en el marco de contratos servicios y de concesión de servicios, a continuación, se examinará quién puede ostentar la posición de socio público en el caso sociedades creadas en el marco de dichos contratos cuando su objeto sea la gestión de un servicio público local.

De un lado, por lo que se refiere a la entidad licitadora del contrato de servicios o de concesión de servicios, al tener por objeto la gestión de un servicio público, parece que la celebración del contrato deberá corresponder únicamente a la Administración titular del servicio, dadas las funciones que deberá asumir: establecer su régimen jurídico, declarar expresamente que asume como propia la actividad de que se trata, determinar el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (art. 284.2 LCSP y 312 a LCSP). Así las cosas, el contrato deberá celebrarlo una entidad con la consideración de administración pública a efectos de la LCSP y se calificará como administrativo.

De otro lado, respecto de las entidades que, además de la propia administración titular del servicio, puedan ser empleadas por ésta para participar como socio público en una sociedad mixta en el ámbito local, no parece que exista inconveniente, con carácter general, en que pueda otorgarse la condición de socio público en dicha sociedad a una entidad de ella dependiente, al margen de su personalidad jurídico-pública o privada, al haberse eliminado del texto de la LCSP de 2017 la exigencia de que cuente con personalidad jurídico pública. De acuerdo con el art. 85 LBRL, podrían ostentar tal condición los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles íntegramente públicas.

¹⁸ Algunos autores han apuntado la posibilidad, a partir del análisis de la DA22 de la LCSP, de que puedan actuar como socios públicos de una sociedad de economía mixta otras entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración pública (Fuentes I Gasó, 2019, p. 41; Rego Blanco, 2017b, p. 155).

¹⁹ El art. 15.1 de la LCSP define los contratos de concesión de servicios como aquellos en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. No obstante, en puridad, el régimen jurídico del contrato será diferente en función de que la parte contratante tenga la condición de administración pública o de poder adjudicador no administración pública.

²⁰ Un posible límite podría ser, por ejemplo, que las entidades dependientes tuviesen la condición de medio propio respecto de la Administración matriz, con el fin de proteger el principio de libre concurrencia.

No obstante, cuando la participación en la sociedad se realice a través de alguna de estas entidades, habrán de tenerse en cuenta los límites establecidos en la disposición adicional novena de la LBRL, a los que se hará referencia en apartados posteriores.

4.1.2.3. *¿Cómo se conjuga el contenido de la DA22 LCSP y del art. 69 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia?*

El art. 69 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante RDPTR) contiene el régimen aplicable en aquellos casos en que la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española (en adelante, PRTR) se lleve a cabo a través de sociedades de economía mixta.

En concreto, su regulación se circunscribe a aquellos supuestos en que se emplee este tipo de sociedades en el marco de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios.

Su redacción, sigue, esencialmente, el mismo esquema de la DA22 de la LCSP de 2017, refiriéndose, de forma equívoca, como se ha señalado, a la adjudicación directa de dichos contratos a este tipo de sociedades. No obstante, en este precepto, se distinguen dos supuestos: a) aquellos referidos a la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando esté sujeto a regulación armonizada en el sentido definido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre o sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, relativo a un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española y b) aquellos otros no sujetos a regulación armonizada en el sentido anterior, pero que conforme a la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, deban sujetarse a esta última Ley por no superar los umbrales correspondientes, cuando dicho contrato tenga por objeto el desarrollo de un proyecto enmarcado en el PRTR.

En ambos casos, al igual que sucede en la DA22, se exige que en la sociedad de que se trate concurra mayoritariamente capital público con capital privado y, con una finalidad esencialmente didáctica, se dispone, de un lado, que la selección del socio privado se haya realizado de conformidad con los procedimientos establecidos en la normativa de contratos públicos y, de otro lado, que cualquier alteración de los términos iniciales del contrato se sujete al régimen de modificación contractual previsto en la misma.

Una peculiaridad importante respecto del régimen contenido en la DA22 LCSP es la distinción, dentro del supuesto relativo a los contratos no sujetos a regulación armonizada, de diferentes regímenes en función de la naturaleza del sujeto que actúe como socio público en la sociedad mixta de que se trate. Así, se diferencia entre aquellos casos en que la selección del socio privado se lleve a cabo por una entidad del sector público que no tenga la consideración de administración pública a efectos de la LCSP –respecto de los cuales se remite a las reglas del art. 312.2 b) LCSP y a las especialidades reguladas en el propio art. 69.3 del RDPTR– y aquellos otros en los que la selección del socio privado se lleve a cabo por una administración pública –en los que se aplicarán los procedimientos de la LCSP–.

Del mismo modo que se ha indicado al analizar la DA22 LCSP y con valor fundamentalmente didáctico, el art. 69 RDPTR contiene, además: una remisión a la LCSP respecto del régimen aplicable a la modificación de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios que se adjudiquen directamente con arreglo a lo previsto en dicho precepto; la advertencia de que la adjudicación a la sociedad de economía mixta que eventualmente se cree requiere de la celebración de un nuevo procedimiento de licitación y, por último, la referencia a los posibles medios de financiación a utilizar.

En consecuencia, el art. 69 RDPTR reproduce, en esencia, el contenido de la DA22, introduciendo algunas novedades. En especial, hay que llamar la atención sobre la diferenciación que realiza entre el régimen aplicable a contratos celebrados por administraciones públicas y por otros entes del sector público que, no obstante, tendrán la consideración de contratos privados, sujetos a un régimen jurídico sustancialmente diferente. Asimismo, resulta llamativo el hecho de que se omite en su articulado el régimen aplicable a los contratos celebrados por poderes adjudicadores no administración pública.

Así las cosas, siguiendo el razonamiento expuesto en los apartados precedentes, en resumen, el régimen general sería la posibilidad de constituir sociedades de economía mixta en el marco de cualquier contrato celebrado por entidades sujetas a la LCSP, con las especialidades introducidas, de un lado, en la DA22, respecto de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios y, de otro lado, en el art. 69 del RDPTR respecto de dichos contratos, cuando los liciten administraciones públicas u otras entidades

sujetas a la normativa de contratos públicos, siempre que se celebren en el marco proyectos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española. El RDPTR es, en realidad, una norma especial en la que se prevén mecanismos ágiles para la ejecución eficaz de los fondos vinculados al Plan europeo de Recuperación, estableciendo normas específicas para la contratación vinculada a estos fondos (Díez Sastre, 2021, p. 7; Gimeno Feliú, 2021).

4.2. Límites derivados de la modificación de la LBRL introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

En el ámbito local, se aprovechó el proceso de reforma de la normativa básica local, que cristalizó con la aprobación de la LRSAL, para adoptar una serie de medidas tendentes, por una parte, a reducir el tamaño de su sector público, mediante la extinción de aquellas sociedades en las que se dieran determinadas circunstancias y, por otra parte, a reordenar su crecimiento futuro, introduciendo importantes limitaciones al recurso a estas fórmulas (Boto Álvarez, 2014, pp. 504-515; Martínez-Alonso Camps, 2014, p. 620; Montoya Martín, 2014, pp. 34-41). A continuación, por su relación directa con el tema que aquí se estudia, se analizarán aquellas medidas previstas en la nueva Disposición Adicional Novena LBRL, cuya redacción ha sido introducida por la LRSAL, de las que, eventualmente, podrían derivarse límites a la creación de nuevas sociedades de economía mixta (Santiago Iglesias, 2017, p. 161).

Tras la entrada en vigor de dicha reforma, con carácter previo a la creación de una sociedad mercantil en el ámbito local, es necesario analizar, en cada caso, si se cumplen los presupuestos exigidos para ello que se expondrán a continuación.

En primer lugar, se encuentran aquellas medidas mediante las que se prohíbe la creación de *holdings*. Así, en el apartado tercero de la nueva Disposición Adicional Novena LBRL, se prohíbe a los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados en dependencia, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las entidades locales del citado art. 3.1 LBRL o de sus organismos autónomos: a) constituir; b) participar en la constitución; c) adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional. Así, de acuerdo con esta previsión, en el ámbito local no parece posible que las entidades dependientes de las entidades locales del art. 3.1 LBRL (municipio, provincia e isla) participen como socio público en una sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos.

En segundo lugar, las entidades locales señaladas en el art. 3.1 LBRL y los organismos autónomos de ellas dependientes, según lo dispuesto en el párrafo primero de la Disposición Adicional Novena LBRL, no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, de forma directa o indirecta, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes, durante el tiempo de vigencia de su plan económico financiero o de su plan de ajuste. Asimismo, a estas entidades no se les permite realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación aunque, de forma excepcional, podrán realizar dichas operaciones si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su periodo medio de pago a proveedores no supera en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

No obstante, hay que señalar que el legislador no ha delimitado el tipo de sociedades a las que se refiere esta prohibición –como, por otra parte, ha hecho en relación con otras medidas adoptadas en la referida Disposición Adicional Novena–, de tal manera que, de realizarse una interpretación literal del precepto señalado, aquellos municipios en los que concurren las circunstancias anteriores no podrían constituir nuevas sociedades, siendo indiferente la composición de su capital social, es decir, que sean íntegramente públicas o mixtas, y que su objeto social consista en la gestión de servicios públicos o en la realización de actividades económicas. En el caso de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos, la interpretación de dicha disposición en el sentido anterior, llevaría al resultado paradójico de que aquellos municipios que tengan en vigor un plan de ajuste o un plan económico financiero no puedan optar por gestionar indirectamente un determinado servicio público empleando esta modalidad contractual que le permitiría captar financiación privada manteniendo el control sobre su funcionamiento.

En tercer lugar, se limita la posibilidad de recurrir a fórmulas societarias para la gestión directa de servicios públicos (art. 85.2 LBRL). Sin embargo, con carácter general, no se establece ningún tipo de limitación al empleo de fórmulas indirectas de gestión de los servicios públicos, en particular, de las sociedades de economía mixta, más allá de las que se puedan derivar de la aplicación de la Disposición Adicional Novena

de la LBRL, a aquellos municipios que tengan en vigor un plan de ajuste o económico financiero, a las que se ha hecho referencia con anterioridad²¹.

5. REFLEXIÓN FINAL

Las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos se configuraban, hasta la entrada en vigor de la LCSP de 2017, como una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos. La regulación de dicho tipo contractual unida a la libertad de pactos reconocida en el art. 25 del TRLCSP –al amparo de la cual podían constituirse sociedades de economía mixta en el marco de cualquier contrato público, siempre que en los pliegos se introdujese esta condición– evitaron muchos de los problemas existentes en otros países europeos, como Italia, respecto a la fórmula de elección de socio privado o al título de adjudicación de la gestión del servicio a la sociedad mixta de que se trate.

Tras la supresión de dicho contrato, la gestión indirecta de los servicios públicos podrá llevarse a cabo a través del contrato de concesión de servicios o del contrato de servicios, en función de si existe traslación del riesgo operacional al contratista, y, al igual que sucedía bajo la norma anterior, en virtud de la libertad de pactos (art. 34.1 de la LCSP de 2017), en los pliegos del contrato que proceda celebrar podrá introducirse como condición su ejecución a través de una sociedad de economía mixta. Así, la adjudicataria del contrato no sería, en primera instancia, la sociedad, sino el licitador que resulte elegido a condición de que constituya la sociedad de economía mixta en los términos indicados en los pliegos del contrato, acto que irá acompañado de la atribución a la misma de la gestión del servicio público de que se trate, colocándose en una posición asimilada a la del contratista.

En este punto, se plantea la cuestión de cómo encajar dicha regla general con lo dispuesto en la DA 22 de la LCSP de 2017, cuyo alcance puede ser objeto de distintas interpretaciones: una más restrictiva –*odiosa sunt restringenda*–, que es aquella por la que se ha optado en este trabajo, y otra extensiva, que puede enmarcarse en la línea seguida tanto por el legislador español, que ha transpuesto las directivas de contratación con una rigidez excesiva, que va más allá de lo demandado en las mismas (Baño León, 2018, p. 15), como por muchos operadores jurídicos, que tienden a emplear la misma rigidez en la interpretación del alcance de las normas internas de contratación.

La propuesta defendida en este trabajo consiste en entender que la DA22 de la LCSP de 2017 introduce ciertos límites al empleo de las sociedades de economía mixta aplicables, únicamente, a aquellos supuestos en que éstas se crean en el marco de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, como parece desprenderse de su propio título, y que, esencialmente, se reducen a exigir que la sociedad de economía mixta sea mayoritariamente pública, ya que los demás requisitos a los que se hace referencia en la mencionada disposición adicional se derivan del propio articulado de la LCSP de 2017 y tienen una finalidad, esencialmente, didáctica. A estos límites contenidos en la DA22, habrá que añadir, a su vez, los introducidos por el art. 69 del RDPTR, aplicables sólo en aquellos casos en que se recurra a una sociedad de economía mixta para la ejecución de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios celebrados en el marco proyectos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española.

La lectura de la DA 22 de la LCSP de 2017 que aquí se propone permitiría aprovechar el potencial de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos, fórmula que permite mantener un control más estrecho sobre la gestión del servicio de que se trate, contar con el *know-how* del socio privado e, incluso, lograr beneficios derivados de su gestión más eficiente y eficaz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alemayn Garcías, J. (2019). Los encargos a sociedades de economía mixta en la actual Ley de Contratos del Sector Público. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 12, 111-125. <https://doi.org/10.24965/reala.i12.10704>

²¹ A pesar de que esta medida podría cuestionarse desde el punto de vista del respeto al principio de autonomía municipal y a la potestad de autoorganización de las entidades locales, por los motivos señalados anteriormente, en la STC 41/2016, de 3 de marzo, se ha señalado al respecto que: «desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera». En este mismo sentido se había pronunciado, previamente, el Consejo de Estado en su Dictamen 338/2014.

- Almeida Cerredá, A., Gómez-Olano González, D. y Sánchez Gallardo, F. J. (2014). Los contratos del sector público: el contrato de gestión de servicios públicos. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Baño León, J. M. (2018). La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público ¿Regulación o sobre-regulación? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, 11-19.
- Bernal Blay, M. Á. (2010). La colaboración público-privada institucional. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 37, 93-138.
- Boto Álvarez, A. (2014). Redimensionamiento del sector público local. En T. Quintana López (dir.), *La reforma del régimen local* (pp. 465-518). Tirant Lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios. En A. Agulló Agüero (dir.), *Financiación de la sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero* (pp. 232-262). Tirant lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2021). Contratos «open-house»: comprar sin licitar. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 15, 5-23. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10911>
- Fuentes i Gasó, J. R. (2019). La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta. *Cuadernos de Derecho Local*, 50, 14-51.
- Garrido Juncal, A. (2020). *Los servicios sociales en el s. XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Aranzadi.
- Gil Ibáñez, J. L. (2020). *Ley de contratos del sector público. Concordancias, jurisprudencia, índice analítico y normativa complementaria*. Colex.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). El nuevo modelo concesional. Hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, 4-13. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419994
- Gimeno Feliú, J. M. (2019). Las sociedades de economía mixta. En J. M. Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Wolters Kluwer.
- Gimeno Feliú, J. M. (15 de febrero de 2021). *Los fondos Next Generation y la colaboración público privada (I)* [comentario en el blog Pixelware]. <https://pixelware.com/los-fondos-next-generation-y-la-colaboracion-publico-privada/>.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2000). La sociedad privada municipal concesionaria de servicios públicos. En F. Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (pp. 1895-1904). Tirant lo Blanch.
- González-Deleito Domínguez, N. y Carpintero Rodríguez, A. (2019). La posición jurídica del socio privado minoritario en las sociedades de economía mixta. *Actualidad administrativa*, 10.
- Hernández González, F. L. (2016). La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 60, 50-57. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417251
- Hernández González, F. L. (2018). La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 477-516). Aranzadi Thomson Reuters.
- Huergo Lora, A. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, 4, 31-51. <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494>
- Laguna de Paz, J. C. (2017). Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos. *Revista de Administración Pública*, 204, 41-68. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.02>
- López de Castro García-Morato, L. y Ortega Bernardo, J. (2021). Los servicios públicos locales. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Local* (pp. 471-506). Marcial Pons.
- Lazo Vitoria, X. y Noguera de la Muela, B. (2018). Service concessions in Spain. En X. Lazo Vitoria (ed.), *Service concessions in the EU a comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law* (pp. 189-214). Aranzadi Thomson Reuters.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (1961). De la «gestión interesada» a las «cláusulas de interesamiento». *Revista de Administración Pública*, 36, 67-108. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=36&IDA=22187>
- Martínez-Alonso Camps, J. L. (2014). El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos. En J. A. Carrillo Donaire y P. Navarro Rodríguez (coords.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local* (pp. 581-659). La Ley.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2017). Sentido y alcance de la transposición de las Directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública). *Revista de Administración Pública*, 202, 13-41. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.01>
- Menéndez Sebastián, E. M. (2020). El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. *Revista de Administración Pública*, 212, 375-400. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.14>
- Miguez Macho, L. (2016). La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español. En S. Rodríguez Campos (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición* (pp. 217-233). Marcial Pons.

- Montoya Martín, E. (2014). Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *Revista General De Derecho Administrativo*, 36, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414746&d=1
- Morell Ocaña, L. (1999) La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años. *Revista de Administración Pública*, 150, 379-412. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=148&IDA=24271>
- Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M. (2016). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales. *Anuario de Derecho Municipal*, 9, 63-96.
- Ponce Solé, J. (2016). Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones. *Cuadernos de Derecho Local*, 40, 68-108.
- Rego Blanco, M. D. (2017a). La cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 99, 51-88. <https://doi.org/10.46735/raap.n99.53>
- Rego Blanco, M. D. (2017b). Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 4, 151-159. <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10502>
- Ruiz Ojeda, A. (1998). Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 278, 101-170. <https://doi.org/10.24965/reala.vi278.9005>
- Santiago Iglesias, D. (2010). *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*. Iustel.
- Santiago Iglesias, D. (2015). Las sociedades municipales ante el Derecho concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 37, 65-112.
- Santiago Iglesias, D. (2017). Empresas locales. En F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local* (pp. 153-190). Marcial Pons.
- Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. BOE.
- Tornos Mas, J. (2016). La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, 32-49. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417193
- Villarejo Galende, H. y Calonge Velázquez, A. (2018). Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 46, 7-64. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284821870851/Redaccion>



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 11-06-2021
Aceptado: 08-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10951>
Páginas: 118-133

El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo

Legal framework for homeworking in public employment: comparative analysis

Ariana Expósito Gázquez
Universidad de Almería (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6718-5148>
aeg581@ual.es

NOTA BIOGRÁFICA

Graduada en Derecho, Máster en “Abogacía” y Máster en “Derecho Agroalimentario y Actividad de la Empresa” por la Universidad de Almería. Miembro del Grupo de Investigación “Ciencia y Derecho Público en el siglo XXI”. La línea de investigación actual está centrada en el análisis jurídico de las nuevas tecnologías y su aplicación e incorporación dentro del Derecho Administrativo.

RESUMEN

La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha cambiado las perspectivas de desarrollo del teletrabajo dentro de la Administración Pública. El teletrabajo ha pasado de ser una figura cuya evolución estaba estancada, a presentarse como el modelo de organización del trabajo de la sociedad del futuro. En este sentido, la declaración del estado de alarma el 17 de marzo de 2020 se ha convertido en el punto de inflexión de su evolución: durante su vigencia, los empleados públicos han prestado sus servicios a través de esta modalidad, en todos los supuestos que la naturaleza de la actividad lo permitía; y una vez finalizado este, se ha continuado con esta práctica como consecuencia de la grave situación epidemiológica. El aumento (obligado) del uso de esta figura ha provocado su regulación para evitar la inseguridad jurídica de los empleados públicos. Sin embargo, este texto normativo es impreciso en algunos de los términos que utiliza, y demasiado flexible sobre las obligaciones que asumen las Administraciones Públicas.

PALABRAS CLAVE

Empleados públicos; teletrabajo; trabajo a distancia; derechos digitales; Administración digital.

ABSTRACT

Health crisis caused by COVID-19 has changed the prospects for the telework's development in Public Administration. Telework has gone from being a figure whose evolution was stagnant, to presenting as the work organisation model of the future. In this sense, the declaration of the state of alarm on 17 March 2020 has become the turning point in its evolution: during its validity, public employees have provided their services through this modality, in all cases where the nature of the activity allowed it; and once the state of alarm ended, this practice has continued because of the serious epidemiological situation. The (compulsory) increase in the use of this figure has led to its regulation to avoid legal uncertainty for public employees. However, this normative text is imprecise in some of the terms, and too flexible on the obligations assumed by Public Administration.

KEYWORDS

Public employees; homeworking; remoteworking; digital rights; Digital Administration.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA PANDEMIA QUE IMPULSÓ LA REVOLUCIÓN DIGITAL. 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO. 2.1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN LAS RELACIONES LABORALES. 2.2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA. 2.3. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 2.3.1. Los caracteres de la modalidad de teletrabajo. 2.3.2. Los requisitos para el ejercicio del derecho. 2.3.3. El sistema de trabajo por objetivos y evaluación del rendimiento. 2.3.4. Los derechos y deberes. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La incorporación del teletrabajo al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se ha exhibido públicamente como un éxito de las negociaciones entre los sindicatos y el Gobierno. Sin embargo, la ostentación de mejorar las condiciones laborales y las garantías de los derechos de los empleados públicos debe ser matizada, puesto que el teletrabajo ni es una figura nueva en el ordenamiento jurídico, ni tampoco lo es el contenido con el que se ha dotado¹. Por esta razón, este gran triunfo debe ser reconducido al mero establecimiento de un régimen homogéneo de tratamiento y de una definición y caracteres comunes del teletrabajo para todos los empleados públicos. ¡Por fin! Casi veinte años intentando regularlo adecuadamente para proteger los derechos de los empleados públicos, y ha tenido que llegar una pandemia para acelerar su incorporación legal.

La Administración General del Estado (AGE) fue la primera en realizar previsiones relativas al teletrabajo en el año 2006², tras el éxito de un proyecto piloto que tenía como objetivo promover la conciliación entre las responsabilidades profesionales y familiares. Así, mediante la regulación del teletrabajo, la AGE pretendía incorporar las novedades organizativas que posibilitaba la sociedad de la información, y que ya se estaban implantando en el resto de Europa³. Las expectativas que se vierten sobre esta modalidad organizativa de la prestación de servicios son tan elevadas que, incluso, se insta a regular los requisitos y las condiciones para su ejercicio antes del 1 de marzo de 2008⁴. Sin embargo, estas pretensiones regulativas se satisfacen con el Acuerdo de 25 de septiembre de 2009⁵, el cual se limita a que la negociación colectiva sea la encargada de su desarrollo, condiciones y ejercicio.

Hasta una década después no se producen acuerdos significativos en esta materia en el ámbito de la AGE. La causa principal de la inactividad negocial y legislativa se debe a la falta de implantación del teletrabajo en la Administración, de manera generalizada, puesto que no era representativa como forma de prestación de los servicios, al igual que ocurre en las relaciones laborales⁶ (Serrano, 2012, p. 3). No obstante, en el ámbito autonómico, la figura del teletrabajo sí que ha experimentado en ese período una regulación adecuada como es el caso de Castilla y León, Euskadi, Illes Balears, Castilla la Mancha, La Rioja, Comunidad Valenciana, o Extremadura.

La crisis sanitaria del COVID-19 ha sido el estímulo que ha acelerado la regulación homogénea del teletrabajo para los empleados públicos. El confinamiento general lo convirtió en la mejor solución para continuar prestando sus servicios a los ciudadanos (Carrodeaguas, 2020, p. 2), pasando de no tener apenas representación en la organización de la Administración, a englobar todas las actividades que por su naturaleza podían realizarse de manera telemática. De este modo, el Derecho excepcional creado durante el estado de alarma, considerado de necesidad por las circunstancias extraordinarias que rigen se extiende más allá de la duración estricta de la alarma sanitaria⁷, con la finalidad de garantizar el mantenimiento de la actividad

¹ Vide STSJ de Castilla y León, 78/2015, de 4 de mayo; Vide STSJ de Castilla-La Mancha 537/2017, de 29 de diciembre.

² Vide Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales. Con posterioridad, se aprobó el Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado.

³ Vide Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, 2002.

⁴ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Disposición Final Sexta.

⁵ Vide Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función público en el marco del diálogo social 2010-2012, Acuerdo 1.1. Modernización y nuevas tecnologías.

⁶ Vide INE (2020), se estima que sólo el 4,8% de la población teletrabaja en nuestro país antes de la crisis sanitaria.

⁷ Vide Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, Disposición Adicional Tercera.

convencional del Estado y la protección de la salud pública (Álvarez, 2020, p. 2). Sin embargo, tal y como advierte la doctrina, la excepcionalidad de la norma hipotecará la regulación en esta materia «en soberanos errores y palmarias omisiones» (Jiménez, 2021, p. 19).

No obstante, el Gobierno se ha visto obligado a regular esta figura de forma específica ante la demanda social que ha suscitado. Sin embargo, se debe advertir que la incorporación dentro del EBEP no contaba con las mismas expectativas de concreción que en las relaciones laborales, puesto que, tan sólo una semana antes de su aprobación, se prorroga la vigencia del artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, hasta el 31 de enero de 2021. Si bien es cierto que su inclusión se ha convertido en alentadora para los juristas, como un símbolo de transición para iniciar la modernización y adaptación al medio digital que necesitan las Administraciones.

Sin embargo, esta conquista pasa de colosal a intrascendente una vez que se analiza en profundidad la regulación jurídica que ha experimentado. Asimismo, al igual que ocurre en las andanzas del ingenioso D. Quijote de la Mancha, en palabras de D. Miguel de Cervantes:

«D. Quijote: La ventura va guiando nuestras cosas mejor de lo que acertáramos a desear; porque ves allí, amigo Sancho Panza, donde se descubren treinta o pocos más desaforados gigantes, con quien pienso hacer batalla y quitarles a todos las vidas, con cuyos despojos comenzaremos a enriquecer, que esta es buena guerra, y es gran servicio de Dios quitar tan mala simiente de sobre la faz de la tierra.

Sancho Panza: ¿Qué gigantes?

D. Quijote: Aquellos que allí ves, de los brazos largos, que los suelen tener algunos de casi dos leguas»⁸.

El legislador ha desaprovechado una oportunidad inmejorable para dotar de un contenido adecuado el desarrollo de esta modalidad de prestación de servicios. En este sentido, el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, se limita a reconocer el teletrabajo en el EBEP, y dejar que la negociación colectiva y los acuerdos autonómicos desplieguen el contenido de este derecho. Lo que, potencialmente podría dar lugar a miles de marcos normativos en materia de teletrabajo (Jiménez, 2020, p. 2) De este modo, lo que podría plantearse como un éxito para la mejora de las condiciones laborales de los empleados públicos, apostando por la reorganización de la Administración en consonancia con las necesidades digitales, se presenta como un fracaso por desperdiciar la coyuntura y el clima de necesidad que ha impuesto la crisis de la COVID-19. En consecuencia, se puede avanzar que el régimen jurídico establecido no es un «gigante», sino, más bien, el adorno de los molinos de viento con los que ya funcionaba el sistema.

1. LA PANDEMIA QUE IMPULSÓ LA REVOLUCIÓN DIGITAL

La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha sido el agente que ha acelerado el avance de la Revolución Digital en todos los sectores de nuestra sociedad, singularmente en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos (Valero, 2020, p. 28). Si bien es cierto que, los cambios más profundos se han introducido en materia de educación y sanidad (Pérez Gálvez, 2017, p. 14), obligando a incorporar las TIC como herramientas indispensables en la prestación de estos servicios. Pero, en general todas las Administraciones han tenido que hacer un esfuerzo (Cabrera, 2020, p. 31) para adaptarse a las circunstancias y continuar con su actividad convencional. Por ejemplo, la Agencia Tributaria tuvo que hacer frente a la campaña de la Renta 2019, en mitad del caos y la descoordinación institucional (Zapico *et al.*, 2020, p. 51); el Servicio Público de Empleo Estatal rediseñó su plataforma para la gestión del procedimiento del Salario Mínimo Vital; o los servicios autonómicos de empleo para la tramitación de los ERTE.

Sin embargo, desde la perspectiva contraria, la crisis sanitaria ha provocado la adaptación de los ciudadanos a la Administración electrónica, aceptando esta vía como el mecanismo más sencillo y apropiado para relacionarse. Esta aceptación del medio electrónico de los ciudadanos no obligados a relacionarse electrónicamente (art. 14 de la LPAC) era algo impensable en nuestro país. Así, desde la aprobación de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, hasta el marco jurídico vi-

⁸ Vide Cervantes (2004, p. 63).

gente (Martín, 2018, p. 181 y ss.) ni siquiera se había propuesto esta aceptación, de los medios electrónicos entre la población.

El confinamiento de la población obliga a la reorganización de los servicios que prestan los empleados públicos, incorporando el teletrabajo como método preferente para el desarrollo de la actividad (Valero, 2020, p. 29). Así, a pesar de que este no contaba con una regulación uniforme y suficiente, lo que ha provocado inseguridad jurídica y desprotección de los empleados públicos durante años, el teletrabajo se ha expandido de forma dinámica entre las Administraciones (Quintanilla, 2017, p. 117). Este se convierte en la única forma de continuar con la actividad convencional de las Administraciones, sin poner en riesgo la salud de los profesionales, y colaborar frenando el avance de la pandemia. En este sentido, la «nueva normalidad» es rehacia a la presencialidad y la movilidad de los ciudadanos, tal y como avala la jurisprudencia⁹.

Sin embargo, con la aprobación del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, se incluye en el EBEP un nuevo artículo cuyo cometido es homogenizar la regulación jurídica del teletrabajo. El acuerdo permite que cerca de dos millones y medio de empleados públicos (Pérez, 2020, p. 1 y ss.) se puedan acoger a esta modalidad, siempre que las necesidades del servicio lo permitan. Además, con la publicación, se abre un plazo de seis meses para que el resto de las Administraciones adapten su régimen jurídico a estas previsiones. No obstante, no ha sido necesario esperar tanto, porque en su mayoría, ya habían previsto un desarrollo normativo, antes y durante el estado de alarma. Además, recientemente, la AGE ha llegado a un acuerdo de fecha 12 de abril de 2021 para la regulación e implantación del teletrabajo, aprovechando la transformación digital del Sector Público en el marco de la Estrategia Digital 2025. Sin embargo, en el ámbito local la cuestión preocupa bastante, en tanto que los municipios de menor población necesitarán asistencia técnica y de cooperación para diseñar un sistema de teletrabajo eficiente y de acuerdo con sus necesidades (Jiménez, 2020: 10).

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO

2.1. Origen y evolución del teletrabajo en las relaciones laborales

El teletrabajo es una modalidad de organización de la relación laboral, cuyo origen se fija a mediados de los años 60' en EE.UU, en la búsqueda de encontrar una alternativa de ahorro de los recursos energéticos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la primera en establecer una definición de teletrabajo como:

«el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello»¹⁰.

Mientras que, en España, el primero en investigar los beneficios del teletrabajo fue un equipo multidisciplinar (liderado por el profesor Gustavo Matías Clavero) de la Universidad Autónoma de Madrid en 1995. La base de esta investigación era encontrar en las nuevas tecnologías otras modalidades organizativas y de negocio que aumentaran la actividad económica del país. De este modo, a partir de la llegada e instauración de la sociedad de la información, la concepción del teletrabajo está acompañada por el componente tecnológico, ligado, a su vez, a la utilización de Internet y de las TIC¹¹. En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo, lo define como:

«una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales».

⁹ Vide Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo, Auto 41/2020, de 20 de mayo, RJ 2: «Por otro lado, respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, se entiende, que la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de primar en el caso presente frente a la reincorporación presencial de aquellos, consecuencia sin afectación a priori del trabajo desempeñado».

¹⁰ Vide OIT, Convenio C-177 sobre el trabajo a domicilio, 1996.

¹¹ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, Exposición de motivos.

En consecuencia, se observa cómo el concepto de teletrabajo evoluciona incorporando las TIC como elemento facilitador del desarrollo de la actividad. No obstante, pese a lo dispuesto anteriormente, el régimen jurídico previo a la declaración del estado de alarma no incorporaba el elemento tecnológico en su concepción¹². De este modo, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, rompe con esta situación y establece su propia descripción del teletrabajo en las relaciones laborales.

La primera singularidad del régimen jurídico establecido es que distingue entre dos figuras: trabajo a distancia¹³ y teletrabajo¹⁴. A partir del concepto que aporta la norma se advierten algunas características de la figura: el desarrollo de la actividad laboral se realiza en un lugar distinto al centro de trabajo; y utiliza y se sirve de los medios informáticos e instrumentos telemáticos, pero no solamente de estos, sino de cualesquiera otros que puedan resultar precisos. No obstante, la actividad no tiene porqué desarrollarse exclusivamente en el lugar designado por el trabajador, sino que, puede ser sólo una parte de esta actuación, a la misma vez que por una duración temporal. En consecuencia, atendiendo a la frecuencia con la que la actividad se desarrolla fuera del centro de trabajo se pueden distinguir tres modalidades: a tiempo completo, durante algunos días de la semana, o sólo una parte de la jornada laboral.

Además, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, complementa el régimen jurídico añadiendo otras características a esta modalidad organizativa. En primer lugar, el teletrabajo tiene carácter voluntario¹⁵, de manera que, no cabe su imposición de forma unilateral por el empleador, sino que, debe mediar acuerdo por escrito entre las partes. De este modo, el teletrabajo se convierte en un derecho del trabajador sujeto a las posibilidades organizativas de la empresa, condicionado a que se reúnan una serie de requisitos, tanto por parte del trabajador, como por el puesto de trabajo que se desempeña. Además, este es un derecho reversible por ambos sujetos de la relación, cuyo ejercicio se rige por lo dispuesto en la negociación colectiva.

En segundo lugar, aquellos que trabajen a distancia gozan de los mismos derechos que sean comparables con el resto de los trabajadores de la empresa. Como, por ejemplo, el derecho a la formación, a la promoción profesional y al ejercicio de los derechos colectivos. No obstante, cuentan con un conjunto de derechos específicos de la relación que se construye. Es el caso del derecho a la dotación suficiente y el mantenimiento de medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad laboral¹⁶, o al abono y compensación de gastos¹⁷. Además, junto a estos, se encuentra el derecho al horario flexible¹⁸; el derecho a un registro adecuado del horario de trabajo¹⁹; o el derecho prioritario a ocupar un puesto presencial²⁰.

En tercer lugar, la norma amplía las garantías del derecho a la intimidad y la protección de datos en esta relación, como consecuencia del incremento del riesgo de que se produzca una intromisión ilegítima sobre estos derechos. Asimismo, se prohíbe que los empleadores coloquen herramientas de vigilancia y control fuera de los centros de trabajo, puesto que, el ejercicio de esta potestad puede implicar no sólo un abuso en sus derechos, sino también, una posible violación del domicilio del trabajador²¹. Además, el trabajador debe ser informado del uso y actividad que puede desarrollar con los recursos proporcionados por la empresa, explicándole las sanciones que puede conllevar un uso inadecuado de estos²².

Es evidente que la regulación jurídica del teletrabajo que se dispone en la norma de referencia está inconclusa. La necesidad de aprobación urgente del texto ha dejado determinados aspectos incompletos y que necesitan ser profundizados. El ejemplo más evidente es el derecho de reembolso de los gastos y la pro-

¹² Vide Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 13.

¹³ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 2 a): «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular».

¹⁴ *Ibidem* artículo 2 b): «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».

¹⁵ *Ibidem* artículo 5.

¹⁶ *Ibidem* artículo 11.

¹⁷ *Ibidem* artículo 12.

¹⁸ *Ibidem* artículo 13.

¹⁹ *Ibidem* artículo 14.

²⁰ *Ibidem* artículo 8.

²¹ Vide STS 329/2016, de 20 de abril, FJ 2: «Ya hemos dicho que la protección constitucional frente a la incursión en un domicilio debe abarcar, ahora más que nunca, tanto la entrada física del intruso como la intromisión virtual. La revolución tecnológica ofrece sofisticados instrumentos de intrusión que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 CE».

²² Vide STS 1323/2011, de 8 de marzo, FJ 4.

porción de material suficiente a los trabajadores. La norma hace mención expresa a este derecho, pero no se pronuncia sobre un mínimo de condiciones para su ejercicio, el cual se remite al acuerdo que previamente debe haberse adoptado por las partes. Esta situación puede conllevar en la práctica a la desprotección de estos trabajadores, puesto que, ni siquiera existen cantidades o conceptos cuyo abono deba ser obligatorio por el empleador. Sin lugar a duda, el sistema de negociación entre las partes no parece ser el más adecuado, teniendo en cuenta el desequilibrio de poder entre los intervinientes (Fernández, 2020, p. 2).

De este modo, al régimen jurídico del teletrabajo le falta precisión en la descripción y enumeración de los derechos de los trabajadores, y en sentido contrario, de las obligaciones que asume el empresario, obviando incluir criterios y conceptos fijos que deben en todo caso negociarse dentro del acuerdo. Por ejemplo, deberían estar incluidos los gastos de Internet, luz, agua, teléfono, o calefacción, a los que evidentemente hay que sumar los de los recursos materiales como el ordenador, la impresora, u otros recursos de oficina o tangibles, y especialmente, una silla adecuada para prevenir de los riesgos laborales asociados al teletrabajo. No se puede dejar todo en mano de la negociación colectiva, puesto que, muchas veces, su fuerza es limitada y, en el contexto de crisis en el que estamos inmersos, implica inevitablemente una reducción de los derechos de los trabajadores (Quintanilla, 2017, p. 122). La regulación jurídica debería haber delimitado una línea roja de criterios invariables, a los que los trabajadores siempre tendrían derecho a reembolso, aunque estos pudieran ser mejorados por acuerdos alcanzados voluntariamente entre las partes.

Por otro lado, el ejecutivo ha dejado pasar una oportunidad excelente para dotar de contenido el derecho a la desconexión digital (artículo 88 de la LOPD). Este derecho, desde su configuración no ha sido concretado, dejando su desarrollo en iguales circunstancias que en el anterior supuesto: en manos de la voluntad de la negociación. En este sentido, la Ley habla de un deber empresarial de diseñar una política interna que recoja los límites y garantías del derecho, y para ello se remite a la actividad de los convenios y acuerdos colectivos²³. De este modo, el Gobierno imitando el modelo francés sobre la regulación del derecho a la desconexión digital²⁴, pretendía que fueran las partes quienes completaran el contenido del derecho. Sin embargo, este se ha olvidado de que en el derecho laboral francés es obligatorio que las empresas con representación sindical negocien sobre retribuciones, tiempo de trabajo, calidad del trabajo e igualdad, de forma anual²⁵, algo que en España no existe. Tal y como advierte la doctrina, el legislador podría haber señalado algunas de las actividades que están prohibidas, tales como el envío de correo electrónicos²⁶, o llamadas fuera del horario laboral; la organización de reuniones en los periodos de descanso; la realización de contactos no urgentes; o la localización a través del teléfono personal de los empleados, salvo situaciones excepcionales (González, 2020, p. 1 y ss.).

Finalmente, la inclusión de un criterio para controlar el registro de la jornada debe valorarse como aspecto negativo de la regulación jurídica del teletrabajo. En España siempre ha existido una preferencia por controlar la productividad de los trabajadores en función del registro del espacio-tiempo en un centro de trabajo y horario del empleado. Pero esta medición de la eficiencia laboral está desfasada y es poco representativa de las formas de trabajo del siglo XXI. Sin contar que el trabajo que se está creando en nuestro país no responde a los criterios clásicos de relación laboral²⁷. Por esta razón, la legislación laboral debe virar hacia las relaciones que está implantando la sociedad digital, y no hacia un control más estricto de la jornada, basado esencialmente en la presencialidad. En los últimos años se viene evidenciando la necesidad de que el legislador asuma la labor de reformular el concepto de trabajo, de empleado, y los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación, para adaptarlos al nuevo contexto global.

2.2. Los empleados públicos: el ámbito subjetivo de aplicación de la norma

El Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, es el encargado de regular el régimen jurídico del teletrabajo para los empleados públicos²⁸, lo que incluye tanto al personal funcionario como laboral, aunque

²³ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, artículo 18.

²⁴ Vide Code du travail, article L.22242-8.

²⁵ *Ibidem* article L.2242-1.

²⁶ La inspección de trabajo considera que el envío de *e-mails* fuera del horario de trabajo puede suponer una vulneración del derecho a la desconexión digital de los empleados, lo que tendría la consideración de una infracción grave de la normativa laboral, sancionada con multas de entre 626 y 6.250 euros.

²⁷ Vide STS 2294/2020, de 25 de septiembre, FJ 21.

²⁸ Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 8.

nada se dice del personal eventual o los puestos directivos. En este sentido, la naturaleza de la relación, tanto del personal funcionario como estatutario, es no contractual, puesto que, se rige de forma exclusiva por el Derecho Administrativo, al nacer a partir de un acto de nombramiento (Larios, 2008, p. 81). Por tanto, la relación del personal con la Administración tiene naturaleza legal y reglamentaria, de forma que, los empleados públicos, adquieren los derechos y deberes que se establezcan en el grupo normativo regulador correspondiente (Pérez Gálvez, 2011, p. 37). En palabras de la doctrina, esta es una relación:

«jurídico-administrativa caracterizada por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual individuo queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación (Lorenzo, 2010, p. 494 y ss.)».

De este modo, tanto sus derechos como sus deberes dependen de lo que se establezca por las leyes y los reglamentos exclusivamente, no existiendo derechos adquiridos, en *strictu sensu*, como si ocurre en las relaciones laborales (Sánchez, 2008, p. 87 y ss.). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que, a pesar de ser una relación especial, no implica que los empleados públicos queden despojados de los derechos fundamentales²⁹. Asimismo, el EBEP reconoce determinados derechos fundamentales como es el caso de la igualdad [art. 14. i)], el derecho a la intimidad, o a la desconexión digital [art. 14. j bis)]. De este modo, el hecho de ser una relación especial no implica que los empleados públicos no tengan garantías de sus derechos, en tanto en cuanto, pueden ejercitar el resto de los derechos que el ordenamiento les reconoce ante el orden contencioso-administrativo. Asimismo, podrán instar la anulación de todas aquellas decisiones que les puedan causar perjuicio o que no respeten los derechos contemplados en el EBEP en base al principio de legalidad (Cantero, 2001, p. 42 y ss.). En consecuencia, existen una serie de garantías incorporadas en nuestro ordenamiento que, no sólo permiten proteger el acceso a la función pública, sino también, garantizar el mantenimiento de sus condiciones (Parada, 2015, p. 474 y ss.).

El establecimiento de estas garantías responde a la necesidad de asegurar su inamovilidad, como instrumento que garantice su independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3. CE). Esta es la única forma de que los empleados públicos sirvan con objetividad a los intereses generales y que actúen con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (artículo 103.1. CE), y no en atención a criterios políticos o coyunturales. Por ello, se ha implantado de manera paulatina una burocracia sólida y eficaz, basada en los principios de mérito y capacidad (Palomar, 2008, p. 29)³⁰, con el objetivo de constituir una Administración moderna y eficiente que preste los servicios públicos de forma regular y continuada (Parada, 2015, p. 453 y ss.). De este modo, para garantizar la continuidad del sistema, serán siempre los empleados públicos quienes desarrollen «las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas»³¹.

En lo que se refiere al objeto de análisis de este estudio, la implantación del teletrabajo puede afectar a determinados derechos reconocidos a los empleados públicos. A modo de ejemplo, destaca el incumplimiento de la jornada, ya sea por exceso realizando horas extraordinarias, o por defecto no alcanzando los límites acordados. Además, también puede repercutir en el descanso mínimo reconocido por los acuerdos internacionales, y sobre el derecho a la desconexión digital, a la protección de la intimidad y a la dignidad del individuo. Sin contar, con la necesidad de proveer un marco adecuado de prevención de riesgos laborales (Preciado, 2018, p. 7).

²⁹ Vide STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2: «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 ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación».

³⁰ En este sentido, considera que la objetividad de acceso al sistema es un paso para profesionalizar el servicio público, lo que, en sentido contrario, lleva a garantizar la permanencia en el mismo, y que la relación de servicios no se constituya *ad personam*, sino respecto a la persona jurídica del Estado.

³¹ Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 9.2.

2.3. La regulación del teletrabajo para los empleados públicos

2.3.1. Los caracteres de la modalidad de teletrabajo

El artículo 47 bis del EBEP es el encargado de regular el teletrabajo como:

«aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación».

En puridad, no se establecen diferencias significativas en la regulación jurídica del teletrabajo entre las relaciones laborales y los empleados públicos. La esencia de esta figura se perpetúa en ambos supuestos: la no realización de la actividad o prestación del servicio en el lugar de trabajo ordinario, y la utilización de las nuevas tecnologías como instrumento facilitador de esa labor. Con posterioridad, el artículo 47 bis del EBEP realiza una serie de consideraciones sobre los caracteres y límites de esta modalidad de prestación del servicio, las cuáles sí difieren de lo previsto para las relaciones laborales.

El EBEP distingue una única forma de prestación de la actividad fuera de las dependencias de la Administración, de forma que no diferencia entre teletrabajo y trabajo a distancia. No obstante, como el teletrabajo es concebido como un tipo de modalidad a distancia, su falta de inclusión no provoca una gran diferencia entre ambos regímenes. Sin embargo, esto genera una serie de consecuencias sobre las obligaciones de los empleados públicos. En este sentido, la norma presume que los empleados públicos prestan sus servicios siempre desde el mismo lugar (por lo general, su vivienda habitual). En consecuencia, estos deberán comunicar al responsable del órgano o unidad departamental, para quién desarrollen su actividad, cualquier variación que se produzca del entorno acordado.

Esta cuestión no es baladí para garantizar la protección de la seguridad y de la privacidad de los datos que obran en poder del sistema, dado que el desarrollo de la actividad fuera del centro de trabajo necesita de licencias y permisos tecnológicos asociados a un dispositivo y localización geográfica concretos. La ciberseguridad³² se ha convertido en uno de los puntos estratégicos para preservar el correcto desarrollo de las actividades y la prestación de servicios públicos por parte de las Administraciones. El ciberataque al SEPE, sufrido en el mes de marzo de 2021, es uno de los ejemplos de las vulnerabilidades que presenta el sistema, y la facilidad para perturbar el correcto funcionamiento de la Administración. Por ello, es indispensable que se dote a los empleados públicos de la formación y herramientas adecuadas para proteger el sistema ante las ciberamenazas, y del protocolo de actuación en caso de ciberataque³³ (Moro, 2021, p. 87 y ss.).

Además, el teletrabajo «tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados»³⁴. El legislador otorga un poder discrecional a las Administraciones para emplear el teletrabajo como modalidad organizativa, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones laborales. Así, es evidente que la intención del legislador es dar cabida para utilizar esta organización de los servicios en caso de supuestos excepcionales o de fuerza mayor, pero también pueden producirse situaciones desiguales y discriminatorias. En este sentido, la falta de determinación sobre lo que se consideran supuestos excepcionales puede convertir el teletrabajo, tanto en una recompensa como en un castigo. La discrecionalidad de este poder puede implicar la pérdida de objetividad y control de la actividad que se desarrolla dentro de las Administraciones Públicas. No se puede obviar que la presencialidad del empleado público en las instituciones permite corroborar y controlar el cumplimiento de la ley, lo que, en sentido contrario, la convierte en un mecanismo para evitar la corrupción del sistema. Por ello, se torna imprescindible establecer las garantías necesarias para que estos supuestos, tanto la discriminación como la impersonalidad de la Administración, no se produzcan.

No obstante, el legislador intenta solventar esta situación estableciendo una serie de límites legales a esta potestad, puesto que, «se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de

³² Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ 4: «conjunto de mecanismos dirigidos a la protección de las infraestructuras informáticas y de la información digital que albergan, fácilmente se infiere que, en tanto que dedicada a la seguridad de las tecnologías de la información, presenta un componente tuitivo que se proyecta específicamente sobre el concreto ámbito de la protección de las redes y sistemas de información que utilizan los ciudadanos, empresas y administraciones públicas».

³³ Vide Vega (2021).

³⁴ Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 47. 2 bis.

este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio». De este modo, se insta a la negociación colectiva para adecuar los criterios de acceso al teletrabajo, de forma que se garantice su ecuanimidad y se limita la capacidad discrecional de la Administración competente (García y Vila, 2019, p. 169 y ss.).

Sin embargo, la norma podría haber previsto la determinación de algunos de estos criterios objetivos para evitar la heterogeneidad del régimen de tratamiento entre las distintas Administraciones. Así, por ejemplo, algunos de los requisitos previos para otorgar este derecho pueden ser la formación o acreditación de competencias digitales, como lo venían recogiendo algunas legislaciones autonómicas (es el caso de La Rioja³⁵ y Extremadura³⁶). De forma semejante, se recoge para la Diputación de Almería, donde es necesaria la realización de un curso sobre teletrabajo³⁷.

Además, también se echa en falta que el régimen jurídico delimite esta modalidad en el tiempo y establezca los porcentajes mínimos y máximos de presencialidad en el desarrollo del servicio. La falta de regulación genera una situación desconcertante, en tanto que cada Administración Pública puede regular tanto la duración máxima y mínima de esta modalidad, o el porcentaje de presencialidad obligatorio. No obstante, como regla general se ha asumido un límite mínimo de 3 meses de ejercicio y máximo de 12 meses, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura³⁸, Illes Balears³⁹, el País Vasco⁴⁰ o Cataluña⁴¹. Así, por ejemplo, en la Diputación de Almería, la duración de esta modalidad de prestación del servicio deberá ser de 3 meses mínimo, mientras que, el límite máximo es de 12 meses, debiendo haber 3 meses de presencialidad entre cada modalidad⁴².

Mientras que, en lo que se refiere a los porcentajes de presencialidad, la Comunidad de Castilla-La Mancha⁴³ y Galicia⁴⁴ no prevén un período concreto de mínimos obligatorio (Jiménez, 2020, p. 4). Y, en la Comunidad Autónoma de Extremadura⁴⁵ y de Illes Balears⁴⁶, la jornada semanal de trabajo se distribuirá de manera que tres días se presten de forma telemática y el tiempo restante en jornada presencial y, en ningún caso, la jornada diaria de trabajo podrá fraccionarse para su prestación en ambas modalidades. En este sentido, a través de este sistema, se permite que roten distintos empleados públicos, garantizando la atención personal en las Administraciones e imposibilitando la perpetuidad de la modalidad del teletrabajo en el desarrollo del servicio. Huelga decir que, esto está en consonancia con los objetivos de la norma, en tanto: «será cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada Administración competente donde determine el porcentaje de la prestación de servicios que pueda desarrollarse por esta

³⁵ Vide Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 5.

³⁶ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 9.

³⁷ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 3.5.

³⁸ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 6.1.

³⁹ Vide Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 9.1.

⁴⁰ Vide Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, artículo 8.

⁴¹ Vide Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos, artículo 4.1.

⁴² Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 7.

⁴³ Vide Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, artículo 3.

⁴⁴ Vide Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 6.

⁴⁵ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 6.2.

⁴⁶ Vide Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 9.2.

nueva modalidad, de tal manera que, se combine la presencialidad y el teletrabajo en el régimen que se establezca»⁴⁷.

2.3.2. Los requisitos para el ejercicio del derecho

El ejercicio de esta modalidad organizativa está supeditado a «a que las necesidades del servicio lo permitan». Realmente, esto es una obviedad que no era necesario incluir en la regulación, puesto que, ocurre en todas las relaciones en términos idénticos. No obstante, la intención del legislador parece ser incluir los criterios recogidos en la jurisprudencia⁴⁸ sobre el teletrabajo hasta este momento. Sin embargo, esta reiteración no cambia sustancialmente el régimen jurídico, en tanto que, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo las «necesidades del servicio» constituyen un concepto jurídico indeterminado, y es a la Administración a quien corresponde en cada caso concreto acreditar el presupuesto de hecho y los motivos que justifican su apreciación deviniendo, en caso de no hacerlo, ineficaz la decisión por falta de motivación»⁴⁹.

De este modo, si el legislador pretendía esclarecer las dudas interpretativas que pudieran surgir, debería haber establecido un conjunto de pautas objetivas que determinasen que se entiende por «necesidades del servicio» en este supuesto concreto. En efecto, la doctrina ha señalado un conjunto de criterios generales aplicables a los puestos de trabajo y tareas que sean susceptibles de prestación a distancia, tales como el grado de digitalización de las tareas; ciberseguridad o confidencialidad; grado de autonomía del puesto; grado de supervisión del puesto; y evaluación de los resultados (Mazo, 2021, p. 131). A modo de ejemplo, la Administración de la Generalitat describe de manera ejemplarizante los puestos de trabajo que pueden ser desarrollados mediante teletrabajo⁵⁰. No obstante, también se observa que la incorporación de este criterio cumple con un segundo propósito: evitar la despersonalización de las Administraciones. En este sentido, parece que, a medida que aumentan los recursos tecnológicos, las Administraciones se alejan del contacto directo y personal con los ciudadanos, lo que termina por generar cierta desconfianza en el sistema. Sin perder de vista que las Administraciones tienen la obligación de prestar asistencia necesaria para facilitar a las personas interesadas a los servicios electrónicos de forma presencial⁵¹.

En lo que se refiere al elemento formal que permite la prestación del servicio en la modalidad de teletrabajo es una autorización expresa de la Administración competente⁵², lo que contrasta con el acuerdo entre las partes que rige en las relaciones laborales. Se sobrentiende que esta autorización será en todo caso reglada y simple, puesto que, el teletrabajo no es la modalidad ordinaria de prestación del servicio. De este modo, el responsable del órgano administrativo será el encargado de autorizar a través de una resolución el acceso al teletrabajo. Esta situación obliga a que la Administración establezca: por un lado, un régimen adecuado sobre los motivos y límites de la capacidad discrecional de la Administración para conceder y rechazar estas peticiones, y las posibilidades de recurso ante estas resoluciones; y, por otro lado, un formulario electrónico que facilite la petición de teletrabajar por los empleados públicos.

Por otro lado, en lo que atiene a los criterios personales de acceso a este derecho, el artículo debería establecer un régimen homogéneo sobre las personas que pueden tener prioridad para el ejercicio de este derecho. En este sentido, no se trata de establecer una lista cerrada, o un orden de jerarquía, sino de dotar de cierta uniformidad el régimen jurídico. Así, por ejemplo, la carencia de una base común provoca que, en la Comunidad de Castilla y León la condición que mayor puntuación otorga es tener pareja con hijos menores de edad que tengan reconocido un grado II de dependencia⁵³, mientras que, en la Diputación de Almería sea

⁴⁷ Vide Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, Exposición de motivos III.

⁴⁸ Vide STSJ de Castilla-La Mancha 537/2017, de 29 de diciembre, FJ 4.

⁴⁹ Vide STS 5866/2006, de 22 de diciembre, FJ 4.

⁵⁰ Vide Decreto 49/2021, de 1 de abril, del Consell, de regulación del teletrabajo como modalidad de prestación de servicios del personal empleado público de la Administración de la Generalitat, artículo 3.

⁵¹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 4.

⁵² Vide Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 47. 2 bis.

⁵³ Vide Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la Comunidad de Castilla y León, artículo 6.

la de ser familia monoparental⁵⁴. Ambos criterios son legales y justos, pero fomentan un tratamiento desigual del acceso al teletrabajo entre las distintas Administraciones.

2.3.3. *El sistema de trabajo por objetivos y evaluación del rendimiento*

El EBEP establece un sistema de trabajo por objetivos y de evaluación de su cumplimiento. Esta metodología para medir la eficiencia laboral es más adecuada para todas aquellas actividades que no sean mecánicas y repetitivas, y con cierto contenido intelectual y de reflexión. Esta regulación representa una novedad dentro del sistema organizativo de la Administración, puesto que es indudable que existe una cultura arraigada de la imprescindibilidad de presencia en el puesto de trabajo. Así, las horas que pasan los empleados públicos sentados frente al ordenador computan lo mismo que las de trabajo efectivo, dado que son consideradas como parte del cumplimiento de la jornada (Almonacid, 2020a, p. 4).

En la actualidad, ha dejado de tener sentido medir la productividad de los empleados públicos en relación con el registro de la jornada en un espacio-tiempo concreto, porque la presencialidad no implica calidad o efectividad del servicio (Almonacid, 2020b, p. 92). Así, la productividad de los trabajadores se puede calcular a través del establecimiento de objetivos específicos, como pueden ser proyectos o alcanzar datos concretos, tanto de forma individual como grupal o colectiva. No obstante, junto a este sistema de objetivos también se puede introducir otras medidas que complementen el régimen como, por ejemplo, criterios relacionados con la calidad y cantidad del trabajo producido, la fijación de plazos para la entrega y finalización, o la comunicación obligatoria entre los miembros del equipo de trabajo y el seguimiento de la evolución de este, a través de llamadas de teléfono, reuniones periódicas o los intercambios de *e-mail* (Serrano, 2012, p. 21).

Por esta razón, llama especialmente la atención que no se reconoce el derecho al horario flexible o de un registro adecuado. No obstante, en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, sí que se hace expresa mención a que «el teletrabajo no podrá suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso». Así, a modo de ejemplo, en La Rioja se recoge la necesidad de incluir en la autorización el horario que se establece y la designación de la persona que se encargará de supervisar al teletrabajador⁵⁵.

Sin embargo, si hay una Comunidad que redacta de forma elocuente y flexible la determinación del horario es Galicia, que contempla distintas modalidades: por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, de forma automática, y por horarios especiales⁵⁶. En este sentido, no se puede obviar que con la regulación del teletrabajo existe un miedo social por el riesgo evidente de que las mujeres retornen al hogar, pero esta vez realizando la actividad laboral, así como también, las propias del hogar y el cuidado de los hijos (en su caso). En efecto, no parece ser un hecho controvertido que la mayoría de las personas que se van a acoger a este régimen serán mujeres, y que, por ende, puede implicar un retroceso social sobre los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, a este respecto he de añadir que las normas reguladoras del teletrabajo guardan mucho el lenguaje, siendo este plenamente inclusivo (por ejemplo, utiliza el término de «las personas trabajadoras», o «las empleadas y los empleados públicos»), así como la ambigüedad para referirse a la conciliación laboral y familiar, buscando el ejercicio responsable de todos los componentes del núcleo familiar. Si bien es cierto que no es la solución a los problemas de conciliación en nuestro país, pero al menos es un paso para alcanzarla.

En el régimen autonómico, por lo general, la forma de medir la productividad remite a lo acordado en la autorización que posibilita esta modalidad de prestación del servicio, como es el caso de La Rioja⁵⁷,

⁵⁴ *Vide* Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 5.

⁵⁵ *Vide* Decreto 45/2015, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, artículo 11.

⁵⁶ *Vide* Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 6.

⁵⁷ *Vide* Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 4.

País Vasco⁵⁸ o Extremadura⁵⁹. Sin embargo, la legislación gallega no hace remisión explícita a esa organización por objetivos que señala la Ley, aunque de forma indirecta sí que lo establece como una causa de cese de la prestación del servicio en esta modalidad⁶⁰. Mientras que, para verificar el cumplimiento de estos objetivos, la Comunidad de Castilla y León ha creado una Comisión de seguimiento del teletrabajo, órgano que no se configura en otras Administraciones⁶¹. Mientras que, en la Diputación de Almería se incluye la obligación de realizar una memoria anual «donde se recojan los objetivos o la consecución de los resultados dentro de la unidad administrativa»⁶². De este modo, esta incorpora una tarea adicional para los empleados públicos que no está prevista para el resto, dado que, la verificación de que se está realizando la actividad en los términos y condiciones apropiadas corre a cargo del superior jerárquico o el encargado de coordinar la actividad. En consecuencia, se genera el deber a los empleados públicos de demostrar que se está cumpliendo con sus obligaciones, cuando no es una actividad que estos debieran desempeñar.

2.3.4. *Los derechos y deberes*

En lo que se refiere a derechos de los empleados se reconocen los mismos que respeto del resto de empleados no acogidos a esta modalidad, tanto individuales como colectivos. En efecto, en la norma se reconocen de forma específica el derecho a la formación o la promoción profesional, pero llama la atención que no se haga especial mención a los derechos digitales reconocidos en la LOPD, como sí ocurre en la regulación de esta figura en las relaciones laborales.

No obstante, la regulación (deficiente) que se hace de los derechos digitales no está pensada para aplicarlos a las relaciones que rigen para los empleados públicos. Las diferentes naturalezas jurídicas de las relaciones, así como también, la falta de un mandato de transposición de la LOPD al EBEP, adaptando sus normas al contenido que este recoge, dificulta su aplicación (Terradillos, 2019, p. 15). Por ejemplo, en el ámbito del derecho a la desconexión digital se promueve su desarrollo a través de la negociación colectiva o la elaboración de políticas internas de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas por parte del empresario. De este modo, las recomendaciones que se dictan están dirigidas a las relaciones laborales, y no pensadas para que sean incorporadas dentro de las Administraciones Públicas, especialmente, por el lugar que se pretende otorgar a la negociación colectiva (que ya llama la atención por su carácter desmedido en las relaciones laborales).

Pero es que, además, la norma reconoce el derecho de los empleados públicos a ser dotados de los medios tecnológicos necesarios para la prestación del servicio por la Administración competente. En este aspecto es donde reside una de las grandes diferencias entre el régimen regulatorio del teletrabajo para los trabajadores por cuenta ajena y los empleados públicos. En las relaciones laborales se reconoce expresamente el derecho a la dotación de medios, equipos y herramientas necesarios, y al abono o compensación de gastos; mientras que, para los empleados públicos la norma no es tan explícita determinando el contenido de este derecho. El legislador únicamente acuerda la proporción de los medios tecnológicos, pero se olvida (o no) de incluir otros medios de carácter material o instrumental. Así, no se recoge el abono o compensación de otros gastos, como la contratación de la red o el incremento del gasto de luz que supone teletrabajar desde casa.

La falta de concreción de los términos sobre los que se tiene derecho a compensación provoca que la legislación de La Rioja reconozca únicamente el derecho a proveer de las aplicaciones informáticas y la

⁵⁸ Vide Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, artículo 2.

⁵⁹ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 8.

⁶⁰ Vide Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículo 15.

⁶¹ Vide Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la Comunidad de Castilla y León, artículo 25.

⁶² Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 10.6.

asistencia técnica que sea necesaria para la realización del trabajo⁶³; y que, Castilla y León establece que el equipamiento básico será aportado por los empleados públicos, e inclusive les corresponde solucionar las incidencias imputables a su equipo informático y la conectividad⁶⁴. Mientras que, en Cataluña deberá evaluarse previamente la viabilidad de poner a disposición de los empleados los medios tecnológicos necesarios para desarrollar el servicio mediante esta modalidad⁶⁵. Pero, es que, es más, en Castilla La Mancha es un requisito previo de acceso al teletrabajo disponer de un ordenador personal con un *software* concreto establecido por la dirección general competente y una conexión a Internet de banda ancha⁶⁶. Y, por último, en la Diputación de Almería, más generosa en este sentido, facilitará el equipo informático y el acceso a las aplicaciones necesarias para el desempeño del servicio, pero excluye el abono de la línea de acceso a Internet⁶⁷.

Pero es que, en mayor abundamiento, se obvia cualquier pronunciamiento sobre la prevención de riesgos laborales y protección de la salud. Esta falta de verificación de que el lugar donde se está desarrollando la actividad cumple con los requisitos necesarios, puede conllevar graves consecuencias para la Administración, puesto que, se incrementan los riesgos de padecer tecnoestrés, fatiga informática o sedentarismo. Así, por ejemplo, en las Illes Balears se solicita que se rellene un cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para el puesto facilitado⁶⁸; mientras que, en Extremadura será el servicio de prevención de riesgos laborales quién valorará el entorno en el que se realizará sus funciones y emitirá un informe de las condiciones en que se encuentra⁶⁹. En este sentido, la Diputación de Almería efectúa un tratamiento diferenciador, al introducir la obligación de firmar una declaración responsable de que el puesto de trabajo reúne los requisitos necesarios para el desempeño de la actividad⁷⁰. En consecuencia, desde ese mismo momento es responsabilidad propia del empleado público que se cumplan con las condiciones de seguridad y salubridad recogidas en la normativa.

CONCLUSIONES

Internet y las nuevas tecnologías están provocando cambios profundos en todos los sectores de la sociedad (De la Quadra-Salcedo, 2018, p. 22). Las Administraciones Públicas no han quedado al margen de estas modificaciones, y han tenido que adaptar su régimen jurídico de funcionamiento y de relaciones para con los administrados. Sin embargo, las reformas legislativas de los últimos años perseguían el desarrollo de una Administración electrónica, centrándose exclusivamente en la implantación de las nuevas tecnologías como herramientas para el desarrollo de sus funciones. Por lo que, nunca ha estado en la mente del legislador abarcar una transformación completa de la Administración que la adaptase al entorno digital, y acabara con el funcionamiento oscuro, burocrático y paquidérmico por el que se caracteriza (Martín, 2018, p. 181).

Sin olvidar que los cambios efectuados en la estructura y procedimiento de la Administración tienen repercusión directa sobre el desempeño de la actividad de los empleados públicos. Este hecho parece haber sido ignorado por el legislador, puesto que, no ha reformado o acondicionado el régimen jurídico de las relaciones de los empleados públicos en todo este tiempo. En este sentido, la Administración aboga en su régimen jurídico por la digitalización y el tratamiento electrónico de su actividad, pero se olvida que este no es un proceso espontáneo de cambio, sino que, implica la dedicación y el esfuerzo de los empleados públicos

⁶³ Vide Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos, artículo 15.

⁶⁴ Vide Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la administración de la Comunidad de Castilla y León, artículo 19.

⁶⁵ Vide Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos, artículo 8.1.

⁶⁶ Vide Decreto 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de la junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, artículo 5.

⁶⁷ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 15.

⁶⁸ Vide Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, artículo 11.

⁶⁹ Vide Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, artículo 11.

⁷⁰ Vide Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación provincial de Almería, artículo 17.

(Cerrillo, 2017, p. 306). Ellos son el eslabón de la cadena que produce la auténtica transformación del sistema. Por ello, sin los recursos electrónicos suficientes y la formación específica en la materia, es imposible que concluya este proceso de renovación. El legislador se ha acostumbrado a crear Derecho procrastinando la dotación presupuestaria suficiente para cumplir con lo estipulado en la norma, y así es imposible avanzar.

No obstante, antes de que se desatara la pandemia, el Ministerio de Política Territorial y Función Pública había iniciado los trámites para aprobar la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, desarrollar el EBEP, y adoptar medidas concretas dentro de la Administración a largo plazo. Entre las decisiones que tomar se encontraban el desarrollo de planes de formación, buscar soluciones al envejecimiento del 51 % de la plantilla en la próxima década, o inclusive la reforma de los criterios de acceso al empleo público. Así, en fecha de 9 de marzo de 2020, se registró una consulta previa a la elaboración de un Anteproyecto de Ley en la página web del Ministerio⁷¹. Pero, la pandemia ha frenado el desarrollo de todos estos proyectos *sine die*, puesto que llevamos ya más de un año estancados en el mismo punto.

La llegada de la Era Digital va a ocasionar innumerables quebraderos para la reorganización de las distintas Administraciones Públicas. Por ello, es imprescindible formar a los empleados, reestructurar sus funciones, y promover la reasignación de puestos de trabajo (Castillo, 2020, p. 124), creando un clima de progreso digital general. En este sentido, el Plan de España Digital 2025 tiene una parte destinada a cumplir este objetivo, como es el proyecto de capacitación de los empleados públicos para adaptarse a la implementación de las nuevas tecnologías. Sin embargo, este parece estar alejado de la transformación que la incorporación de las nuevas tecnologías al aparato gubernamental, tales como la inteligencia artificial o la robótica, van a terminar desencadenando dentro de la Administración (Cerrillo, 2019, p. 25).

En mi opinión, el ejecutivo parece estar obviando la inminente necesidad de encontrar soluciones para todos los empleos públicos que serán destruidos por la llegada del progreso, o que sean incapaces de adaptarse a la nueva realidad social como consecuencia de la brecha digital. Así, aunque el proceso de sustitución no sea de carácter inmediato, los planes y ayudas para superar los problemas sociales que va a generar la implantación de estas tecnologías deben comenzar a abordarse desde este mismo momento. Por ello, es inminente plantear un nuevo plan de recursos humanos, para adaptar el régimen a las vacantes que se van a generar en la próxima década, y adoptar medidas para diseñar el proceso de cambio que se avecina (Areses, 2017, p. 39). Pese, a lo manifestado, es cierto que en la actualidad se está tramitando un proyecto de Ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia. El Capítulo III de este texto destina gran parte de sus disposiciones al diseño de instrumentos de planificación estratégica para la gestión de los servicios, entre los que se incluye, la reorganización de los recursos y las necesidades organizativas y de personal; así como también, una propuesta de formación del personal adscrito a estas unidades. Sin embargo, habrá que esperar a la promulgación de la norma para valorar el texto al completo, y la materialización del mismo.

En este sentido, el teletrabajo se convierte en un elemento estratégico de la gestión de los recursos humanos, en tanto que permite adaptar las necesidades del personal a la gestión de los servicios públicos. Lo que, en sentido contrario, implica una búsqueda de mejora continuada del sistema (Megino y Lanzadera, 2020, p. 74). Además, la implantación del teletrabajo promueve la eficacia y la modernización de la gestión de los procedimientos, al incorporar y utilizar de forma obligada las nuevas tecnologías en la prestación de los servicios públicos. Esta realidad debe contemplarse como una posibilidad de ofrecer nuevos y mejores servicios a los ciudadanos (Valero, 2018, p. 389 y ss.), adaptándose a las necesidades concretas del mundo digital. Sin contar con las ventajas objetivas que tiene el teletrabajo relacionadas con la reducción de la contaminación, por la disminución de los desplazamientos, y lo que se traduce en menos problemas de circulación y congestión de las carreteras, y la minoración de los accidentes de tráfico. Y, también tendría repercusión sobre los problemas de superpoblación y el alto precio de la vivienda en los núcleos urbanos, por lo que estas medidas estarían en consonancia con la Agenda 2030, y la protección del medio ambiente.

El teletrabajo ayudaría también a la conciliación de la vida laboral y familiar, hasta el momento, caracterizada por la falta de actividad legislativa de desarrollo suficiente. Más aún, si se traen a colación los problemas demográficos, de envejecimiento de la población (Pérez Gálvez, 2019, p. 25 y ss.) y baja tasa de natalidad que tienen como uno de los factores determinantes la imposibilidad de conciliar de los progenitores. Y, por último, impulsaría la construcción de la sociedad digital, en tanto que, implicaría la adquisición de

⁷¹ Vide Consejo de Ministros de 8 de septiembre, Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado, p. 11.

competencias digitales de una gran parte de la población. Lo que, de forma concomitante, como consecuencia del incremento de la demanda por parte de la sociedad en estos servicios, obligaría al Gobierno a invertir más en el desarrollo de las redes y servicios de comunicaciones. Sin embargo, el éxito de este método organizativo va a depender de la dotación de medios materiales y la preparación del personal, las normas de seguridad y políticas de formación, el cambio de mentalidad de prestar servicios por objetivos, o la necesidad de establecer un marco mínimo de conciliación entre lo laboral y lo personal.

Ahora bien, ¿es suficiente el régimen jurídico establecido hasta ahora para garantizar el éxito del teletrabajo en las Administraciones Públicas? La respuesta debe ser negativa. Este ha sido un paso muy importante para tratar de homogenizar el tratamiento de la cuestión. Pero, en puridad, no ha cambiado nada sobre la disgregación de criterios, ni tampoco se han establecido garantías superiores a las previamente configuradas. El legislador va a tener que esforzarse más, y establecer un reglamento de desarrollo en esta materia. En consecuencia:

«Sancho Panza: Mire vuestra merced que aquellos que allí se parecen no son gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen brazos son las aspas, que, volteadas del viento, hacen andar la piedra del molino»⁷².

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almonacid, V. (2020a). El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón. *Capital Humano*, 349, 1-36.
- Almonacid, V. (2020b). Derecho de conexión versus derecho de desconexión: buscando un equilibrio necesario. *El Consultor de los Ayuntamientos y los juzgados*, Extra-5, 91-104.
- Álvarez García, V. (2020). Coronavirus y derecho (II): los elementos esenciales del derecho de necesidad. *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. Universidad de Extremadura, 1-4.
- Areses Vidal, X. (2017). *Nuevos tiempos para la función pública: propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del estado*. INAP, 17-40.
- Cabrera Domínguez, J. M. (2020). El año que tele(trabajamos) peligrosamente. Debilidades y fortalezas del teletrabajo desde la experiencia de dos entidades locales. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, Extra-5, 30-36.
- Cantero Martínez, M. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Marcial Pons, 25-45.
- Carrodeaguas Méndez, R. (2020, 24 de septiembre). La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública. *El Consultor de los Ayuntamientos y los juzgados*, 1-10.
- Castillo Ramos-Bossini, S. (2020). Administración digital y teletrabajo. *Documentación Administrativa*, 7, 104-125. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10893>
- Cerrillo i Martínez, A. (2017). Los fundamentos jurídicos de la Administración digital. En *A las puertas de la Administración digital: una guía detallada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*. INAP, 61-105.
- Cerrillo i Martínez, A. (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 1-45. https://www.iustel.com/iv2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421172
- Cervantes, M. de (2004). *Don Quijote*. Primera Parte. GrupoZeta.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En *De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. y Piñar Mañas, J., Sociedad digital y derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 21-158.
- Fernández Hernández, J. (2020). COVID-19, teletrabajo y uso de dispositivos particulares. *Diario La Ley Ciberderecho*, 38, 1-6.
- García Blasco, J. y Vila Tierno, F. (2019). *La negociación colectiva en el Sector Público*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 169-410.
- González Tapia, M. (2020). Derecho a la desconexión digital y teletrabajo. *Diario La Ley Ciberderecho*, 38, 1-8.
- Jiménez Asensio, R. (2020). La nueva regulación sobre el teletrabajo y su aplicación en el ámbito local. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 5, 1-11.
- Jiménez Asensio, R. (2021). El marco regulador del teletrabajo en la Administración Pública y en las entidades de su sector público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Extra-4, 18-39. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.19.2020.ab.01>
- Instituto Nacional de Estadística (2020). El teletrabajo y la UE antes de la COVID-19. *Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística*, 2/2020. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952649680&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout

⁷² Vide Cervantes (2004, p. 63).

- Larios Risco, D. (2008). Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos. En Palomar Olmeda, A. y otros, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Aranzadi, 75-85.
- Lorenzo de Membiela, J. (2010). *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas*. Aranzadi, 351-519.
- Martín Delgado, I. (2018). El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador. En De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. y Piñar Mañas, J., *Sociedad digital y derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 179-202.
- Mazo Somarriba, L. (2021). Criterios y procedimiento para discernir qué puestos de trabajo son susceptibles de teletrabajo. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Extra-4, 126-145.
- Megino Fernández, D. y Lanzadera Arencibia, E. (2020). El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 1-37.
- Moro Cordero, M. (2021). Seguridad y protección de datos (también en el teletrabajo). *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Extra-4, 76-91.
- Palomar Olmeda, A. (2008). Artículo 1. Objeto. En *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Aranzadi, 21-37.
- Parada Vázquez, J. (2015). *Derecho Administrativo I*. Open, 439-480.
- Pérez, G. (2020, 1 de octubre). *Dos millones de empleados públicos podrán teletrabajar a partir de este jueves*. El País Digital.
- Pérez Gálvez, J. (2011). *Incidencias del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*. INAP, 27-73.
- Pérez Gálvez, J. (2017). Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes. En *Salud electrónica: perspectiva y realidad*. Tirant lo Blanch, 11-60.
- Pérez Gálvez, J. (2019). El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos. En *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*. Tirant lo Blanch, 27-35.
- Preciado Pérez, I. (2018). El teletrabajo: luces y sombras de una herramienta de flexibilidad laboral aún por explorar. *Diario La Ley*, 1-14.
- Quintanilla Navarro, R. (2017). El teletrabajo: de la dispersión normativa presenta a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. En *OIT, El futuro del trabajo que queremos*. Ministerio de empleo y Seguridad Social, 107-122.
- Sánchez Morón, M. (2008). *Comentario a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova, 84-112.
- Serrano Delgado, F. (2012). Las posibilidades del teletrabajo en las AAPP. *Boletic*, 62, 16-21. https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/opinion3_felix_serrano.pdf
- Terradillos Ormaetxea, E. (2019). El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena. *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 54, 1-51.
- Valero Torrijos, J. (2018). La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público. En De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. y Piñar Mañas, J., *Sociedad digital y derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 375-398.
- Valero Torrijos, J. (2020). Administración electrónica en tiempos de pandemia. *Boletic*, 86, 28-31. https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/b86_monografico_1_julian_valero_torrijos.pdf
- Vega, G. (2021, 9 de marzo de). *El principal sospechoso del ciberataque al SEPE es el virus de secuestro informático Ryuk*. El País Digital. <https://elpais.com/tecnologia/2021-03-09/el-virus-de-secuestro-informatico-ryuk-principal-sospechoso-del-ciberataque-contra-el-sepe.html>
- Zapico, A., Peirats, V. y Cornejero, C. (2020). Implantación del teletrabajo en la Agencia Tributaria. *Boletic*, 86, 50-52 (monográfico COVID-19). <https://www.astic.es/articulos-boletic/implantacion-del-teletrabajo-en-la-agencia-tributaria>



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 23-09-2021
Aceptado: 04-10-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10990>
Páginas: 134-149

Un comentario a propósito del art. 68. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de la sentencia de casación de la sala tercera del tribunal supremo núm. 954/2021, de 1 de julio

A comment in relation to article 68.4 from administrative procedure common and judgment of casation of third room the Supreme Court 954/2021, 1st of July

Mariano López Benítez

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3850-1885>

mariano.lopez@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Mariano López Benítez es Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba con Premio Extraordinario. Catedrático de esta misma Universidad, es autor de monografías y trabajos de investigación relacionados tanto con la denominada parte general como la llamada parte especial del Derecho Administrativo.

Patricia Soriano Bautista

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5693-3518>

patricia.soriano@hotmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Patricia Soriano Bautista es funcionaria del Cuerpo de Administradores de Gestión Financiera de la Junta de Andalucía. En la actualidad, es doctoranda del Programa de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Córdoba, realizando su tesis doctoral sobre la Administración electrónica.

RESUMEN

El TS, en su reciente sentencia 954/2021, de 1/7, aborda por vez primera la interpretación del complejo art. 68.4 LPAC. Por las características del caso, el TS considera que las consecuencias reseñadas por ese precepto no son aplicables a los procedimientos revisorios. Sin embargo, son muchas las dudas interpretativas que el art. 68.4 continúa planteando y que son analizadas al hilo de este comentario.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento administrativo; Administrado; Solicitud; Subsanación; Administración Electrónica.

ABSTRACT

The Supreme Court, in its recent judgment 954/2021, of July 1, addresses for the first time the interpretation of the complex article 68.4 LPAC. Due to the characteristics of the case, the Supreme Court considers that

the consequences outlined by this provision are not applicable to review procedures. However, there are many interpretative doubts that Article 68.4 continues to raise and are analyzed in line with this commentary.

KEYWORDS

Administrative procedure; Administered; Request form; Correction; Electronic administration.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL ART. 68.4 LPAC. 3. CUESTIONES PLANTEADAS EN CASACIÓN PARA FORMACIÓN DE DOCTRINA: ANÁLISIS CRÍTICO. 4. REFLEXIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PLANTEAMIENTO

La reciente Sentencia de la Sección 3.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 954/2021, de 1 de julio de 2021 (recurso de casación núm. 1928/2020. ECLI:ES:TS:2021:2747) ha efectuado un primer e importante pronunciamiento, que creemos no va a ser el único, sobre la interpretación del art. 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Un precepto, expresión de la decidida apuesta hecha por la LPAC en favor de la efectiva implantación de la Administración electrónica, que, no obstante, puede plantear –está suscitando ya– serios conflictos desde el punto de vista de las garantías de los administrados¹. Como se recordará, sostiene el mencionado precepto que.

¹ Habida cuenta la naturaleza de comentario eminentemente jurisprudencial que tiene el presente trabajo, deliberadamente se ha tratado de no desviar la atención del lector recurriendo a una proliferación excesiva de citas. Por ello, se han reducido estas al mínimo y hemos optado porque lo sean de fragmentos de la propia sentencia comentada o se refieran a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia recaída sobre la interpretación del art. 68.4 LPAC, en la medida en que esta jurisprudencia dibuja el cuadro ante el que se encuentra el Tribunal Supremo a la hora de dilucidar la cuestión que se le somete en casación.

Aun así, nos parece conveniente dejar constancia de que, tal vez, la polémica doctrinal más viva es la que al respecto han mantenido en las redes Gómez Fernández (2018), por una parte, y Chaves García (2018). El primero de ellos abogó por una interpretación restrictiva del precepto basándose en tres argumentos, a saber: 1.º que otra interpretación iría en contra sobre el carácter garantista y antiformalista del procedimiento administrativo, significando a la postre una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva; 2.º que una interpretación literal del precepto abocaría a «una especie muy rara de subsanación, puesto que ha sido una característica de la subsanación de la solicitud en un procedimiento administrativo, el carácter retroactivo de la misma, de modo que una vez subsanada la irregularidad formal, se tiene como fecha de presentación la de la solicitud y no la de la subsanación»; y 3.º que la interpretación restrictiva se deriva del propio tenor literal del art. 68.4 LPAC: «cuando el art. 68.4 de la Ley 39/2015 dice que se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación añade al inicio de la frase otra que la puntualiza, a estos efectos. Si leemos la frase anterior, cuando dice a estos efectos se está refiriendo a la presentación electrónica, con lo que uniendo ambas frases, nos encontramos con lo que quiere decir el artículo es que a los efectos de la presentación electrónica, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, que es cuando realmente se produce la presentación electrónica y no antes, cuando la misma no se había realizado». Por lo que, a la postre, lo que significa, en opinión de este autor, es que es, a partir del momento de la subsanación electrónica, se iniciará el cómputo de los plazos de los que la Administración dispone para resolver. Tales inconvenientes eran, en suma, los que, como síntesis, le llevaban a pedir la eliminación del precepto controvertido.

Frente a la opinión sucintamente expuesta de Gómez Fernández, J. R. Chaves mantenía la oportunidad y literalidad del precepto, puesto que, por un lado, una interpretación que prescindiese de los términos literales del art. 68.4 sería una interpretación contra legem; y, porque, de otra parte, abonar otra interpretación diferente supondría premiar la torpeza y negligencia de los obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, puesto que «a donde no alcanza ni debe alcanzar la subsanación es a reabrir un plazo material de acreditación del derecho, ni a ofrecer una situación de ventaja en procedimientos competitivos ni a convertir un plazo formal uniforme y predeterminado en un plazo flexible y a la carta».

Con ocasión de la publicación de la sentencia de casación del TS, que aquí comentamos, ambos autores han vuelto sobre el tema dando noticia de los términos de la sentencia (Gómez Fernández, 2021, y Chaves García, 2021). A ellos, se ha añadido también, dando noticia de la referida sentencia, Aparicio (2021). A estos tres comentarios de urgencia de la sentencia debe sumarse por su interés intrínseco y por el hecho de que el Letrado que ha actuado en el recurso de casación en representación de la parte recurrida (la Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León) ha sido D. José Ángel Castillo Cano-Cortés, la entrevista que, tanto a él como a su compañero de despacho, D. Luis Zafra Romero, se les hace en [Conflegal.com](https://www.conflegal.com), 16 de julio de 2021, bajo el título “El Supremo aclara que, aunque se subsane electrónicamente el recurso presentado, el plazo computable es el del primer escrito”. También de Zafra Romero (2020, p. 9) es relevante el comentario que firmó antes sobre la cuestión.

Al margen de lo expuesto y sin ánimo exhaustivo, se hallan referencias también a los problemas suscitados por el art. 68.4 en los comentarios generales a la LPAC. Por ejemplo, Rego Blanco (2017, p. 1049), opina que «en este precepto subrepticamente se incluye una nueva causa de inadmisión registral para todos los registros presenciales». Más recientemente, de la Cruz Ferrer y Trujillo Pérez

«Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación».

La simple lectura del precepto transcrito lo convierte probablemente en la consecuencia jurídica más llamativa del deber u obligación establecidos por los apartados 2.º y 3.º del art. 14. No es la consecuencia jurídica única, pero sí es, sin duda, la que despierta más atención y la que más prontamente está planteando problemas hermenéuticos de gran calibre hasta el punto de haber dado ya lugar, con anterioridad a este fallo del Tribunal Supremo, a decisiones contradictorias de diversos Tribunales Superiores de Justicia.

La STS 954/2021, cuyo Ponente ha sido el Magistrado Bandrés Sánchez-Cruzat, trae causa del recurso de casación suscitado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 24 de octubre de 2019². Esta última había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo planteado por la Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León contra la Resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla y León de 20 de julio de 2018 por la que se había inadmitido el recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección General de Comercio y Consumo de 22 de mayo de 2018 mediante el que se convocaban elecciones para la renovación de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de la Comunidad de Castilla y León. En lo que al presente comentario importa, la razón de que, por parte de la Administración autonómica, se inadmitiese el recurso de alzada instado contra el acuerdo de convocatoria de elecciones, radica en que la mencionada alzada se presentó en el Registro de forma presencial el último día del plazo establecido para ello: esto es, el 28 de junio de 2018, toda vez que el acuerdo de convocatoria se había publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León núm. 101, de 28 de mayo de 2018. Como, según el criterio de la Administración autonómica, la recurrente, en tanto que persona jurídica, devenía obligada a presentar el recurso telemáticamente por ministerio de lo dispuesto en el art. 14.2 a) LPAC, la requirió electrónicamente el día 3 de julio para que subsanase tal defecto de presentación, extremo que la interesada cumplimentó telemáticamente al siguiente día.

Tal argumentación es la que reproduce la representación de la Administración Autonómica en su contestación a la demanda de cara a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Empero, el TSJ la rechaza invocando y remitiéndose tanto a lo ya dicho en su anterior Sentencia de 28 de octubre de 2018, como a los argumentos mantenidos por la STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2018³. En esencia, los razonamientos de los que el TSJ de Castilla y León se vale en su fundamento de derecho segundo para rechazar la inadmisión del recurso discurren por una doble vía. En primer lugar, considera que requerir al interesado

(2021, p. 442), tras hacerse eco de la polémica registrada en las redes anotada más arriba, sintetizan la posición del legislador de una manera muy gráfica: «El legislador ha tratado en este punto de dar con el palo (la fecha de presentación será la de la subsanación) para que los ciudadanos se acostumbren a comer la zanahoria (relacionarse electrónicamente con la Administración)».

² STSJ núm. 1252/2019, de 24 de octubre, Sala de lo Contencioso de Valladolid, recurso contencioso-administrativo núm. 1138/2018, Ponente: Fresneda Plaza, ECLI:ES: TSJCL:2019:4490.

³ STSJ de Madrid núm. 276/2018, de 29 de mayo, recurso 251/2017, Ponente: Rivas Moreno, ECLI:ES: TSJM:2018:7644. Interesa reproducir lo que el TSJ señala: «Cuando se requiere la subsanación de un defecto, concediéndole un plazo de 10 días para su subsanación, y se le apercibe de tenerle por desistido de su pretensión, implícitamente, se está considerando dicho defecto subsanable. Y por subsanación debe entenderse la de considerar el escrito (el primer escrito) subsanado. Lo que conlleva tener como fecha de presentación, la del escrito presentado de forma presencial. Llama la atención que la Administración haya declarado inadmisión el recurso, a pesar de que por actos propios lo tuvo ya por presentado, advirtiéndole a la parte, únicamente, de que se le tendría por desistido de su pretensión, en caso de no cumplimentar el requerimiento (de presentación telemática del escrito, en el plazo de diez días hábiles) (...) La inadmisión del recurso de alzada presentado en el plazo concedido, y en la forma ordenada en el requerimiento, infringe la confianza del administrado que se atiende estrictamente a las instrucciones de la Administración».

Más adelante, en su fundamento de derecho séptimo, el TSJ es aún más concluyente, ya que pone de relieve tanto la impropiedad de aplicar el plazo de 10 días del apartado 2.º del art. 68 al apartado 4.º, como el absurdo que representa otorgar un plazo de subsanación si la fecha que se tomará en cuenta, a efectos de la correcta presentación en plazo del escrito, será la de la presentación telemática: «Porque el artículo 68 sólo establece el plazo de 10 días hábiles de subsanación en el párrafo primero; previendo este plazo como un período en el que se admite propiamente la posibilidad de subsanar el defecto apreciado, con todos los efectos legales; lo que establece de forma coherente con la obligación de indicar al requerido que, en caso de no cumplimentación de lo ordenado se le tendrá por desistido de su pretensión. Por el contrario, el párrafo cuarto no menciona plazo alguno de subsanación, y es que, ni existe, ni es necesario. Porque si la fecha de presentación del escrito que se va a considerar, en todo caso, va a ser la de su presentación telemática, no se trata de una subsanación propia, ya que la consecuencia del defecto es, de entrada, la de no tener por presentado el escrito. Y, por otra parte, la fijación de un plazo concreto para su presentación resulta inútil, pues, cuando se realice, esto es, cuando se presente de forma telemática, sin perjuicio del tiempo en que se haga, producirá los efectos que procedan».

para que subsane la falta de presentación electrónica del recurso contraría la doctrina de los actos propios de la Administración. En este punto, el seguimiento de la decisión del TSJ madrileño es absoluta, reproduciendo íntegramente las ideas expuestas por este último órgano jurisdiccional:

«Cuando se requiere la subsanación de un defecto, concediéndole un plazo de 10 días para su subsanación, y se le apercibe de tenerle por desistido de su pretensión, implícitamente, se está considerando dicho defecto subsanable. Y por subsanación debe entenderse la de considerar el escrito (el primer escrito) subsanado. Lo que conlleva tener como fecha de presentación, la del escrito presentado de forma presencial.

Llama la atención que la Administración haya declarado inadmisibles el recurso, a pesar de que por actos propios lo tuvo ya presentado, advirtiéndolo a la parte, únicamente, de que le tendría por desistido de su pretensión, en caso de no cumplimentar el requerimiento (de presentación telemática del escrito, en el plazo de diez días hábiles)».

Por ello, extrayendo las consecuencias de esta argumentación para el caso objeto de la *Litis*, el TSJ de Castilla y León proclama que «una interpretación tan restrictiva como la planteada por la Administración, vulneraría los principios antiformalistas, y de subsanabilidad con gran raigambre en nuestro ordenamiento jurídico», ya que «la posible subsanación que se lleva a efecto no puede privar de validez al acto originario del particular que adoleciera de algún tipo de deficiencia».

El otro argumento empleado por el TSJ de Castilla y León combina dos ideas: una primera, atañe al marco de intemporalidad de la LPAC. Como el plazo originario para la entrada en vigor de las previsiones relativas al Registro electrónico, establecido por la Disposición final 7.ª LPAC, se vio prorrogado hasta el 2 de octubre de 2020 por fuerza del Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, la obligación de presentar electrónicamente las solicitudes ante la Administración, en tanto subordinada a la efectiva implantación del Registro electrónico, resultaba también diferida al momento en que finalizase el plazo de prórroga de la entrada en vigor de las determinaciones relativas al Registro electrónico y no era, por tanto, exigible en el tiempo en el que se desarrolla la *litis* origen del presente proceso contencioso-administrativo.

Por otro lado, el TSJ de Castilla y León, aun sin explicitarlo claramente, mas haciendo suyo lo expresado en su anterior sentencia de 29 de mayo de 2019⁴, desliza una idea muy interesante sobre la que habremos de volver más adelante: la de considerar que, en todo caso, las consecuencias jurídicas expresadas por el art. 68.4 LPAC quedarían constreñidas únicamente a los escritos del administrado que tuviesen la condición de solicitudes iniciales, pero no a los recursos administrativos:

«A análoga conclusión se llegó en la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2019, recurso 122/2018, en la que se expresa que el artículo 68 se ubica dentro del Título IV, dedicado al procedimiento administrativo, y, más concretamente, en la Sección 3.ª, que se refiere a la iniciación del procedimiento a solicitud del interesado. No es el caso en el que nos encontramos,

⁴ STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, núm. 806/2019, de 29 de mayo (rec. 122/2018), Ponente: Blanco Domínguez, ECLI:ES:TSJCL:2019:2546. El caso examinado por esta sentencia se refiere a un supuesto en el que la Administración forestal autonómica había declarado de utilidad pública e inscrito en el Catálogo de Montes de la provincia de Burgos el Monte «Arrate», propiedad del Ayuntamiento de Valle de Mena. La Orden de Inscripción, publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León de 26 de julio de 2017, Tras la solicitud de cierta documentación, necesaria para la presentación de recurso, la Entidad Local Menor de Anzo de Mena-Valle de Mena presentó recurso de reposición en una oficina de correos en fecha 20 de septiembre de 2017. El 16 de octubre es requerida de subsanación para que en el plazo de 10 días presentase el recurso por vía electrónica, requerimiento notificado el 26 de octubre y atendido el 6 de noviembre de 2017. La Orden de 7 de marzo de 2018, que es la recurrida, declara inadmitido el recurso de reposición en virtud de lo preceptuado por los arts. 14.2 a) y 68.4 LPAC.

El TSJ refuta la pretensión de que se inadmita el recurso por versar sobre un acto firme con las siguientes palabras, que, en gran parte, son las que hace suyas la decisión objeto del presente comentario: «La Administración interpreta este artículo en el sentido de que, si la solicitud no se presenta electrónicamente, la fecha en que la misma ha de tenerse por presentada es la fecha en la que, tras el requerimiento que prevé ese artículo, se presenta electrónicamente, sin poder atender a la fecha en que se hizo de manera presencial infringiendo la obligación que tiene el interesado de relacionarse electrónicamente con la Administración. A la vista de las circunstancias concurrentes, dicha interpretación no puede compartirse por las siguientes razones. En primer lugar, el artículo 68 se ubica dentro del Título IV, dedicado al procedimiento administrativo, y, más concretamente, en la Sección 3.ª, que se refiere a la iniciación del procedimiento a solicitud del interesado. No es el caso en el que nos encontramos, ya que el escrito que la Administración considera extemporáneo no es de iniciación de ningún procedimiento, sino que es un recurso de reposición que no da inicio a ningún procedimiento. El art. 14.2 de la Ley 30/2015 (...) no se establece ninguna consecuencia para el caso de que se incumpla esa obligación, presentando presencialmente un recurso, y no cabe hacer una interpretación extensiva del artículo 68.4 porque el mismo claramente se aplica a los efectos que el mismo acota, esto es, a los efectos de determinar la fecha de presentación de solicitudes. En los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015 no hay una previsión semejante a la contenida en el artículo 68.4».

ya que el escrito que la Administración considera extemporáneo no es de iniciación de ningún procedimiento, sino que es un recurso de reposición que no da inicio a ningún procedimiento».

Ciertamente, la idea es sugerente, pero no deja de plantear algunas dudas tanto sobre la naturaleza autónoma o, por el contrario, subordinada de los procedimientos administrativos de recurso, como con respecto al papel integrador que las disposiciones comunes del Título IV desempeñan en relación con la generalidad de los procedimientos administrativos, aspecto éste sobre el que la sentencia de casación no se pronuncia.

2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL ARTÍCULO 68.4 DE LA LPAC

La sentencia del TSJ de Castilla y León, recurrida en casación, valiéndose en líneas generales de los argumentos empleados tanto por él como por otros Tribunales Superiores de Justicia, se inscribe claramente dentro de una línea jurisprudencial, todavía, en todo caso, no muy abundante, que amortigua los letales efectos a los que conduce la interpretación estricta de las consecuencias jurídicas previstas en el art. 68.4 LPAC con respecto al incumplimiento de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración. Sin embargo, es necesario reconocer que no todas las decisiones jurisprudenciales recaídas sobre este precepto se han adscrito tan decididamente a esta corriente hermenéutica. Por el contrario, no faltan las que se han aferrado a los literales y rotundos términos del art. 68.4 y han aplicado su principal consecuencia jurídica sin mayores ambages.

Así sucede, por ejemplo, en el supuesto examinado por la STSJ de Madrid 15/2021, de 15 de enero⁵. La Mancomunidad Intermunicipal de Servicios Sociales del Este de Madrid (MISSEM) recurre en alzada el acuerdo de archivo de la comunicación relativa a la justificación de gastos correspondiente al período enero-febrero de 2018 del Convenio de Asistencia Integral y Multidisciplinar a las víctimas de género que tenía suscrito con la Comunidad de Madrid. Dicha certificación parcial se había presentado el antepenúltimo día del plazo de vencimiento por correo postal, teniendo entrada en el Registro auxiliar de la Consejería de Políticas Sociales y Familia el último día del plazo establecido para la presentación de la justificación de los gastos realizados durante el citado período. La Administración autonómica, considerando lo que establece el art. 3.2 LRJSP con respecto a la obligación de relacionarse electrónicamente las Administraciones Públicas, le aplica en su mayor rigor las consecuencias jurídicas previstas por el art. 68.4 LPAC, estimando incluso que ni tan siquiera tiene sentido formularle requerimiento de subsanación por devenir absolutamente inútil e innecesario. El TSJ avala por completo la conducta seguida por la Administración autonómica madrileña.

«...es hecho admitido que, de conformidad con la Cláusula novena del concreto Programa a que se refiere el plazo para la presentación de las certificaciones parciales de gastos acompañadas a la justificación de gastos archivada y no tramitada, es de un mes desde la finalización del período a justificar (28-02-2018), lo que en el caso de autos nos lleva al día 28-03-2018, que es precisamente el último día del mencionado plazo del mes citado, coincidiendo con la fecha en que tuvo entrada en el Registro Auxiliar de la Consejería de Políticas Sociales y Familia».

En su escrito de demanda, MISSEM alega que no se le había formulado requerimiento de subsanación con respecto al modo de la presentación tal y como, a su juicio, preceptúa el art. 68.4 LPAC, debiendo tenerse en cuenta para ello el día en que presentó la certificación en la oficina postal (26-03-2018) y no el del día de entrada en el Registro de la Administración autonómica (28-03-2018). El TSJ rechaza con rotundidad esta alegación, estimando incluso que su admisión constituiría la comisión de un fraude legal:

«Sin embargo esta tesis, no puede ser aceptada. En primer lugar, porque parte de tener en cuenta una fecha (26-03-2018) en que incumplió el obligado modo de presentación de la documentación, por lo que, de aceptarlo la Administración demandada, estaría incurriendo en contradicción, al estimar que la presentación por correo administrativo no es medio válido de presentación, pero sí lo es a los efectos de subsanar su solicitud. Por ello, la fecha a considerar para aplicar la posibilidad de subsanación no puede ser otra que aquella en que tuvo entrada en el Registro Auxiliar de la Administración demandada (28-03-2018), porque es, precisamente, en dicha fecha en la que pudo tener conocimiento de aquellas certificaciones parciales de justificación de gasto.

⁵ STSJ de Madrid núm. 15/2021, de 15 de enero, recurso núm. 78/2019, Ponente: Galindo Gil. ECLI:ES:TSJM:2021:761.

La consecuencia no es otra que, en aplicación del artículo 68.4 de la Ley 39/2015, se debería tener en cuenta la fecha en que se realizó la subsanación y teniendo en cuenta que la fecha inicial de entrada en la Dirección General de la Mujer fue el último día del plazo del que disponía la Mancomunidad Intermunicipal de conformidad con la cláusula novena del Convenio, sucedería que el requerimiento y la posterior subsanación se realizarían fuera del citado plazo de un mes, con la consecuencia de que la presentación de la justificación de gastos sería extemporánea» (Fundamento de derecho séptimo).

Similar razonamiento emplea el TSJ de Valencia ante un caso en el que un Ayuntamiento había presentado por correo postal el último día de plazo una solicitud de ayuda de saneamiento. El TSJ considera incluso que abrir un trámite de subsanación, no sólo resulta inútil en el caso de autos, sino que además resultaría contrario al principio de celeridad del procedimiento administrativo, toda vez que «si lo hiciera la Administración estaría generando un trámite destinado a subsanar la forma de presentación de la solicitud, cuando, posteriormente, y para el caso de ser subsanada presentando la solicitud telemáticamente, necesariamente la tiene que considerar extemporánea»⁶.

En una situación intermedia entre ambas posiciones jurisprudenciales se colocan algunas otras sentencias que, sin pronunciarse directamente sobre las consecuencias jurídicas impuestas por el art. 68.4 LPAC, estiman que, sin embargo, éstas no resultan aplicables mientras se mantenga el régimen transitorio previsto por la Disposición final séptima de la LPAC. Exponente temprana de esta corriente es la STSJ de Castilla-La Mancha, sede de Albacete, núm. 504/2018, de 20 de diciembre de 2017⁷. Producida en apelación sobre una decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de los de Albacete, desestimando el recurso contencioso-administrativo planteado al amparo del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, los hechos de autos revisten un particular interés porque reflejan hasta qué punto el laberinto del proceso *Kafkiano* puede convertirse también entre nosotros y en nuestros días en una realidad.

La recurrente, una mercantil dedicada al alquiler de automóviles sin conductor, había sido requerida por el Ayuntamiento de Albacete para que identificase al conductor de un vehículo sancionado por la comisión de una infracción de tráfico. Atendiendo el requerimiento, la sociedad interesada comunica –con fecha 2-02-2017– la correspondiente identificación del conductor a través del Registro Electrónico Común (REC). No obstante, tal comunicación es rechazada porque el Ayuntamiento de Albacete no estaba adherido en aquel momento al Convenio del Sistema de Interconexión de Registros (SIR), razón por la que presenta la mencionada comunicación identificativa a través de una Oficina de Registro Administrativo de la Comunidad de Madrid. A los pocos días de ello (14-02-2017), el Servicio Administrativo de la Policía Local del Ayuntamiento de Albacete emite oficio de requerimiento de presentación electrónica de documentación, devuelve a la recurrente el escrito presentado presencialmente a fin de que en el plazo de diez días subsanase el requisito de la presentación telemática y le señala, en fin, que el Ayuntamiento de Albacete estaba utilizando la plataforma de la Administración electrónica de la Diputación de Albacete. La demandante vuelve a intentar la presentación telemática a través del REC (6-03-2017), volviendo a obtener el mismo motivo de rechazo que la vez anterior, por lo que al día siguiente pone de manifiesto mediante escrito presentado ante la Oficina de Correos, que ya había procedido a la identificación del conductor y que se le estaba colocando en una situación de indefensión. El TSJ de Castilla-La Mancha estima la apelación formulada por la mercantil, anula la sentencia apelada y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Requerimiento de 14-02-2017 por cuya virtud se había proseguido el procedimiento sancionador contra la sociedad arrendataria de vehículos por no haber identificado en forma al conductor que cometió la infracción. El TSJ considera que, aun tratándose de un acto de trámite, existe una clara conculcación del derecho de defensa, que legitima el recurso por esta vía excepcional del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pues,

«...el Ayuntamiento de Albacete ni ha justificado el motivo o las causas por las cuales no se ha llevado a cabo [el Convenio con las plataformas y registros establecidos por la Administración del Estado], exigiendo, además, el cumplimentar la presentación telemática de escritos a través de su Sede Electrónica Municipal, sin dar opción al ciudadano de hacerlo desde el punto de acceso común/REC, y, por tanto, sin respetar lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 39/2015».

⁶ STSJ de Valencia núm. 93/2020, de 18 de febrero, ECLI:ES:TSJCV:2020:2533.

⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, sede de Albacete, núm. 504/2018, de 20 de diciembre de 2017, rec. apelación núm. 286/2017. Ponente: Estévez Goytre. ECLI:ES:TSJCLM:2017:3148.

A ello, debe añadirse, según el TSJ, que la obligación de presentar telemáticamente los escritos aún no estaba vigente, teniendo, en cambio, plena vigencia lo establecido por el art. 38.4 de la Ley 30/1992 en lo relativo a la presentación de escritos, ya que «pese a que la Ley 39/2015 entró en vigor el 2 de octubre de 2016, las previsiones sobre este punto no producirán efectos hasta el día de 2 de octubre de 2018».

La falta de vigencia de la obligación establecida por el art. 14.2 LPAC es también la razón que inspira a la STSJ de Valencia núm. 183/2020, de 24 de abril para estimar el recurso contencioso-administrativo deducido por una Comunidad de Propietarios contra la declaración de extemporaneidad de la acción de responsabilidad patrimonial interpuesta de manera presencial⁸:

«La Sala entiende que ha de darse la razón a la demandante. A la fecha de la presentación, por medio de la oficina de correos, de la reclamación de responsabilidad patrimonial –18 de enero de 2018– todavía no estaba vigente la obligación de presentación telemática de solicitudes, puesto que la disposición final séptima de la Ley 39/2015 establecía, en su redacción originaria, que las previsiones relativas al registro electrónico administrativo producían efecto a los dos años de la entrada en vigor de dicha ley, es decir, a partir del día 2 de octubre de 2018 (por Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, se ha modificado la referida disposición final séptima, quedando diferida la entrada en vigor de las previsiones sobre registro electrónico hasta el día 2 de octubre de 2020). Por tanto, en la fecha de presentación no telemática de aquella solicitud no se encontraba en vigor la exigencia regulada en el art. 14.2 de la Ley 39/2015 de relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo las personas jurídicas, los entes sin personalidad jurídica y determinadas personas físicas –en lo que aquí interesa, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional–, ni tampoco, por consiguiente, la previsión contenida en el art. 68.4 de la Ley 39/2015»⁹.

Las expuestas son, por tanto, las tres líneas jurisprudenciales con las que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo se encuentra a la hora de resolver el recurso de casación suscitado contra la STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2019. Una de ellas, la última que hemos reseñado, adquiere un valor meramente coyuntural, pues su virtualidad cesa –de hecho, ha cesado ya– cuando finaliza la vigencia de las sucesivas prórrogas de que ha sido objeto la Disposición final séptima de la LPAC en lo concerniente a la entrada en vigor de las disposiciones relativas a los registros electrónicos. Consecuentemente, desterrada esta interpretación, el dilema consiste en dilucidar cuál va a ser la línea argumentativa del Tribunal Supremo, si acogerá una de las dos reseñadas, o si, por el contrario, asumirá una línea propia integrada por elementos de una y otra corriente jurisprudencial. Es verdad que la respuesta a esta cuestión no es enteramente discrecional, sino que viene condicionada tanto por los términos en que viene planteado el propio recurso de casación como por la manera en que la Sección de Admisión del Tribunal Supremo formula la cuestión a la que debe dar respuesta la Sentencia del propio Tribunal.

3. CUESTIONES PLANTEADAS EN CASACIÓN PARA FORMACIÓN DE DOCTRINA. ANÁLISIS CRÍTICO

Desde este punto de vista, el Auto de la Sección de Admisión del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020¹⁰, que admite a trámite el recurso de casación planteado contra la sentencia del órgano jurisdiccional castellano-leonés, considera, en contra del criterio mantenido por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que las cuestiones suscitadas por la decisión recurrida en relación con la interpretación del art. 68.4 LPAC no carecen de interés casacional objetivo en aras a la formación de jurisprudencia,

⁸ STSJ Valencia núm. 183/2020, de 24 de abril, rec. 62/2018, Ponente: Iruela Jiménez, ECLI:ES:TSJCV:2020:573.

⁹ Con argumentos similares, por ejemplo, la STSJ de Madrid núm. 48/2019, de 14 de febrero, rec. 113/2018, Ponente: Botella García-Lastra, ECLI:ES:TSJM:2019:1788.

¹⁰ Auto de la Sección de Admisión de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020, rec. cas. núm. 1928/2020, Ponente: Arozamena Laso, ECLI:ES:TS:2020:12753A.

más aún cuando no existe todavía formada «jurisprudencia de esta Sala y parece conveniente un pronunciamiento al respecto»¹¹. Así las cosas, las preguntas que, más en concreto y sobre este punto, se formula el Tribunal Supremo de cara a la formación de doctrina son dos:

«(i) Aclarar cuáles son las consecuencias que se derivan del requerimiento de subsanación que prevé el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas cuando no se ha cumplido con la obligación de relación a través de medios electrónicos que impone el artículo 14.2 de la misma norma; en particular, si una vez subsanado el defecto y presentado el recurso por medios electrónicos, la subsanación es retroactiva (como entiende la Sala) o es la que fija el día en que ha de entenderse cumplimentado el trámite de que se trate.

(ii) Aclarar el régimen de vigencia de los mencionados preceptos, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre».

Pese a lo que antes decíamos sobre la progresiva pérdida de interés de la cuestión relativa al momento de exigibilidad de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, lo cierto es que la Sección de Admisión formula sus preguntas sin excluirla, por lo que, en realidad, la mencionada Sección lo que está demandando es una respuesta general del Tribunal Supremo con respecto a todos los aspectos suscitados por la aplicación del art. 68.4 LPAC, y que han dado lugar, según hemos visto, a una jurisprudencia contradictoria por parte de los Tribunales Superiores de Justicia. No obstante, debe ya aclararse que la Sentencia del Tribunal Supremo elude pronunciarse deliberadamente sobre el régimen de vigencia de los arts. 14.2 y 68.4 LPAC, pues considera que no le resulta necesario para la resolución del recurso. Basa su razonamiento en la interpretación restrictiva y, a nuestro juicio, hartamente discutible por los flancos que abre, de los términos «solicitud» y «solicitudes», empleados por el art. 68.4 LPAC y sobre los que más adelante volveremos. Declara a este respecto que.

«La confirmación del pronunciamiento del Tribunal sentenciador, respecto de la anulación de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 20 julio de 2018 hace innecesario que nos pronunciemos sobre el alcance de la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a los efectos de determinar la entrada en vigor de la previsión contenida en el artículo 14.2 de dicha norma, pues esta cuestión está directamente relacionada con la aplicabilidad del art. 68.4 del citado texto legal a los recursos administrativos, lo que hemos descartado en los precedentes razonamientos jurídicos».

Por consiguiente, ceñida la labor en casación del Tribunal Supremo a dar respuesta a una –la cuestión (i)– de las dos cuestiones planteadas en el trámite de admisión, se establece la siguiente doctrina legal con respecto a la interpretación del art. 68.4 LPAC:

«El apartado 4 del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Admi-

¹¹ «Planteada en estos términos la controversia y teniendo en cuenta que, junto al artículo 88.2 c) LJCA, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, invoca la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 88.3 a) LJCA, nos corresponde verificar si las cuestiones apuntadas se encuentran revestidas de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y la respuesta ha de ser afirmativa puesto que lo suscitado no carece manifiestamente de interés casacional (esto es, de una forma evidente y sin complejos razonamientos jurídicos) trascendiendo del mero objeto del pleito la interpretación que deba darse a los artículos 14.2 y 68.4 LPAC a los efectos de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan del requerimiento de subsanación que prevé el segundo de los citados preceptos cuando no se ha cumplido con la obligación de relación a través de medios electrónicos que impone el primero de ellos. Se trata, en particular, de determinar si, una vez subsanado el defecto y presentado el recurso por medios electrónicos, la subsanación es retroactiva (como entiende la Sala) o fija el día en que haya de entenderse cumplimentado el trámite de que se trate. Todo ello permitirá también aclarar lo relativo a la vigencia de las normas que resulten de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final séptima de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No existe sobre estas cuestiones jurisprudencia de esta Sala y parece conveniente un pronunciamiento al respecto, concurriendo, por tanto, las circunstancias invocadas por la recurrente» [Razonamiento Jurídico 2 a)].

En línea con lo formulado, el TS razona también en este mismo apartado que, anteriormente por Providencia de 3 de julio de 2019, había inadmitido a trámite el recurso de casación núm. 647/2019, preparado por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la Sentencia del TSJ de 30 de octubre de 2018, puesto que nada se razonó acerca del principio de vinculación a los actos propios.

nistraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica, y que a estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, resulta aplicable a la fase inicial de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de los interesados».

Esta doctrina legal es síntesis de un razonamiento más extenso del Tribunal que, por un lado, en aplicación de los principios antiformalista y de subsanabilidad rechaza cualquier interpretación de los arts. 14.2 y 68.4 LPAC «que prive de validez y eficacia al acto originario de presentación del recurso de alzada»; y, por otro lado, restringe la aplicación de las consecuencias de este último precepto a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, con exclusión, por tanto, de «los procedimientos iniciados de oficio por la Administración (...) y de) los procedimientos de revisión de los actos administrativos»:

«Sostenemos –dice el TS– que no resulta convincente la tesis argumental que desarrolla el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que postula la aplicación generalizada de la previsión contenida en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, en aras de incentivar el cumplimiento de la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos contemplada en el artículo 14.2 del citado texto legal, por cuanto no hay –según se aduce– diferenciación de objetos entre el procedimiento administrativo común y los procedimientos revisorios, pues no tiene en cuenta que el instituto procedimental de la subsanación no puede comportar para el interesado que cumple en tiempo y forma el requerimiento efectuado por la Administración unas consecuencias jurídicas lesivas del derecho a la protección jurídica, que constituye uno de los postulados nucleares de la configuración del Estado social y democrático de Derecho, en contravención del deber de buena administración».

No obstante, las incógnitas suscitadas por esta Sentencia del Tribunal Supremo son numerosas hasta el punto de que, como decíamos al inicio, no resultaría nada extraño que, con ocasión del planteamiento de otros nuevos recursos de casación, haya de aclarar algunas cuestiones relativas a la interpretación de los arts. 14.2 y 68.4 LPAC que la sentencia comentada ha dejado en penumbra. Sorprende, en particular, que la sentencia sea muy parca a la hora de explicar cómo juega aquí el principio de vinculación de la Administración a los actos propios. Y la sorpresa es aún mayor no sólo porque la apelación a este principio es una de las piezas estelares de la sentencia recurrida, sino porque, como reconocía el propio Auto de Admisión, la falta de toda referencia a tal principio por parte de los proponentes de un anterior recurso de casación fue, precisamente, la causa que motivó su inadmisión¹².

Según ya hemos anticipado, hay que ir al cuerpo de la sentencia para advertir que el TS está restringiendo el ámbito de aplicación del art. 68.4 LPAC únicamente a las solicitudes en sentido estricto, esto es, a los escritos que inician el procedimiento administrativo, o por así llamarlo, a las solicitudes de los administrados iniciadores de un procedimiento administrativo *ex novo* o de instancia. Los procedimientos *revisorios* –como la sentencia los denomina– quedan, por consiguiente, fuera del campo de aplicación del art. 68.4 LPAC. Y quedan fuera porque no sólo no son solicitudes originales, sino porque, aunque también sean escritos del administrado –los escritos de recurso– que inician un procedimiento administrativo propio y substantivo, se encuentran vinculados a un acto administrativo previo, nacido de un procedimiento administrativo anterior tramitado bien de oficio, bien a instancia de parte. A mayores, el significado otorgado por la sentencia a la noción de «procedimiento revisorio» es muy amplio, pues hay que entender que abraza tanto los recursos administrativos en sentido estricto (los ordinarios de alzada y reposición e, incluso, el extraordinario de revisión), como también las diversas manifestaciones de procedimientos revocatorios a los que se alude en el capítulo I del Título V LPAC, es decir, las *solicitudes* de revisión de oficio y de revocación y rectificación de actos administrativos.

¹² «Somos conscientes de que nos apartamos de lo acordado en la providencia de 3 de julio de 2019 que inadmitió a trámite el recurso de casación núm. 647/2019, preparado por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (sección primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid), de 30 de octubre de 2018, por la que se desestimaba el recurso de apelación núm. 365/2018 en materia sustancialmente idéntica. Reconsideración que obedece a que, en este caso, al contrario de lo que sucedía en el citado recurso de casación núm. 647/2019 en el que nada se razonó en relación con el primer argumento de la sentencia relativo a la vulneración por la Administración autonómica del principio de vinculación a los actos propios, sí se ha razonado en este caso que de los hechos acontecidos no puede derivarse la aplicación de la doctrina de los actos propios de la Administración» [Razonamiento Jurídico 2.º del Auto de la Sala de Admisión del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020 (rec. cas. 1928/2020), Ponente: Arozamena Laso, ECLI:ES:TS:2020:12753A].

Aunque la finalidad justificativa de tamaña identificación sea –como la sentencia confiesa– la de preservar el «derecho a la protección jurídica» de las nefandas y «lesivas consecuencias jurídicas» del art. 68.4 LPAC, lo cierto es que esta protección jurídica del administrado puede verse cercenada asimismo cuando, por aplicación del art. 68.4 LPAC, se le prive al interesado de la posibilidad de optar a una ayuda o prestación –cuya solicitud responda no a una convocatoria o procedimiento de oficio *ad hoc*, sino a unas previsiones temporales preestablecidas ya con carácter general e indefinido por una Ley o por un Reglamento¹³; o cuando, por obra de aquel precepto, se frustré el planteamiento temporal de una solicitud de responsabilidad patrimonial¹⁴; o cuando, en un plano más doméstico, determine la pérdida de la preferencia temporal de mejor derecho para optar a una concesión o autorización¹⁵. La argumentación empleada por el Tribunal Supremo para extraer los procedimientos *revisorios* del ámbito de aplicación del art. 68.4 LPAC, es, por tanto, reversible y susceptible de referirse igualmente a las solicitudes en sentido estricto, tal y como esta decisión judicial las concibe.

Mas, no son las anteriores las únicas incertidumbres que planean sobre la sentencia comentada. Si, a los efectos de la aplicación del art. 68.4 LPAC, los procedimientos administrativos en vía de recurso (o los *revisorios*, en general) pierden su autonomía y substantividad procedimentales con respecto a los procedimientos de instancia, significa ello que la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración –consagrada para determinados interesados por el art. 14.2 LPAC– pierde, en puridad, su naturaleza jurídica obligacional con respecto a los procedimientos *revisorios*, puesto que queda desprovista de cualquier consecuencia jurídica onerosa u ablatoria para el recurrente. Ni tan siquiera se transforma en una *carga*, porque la *carga* se contrae a la voluntad de interponer o no el recurso, pero no a la forma en que el recurrente decida presentar el recurso mismo, cuestión absolutamente indiferente en tanto en cuanto el recurrente, careciendo la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración de cualquier consecuencia jurídica, puede optar libremente por presentar su recurso telemáticamente o por presentarlo en papel, sin que de tal decisión se derive perjuicio jurídico alguno y aunque venga obligado a hacerlo de manera electrónica por ministerio del art. 14.2 LPAC. Es decir, la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, impuesta para determinadas personas, entes y grupos por el art. 14.2 LPAC, no es una obligación general e indiscriminada, aplicable con respecto a todos los actos y procedimientos administrativos. Con respecto a los que la sentencia denomina procedimientos *revisorios*, tal obligación no rige, o, si rige, lo hace a título de obligación natural, esto es, sin consecuencia jurídica que sancione o grave su incumplimiento. La propia sentencia lo reconoce sin tapujos, emplazando incluso al legislador para que remedie tal entuerto:

«Cabe significar al respecto, que el deber de la Administración de respetar el derecho al procedimiento debido, cuya constitucionalización como principio rector de la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas se deriva del artículo 103 de la Constitución, impone (a falta de una previsión normativa con rango que regule de forma específica las consecuencias que con carácter general origine el incumplimiento de la obligación de relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, a los efectos de determinar la fecha en que debe considerarse presentado el recurso administrativo, que, sede materiae, debería establecerse

¹³ En el ámbito de la agricultura no es infrecuente encontrarse ante tipos de ayudas anuales que no son objeto de convocatorias anuales específicas, sino que la periodicidad y el plazo de su presentación está fijado en la propia norma que establece y regula la ayuda, una norma que, en algunos casos, no es nacional, sino comunitaria y que además impone la presentación telemática de las solicitudes por tratarse de actos-masa. En tales supuestos, salvo que forzásemos hasta el extremo el concepto de procedimiento abierto de oficio hasta hacerlo dimanar tácita o implícitamente de la propia norma reguladora, parece que nos encontraríamos ante solicitudes que entrarían plenamente dentro del ámbito de aplicación del art. 68.4 LPAC.

¹⁴ Las varias aportaciones de los *blogistas* reseñadas en nota 1, aluden expresamente a este ejemplo de la solicitud de responsabilidad patrimonial, cuyo ejercicio, aun careciendo de plazo concreto, sí que está sujeta en todo caso al plazo de prescripción del año previsto por el art. 67 LPAC, lo que suscita y plantea numerosas dudas que no podemos tratar en el marco de este comentario, como la relativa a si la presentación presencial de una reclamación de responsabilidad por quien está obligado a hacerlo electrónicamente interrumpe o no la prescripción.

¹⁵ Aun no estando sujeta la presentación a plazo, esto último puede darse, por ejemplo, en materia de solicitud de registro de marcas para el caso de que se insten dos solicitudes idénticas con respecto a una misma clase de productos, en donde tanto la normativa reguladora como la jurisprudencia hacen una aplicación del principio *prior tempore, potior iuris*. Como a este respecto señala la STSJ de Galicia núm. 282/2013, de 27 de febrero, rec. cont-adv 8095/2009, Ponente: Quintas Rodríguez, ECLI:ES:TSJGAL:2013:1609: «La expresión *anteriormente solicitado o registrado*, ha de interpretarse por su parte no en el sentido *...solicitado prioritariamente...* sino en el de haber solicitado o estar registrado en el tiempo otros antes de solicitar la marca». Con carácter general, debe recordarse además lo que establece el art. 71.2 de la propia LPAC: «En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza».

en el artículo 14 de la Ley 39/2015), que se interpreten las normas procedimentales que regulan la interposición de recursos administrativos previos a entablar acciones ante los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa con los mismos criterios hermenéuticos formulados por el Tribunal Constitucional y por este Tribunal Supremo para garantizar y asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24 de la Constitución».

Si damos un paso más y nos adentramos en lo que, según la sentencia, constituye el campo natural de aplicación del art. 68.4 LPAC, esto es, el de las solicitudes de instancia, las dudas afluentes no son menores, especialmente porque, como avanzábamos, la sentencia prescinde de toda consideración con respecto al papel que en este ámbito pueden desplegar principios como el de la vinculación de la Administración a sus propios actos y el de la confianza legítima. Y es que el juego de tales principios se encuentra muy vinculado en nuestro caso al sentido que otorguemos al *requerimiento* previsto en el art. 68.4 LPAC. Recordemos, de nuevo, lo que determina el precepto:

«Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación».

Aparentemente, lo que se desprende de la lectura literal del precepto es que, cuando un sujeto, incumpliendo la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, presenta una *solicitud* presencialmente, debe ser *siempre* requerido para que subsane la forma de presentación de su escrito. Si la formulación del requerimiento, prescindiendo de la fecha en que se haya producido la presentación presencial, deviene siempre obligatoria para la Administración, lo que no se advierte es la finalidad y utilidad del propio art. 68.4 LPAC, cuya existencia entonces carece de sentido, ya que el hecho de que su solicitud sea o no admitida a trámite no va a depender del requerimiento que le dirija la Administración, sino de que el interesado cuente con plazo suficiente aún para presentar electrónicamente su *instancia*. Si dispone aún de plazo, bien porque el plazo de presentación no haya finalizado todavía o bien porque se trate de procedimientos abiertos no sujetos a plazo de presentación, la admisión de su solicitud nada tendrá que ver con el requerimiento que le haya formulado la Administración; requerimiento que, en el mejor de los casos, no pasará de ser el mero recordatorio de una obligación –la de relacionarse electrónicamente con la Administración (art. 14.2)–, y, desde luego, no la consecuencia jurídica que la respalda.

A esta interpretación lleva conceptualizar el requerimiento como un requerimiento, en todo caso, obligado para la Administración, comprensión a la que, desde luego, dan pábulo los rotundos e imperativos términos en que se pronuncia al respecto el art. 68.4 LPAC: «las Administraciones Públicas *requerirán* al interesado». Sin embargo, el carácter *obligado* de este requerimiento puede tener otra lectura si se le conecta con los antedichos principios de confianza legítima y de vinculación de la Administración a sus propios actos. Una lectura que, como demuestra el examen de la jurisprudencia menor analizada anteriormente, puede subvertir por completo el significado del propio art. 68.4 LPAC y hacerlo aún más incomprensible e innecesario.

Por ejemplo, si, siguiendo la práctica habitual y más frecuente entre los administrados, esperamos al último día de plazo de una convocatoria para presentar nuestra solicitud y lo hacemos presencialmente, aun estando obligados a efectuarla telemáticamente¹⁶, por muy diligente que sea la Administración competente a la hora de realizar el requerimiento, es más que probable que nuestra subsanación electrónica llegue tarde

¹⁶ No debe olvidarse que el elenco de obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración no sólo abarca los que se enumeran en el art. 14.2 LPAC, sino que su número puede incrementarse con carácter general o puntualmente para determinados procedimientos, en virtud de lo previsto por el apartado 3.º de este mismo precepto, «reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios». Un precepto, por cierto, cuyos términos de remisión tan amplios, han vuelto a ser objeto de atención por el Consejo de Estado en su reciente Dictamen núm. 45/2021, de 18 de marzo, con ocasión del desarrollo llevado a cabo por el Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos. Advierte, en concreto, el Consejo de Estado que, «durante la tramitación del expediente se ha planteado en varias ocasiones la necesidad de desarrollar las previsiones del artículo 14.3 de la Ley 39/2015, (...). Finalmente, los ministerios proponentes han optado por no concretar en el texto propuesto ninguna obligación específica de uso de medios electrónicos en el ámbito estatal, sino por remitir su desarrollo a otras normas reglamentarias que se adopten en el futuro, bien como real decreto acordado en Consejo de ministros, bien mediante orden ministerial. Parece, sin embargo, al Consejo de Estado que la redacción del artículo 3.3, párrafo segundo, resulta excesivamente abierta, en cuanto no concreta los criterios que permitan diferenciar cuándo deberá imponerse la obligación mediante real decreto ni cuándo bastará con una orden ministerial. Habida cuenta de la trascendencia de esta regulación para los sujetos afectados,

y, cuando la hagamos, el plazo de vencimiento ya haya transcurrido. Si con certeza la Administración sabe que, cuando subsanemos, la fecha de subsanación –que determina también, según el art. 68.4, la fecha de presentación de la solicitud– será posterior a la expiración del plazo de vencimiento de la convocatoria, ¿qué sentido tendrá, entonces, el requerimiento formulado por la Administración? Aún más ilógico resultará el requerimiento si, cuando éste se realice, el plazo de presentación ya ha pasado, por ejemplo, porque registrásemos nuestra solicitud extemporáneamente.

Efectivamente, ambas situaciones no son idénticas. No es lo mismo que la *instancia* se haya presentado presencialmente *en plazo* a que lo haya sido transcurrido éste. Con respecto a esta última situación, lo procedente sería no ya formular el requerimiento al que alude el art. 68.4 LPAC, sino dictar una resolución inadmitiendo por extemporánea la solicitud. Por el contrario, en lo concerniente a la otra situación, la presentación *presencial en plazo*¹⁷ puede deberse a distintas causas: desde el propósito deliberado de *burlar* la obligación establecida por el art. 14.2 –lo que, asimismo, puede redundar en una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, ya que la presentación en condiciones distintas a las legalmente exigidas y la subsanación pueden suponer una ampliación de plazo que iría en perjuicio de los demás solicitantes, que sí han cumplido su obligación presentando la solicitud electrónicamente¹⁸– hasta razones que escapan a la voluntad y disposición del administrado, como la falta de conectividad de sus equipos informáticos, la sobresaturación de las redes administrativas de recepción y registro u otras circunstancias de fuerza mayor¹⁹. En tales ocasiones, el requerimiento *obligado* de la Administración sí adquiere sentido. Lo que no tiene sentido, en cambio, es que los efectos derivados de la atención a dicho requerimiento se constriñan principalmente a que «se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación». Por el interés que posee en la ponderación de esas circunstancias concurrentes y, aunque es harto dudoso que las soluciones propugnadas por la LPAC resulten extensibles a los procedimientos electrónicos contractuales, podemos aquí traer a colación la Resolución 602/2020, de 14 de mayo de 2020, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recaída en el recurso 276/2020 resume la doctrina de este Tribunal respecto a la presentación extemporánea de ofertas:

sería oportuno que la norma proyectada recogiera con mayor precisión los criterios que permitan determinar cuándo deberá establecerse la obligación mediante real decreto acordado en Consejo de ministros y cuándo podrá hacerse a través de orden ministerial».

¹⁷ En el campo de la licitación electrónica se ha planteado la posibilidad de que en un procedimiento de licitación electrónica sea presentada una oferta en papel, y si en este caso sería posible conceder un plazo de subsanación para que la proposición sea presentada por vía electrónica. A estas preguntas responde el Informe 2/2018, emitido por la JCCPE ante una consulta formulada por la Universidad de Córdoba; se refiere esta consulta a la posibilidad de subsanación conforme a lo establecido en el artículo 68.4 de la LPAC respecto de una oferta presentada de forma manual; si la presentación electrónica podría presentarse una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas a través de la herramienta de presentación de ofertas; y de no ser posible la presentación a través de esta herramienta, de qué otra forma podría presentarse. Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, señala el informe que «la conclusión es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de las ofertas es la utilización de los medios electrónicos, que sólo cede ante los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, debiendo en cualquier caso justificarse la excepción de forma expresa, al exigirse que "los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos." (DA Decimoquinta, apartado 3 y 4 in fine)». En lo que afecta al trámite de subsanación añade que: «Hay que tener en cuenta además que, establecida la obligación para todos los licitadores de presentar electrónicamente las proposiciones, no tiene sentido la aplicación del otorgamiento de un trámite de subsanación para aquellos que, incumpliendo la obligación legal, presentan la documentación en papel, beneficiándose de algún tipo de ventaja, como una posible ampliación singular del plazo para presentar las proposiciones por la vía exigida legalmente». Y concluye que «en los procedimientos de licitación en los que resulte obligatoria la presentación de ofertas por medios electrónicos, no resulta de aplicación supletoria a la presentación de ofertas el trámite previsto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque no existe una laguna legal que motive la aplicación del precepto y porque resulta incompatible con los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación que inspiran la regulación de los procedimientos de licitación regulados en la misma».

¹⁸ Y sin olvidar que el artículo 68.4 debe ser relacionado con el 16.8 de la misma Ley, y según el cual «no se tendrán por presentados en el registro aquellos documentos e información cuyo régimen especial establezca otra forma de presentación», por lo que la solicitud presentada de forma presencial por un sujeto obligado electrónicamente, debe considerarse como no presentada.

¹⁹ En esta materia, debemos hacer referencia a la Plataforma de Contratación del Sector Público, dado que se han suscitado numerosos problemas derivados de la presentación electrónica de ofertas, y los fallos técnicos de la plataforma cuando estos tengan repercusión sobre la presentación de ofertas. Ha sido fundamentalmente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el que ha fijado doctrina a través de sus resoluciones. Este Tribunal, entre otras Resoluciones 560/2018 de 8 de junio, 595/2018, de 21 de junio, 696/2018, de 20 de julio, 1178/2018, de 18 de diciembre, en las que se reconoce que ha existido imposibilidad de presentar la oferta en plazo por problemas técnicos de la plataforma; señala que la Administración tiene dos opciones: ampliar el plazo de presentación de ofertas, o admitir el uso de otros medios para la presentación de ofertas; lo importante es que quede acreditada tanto la imposibilidad de presentar las ofertas a través de la PCSP, como que los problemas técnicos no sean imputables al propio licitador, a fin de que quede garantizado el principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores, lo que tendría lugar cuando se permite a un licitador presentar una oferta fuera del plazo y condiciones que rigen para el resto de licitadores.

«El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre inadmisiones de ofertas producidas como consecuencia de su presentación al límite de la finalización del plazo para su presentación en la Plataforma de Contratación en diversas resoluciones. Decíamos recientemente en la Resolución 924/2019, de 1 de agosto, y en la Resolución 1235/2019, de 4 de noviembre, lo siguiente ... en la Resolución 696/2018 desestimamos igualmente el recurso, confirmando la exclusión de la licitación de una empresa que habría advertido de la existencia de errores técnicos minutos antes de que finalizara el plazo para ello, sin dejar, en consecuencia, el “margen temporal necesario para poder detectar y solventar el problema denunciado”.

El principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, una oferta presentada fuera de plazo ha de ser inadmitida por la Administración, a menos que el interesado acredite de forma indubitada que la extemporaneidad de la presentación respondió a causas que no le son en modo alguno imputables a él, sino a la propia Administración que redactó los pliegos.

En el supuesto examinado, en ausencia de una prueba que acredite el mal funcionamiento de la Plataforma, sólo la recurrente es la responsable de no haber podido participar en la licitación, pues fue ella quien consumió prácticamente la totalidad del plazo, quedándose sin capacidad de respuesta ante cualquier incidente informático similar naturaleza que pudiera plantearse».

4. REFLEXIONES FINALES

La Sentencia del Tribunal Supremo, que enmarca el presente comentario, recuerda muy pertinentemente en su fundamento de derecho segundo la doctrina jurisprudencial que el Alto Tribunal tiene establecida con respecto a los requerimientos de la Administración:

«En relación con la interpretación del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2018 (RC 2986/2016), se consagra de forma implícita el principio *pro actione* como canon hermenéutico para determinar el alcance de los requerimientos efectuados por la Administración al interesado para que subsane cualquier defecto advertido en la presentación de la solicitud».

Aunque, en sentido estricto, el requerimiento exigido por el art. 68.4 no se corresponde directamente con los requerimientos expresados por el antiguo art. 71 LRJPAC (en la actualidad, previstos en el art. 68.1 LPAC), lo que sí es verdad es que ambos se nutren y dimanen de un *supraconcepto* común: el principio *pro actione*. Por ello, parece poco acorde con esta doctrina que, en los casos en que el administrado presenta presencialmente su solicitud y es requerido por la Administración para su correcta presentación telemática, los efectos derivados de atender tal requerimiento se desgajen y desvinculen absolutamente de las consecuencias naturales del principio *pro actione*, ofreciendo una respuesta legal claramente contraria a la naturaleza de este principio y a la confianza legítima generada por el requerimiento en el administrado.

Precisamente, por mor de esta vinculación, carece de toda lógica que, atendiendo a los imperativos términos del art. 68.4, la Administración tenga que formular siempre requerimiento de presentación electrónica. Es más, como ha puesto de relieve algún Tribunal Superior de Justicia²⁰, en los casos en que la presentación presencial se hubiera producido extemporáneamente, se correría el riesgo de que, por la vinculación de la Administración a sus propios actos, se reabriesen unos plazos, ya fenecidos, lo que, a todas luces, constituiría un fraude legal perpetrado por la Administración. Por consiguiente, no coloca el art. 68.4 LPAC en una posición cómoda a la Administración ante estos casos.

Mas, fuera ya de esta hipótesis y concluyendo con nuestro comentario a la Sentencia de casación del Tribunal Supremo núm. 954/2021, creemos que resulta difícil mantener que el art. 68.4 LPAC sea la consecuencia jurídica inmediata al incumplimiento de la obligación prevista por el art. 14.2. La meritada Sentencia ya ha desmontado tal carácter con respecto a lo que ella denomina *procedimientos revisorios*, los cuales quedarían

²⁰ STSJ de Valencia núm. 93/2020, de 18 de febrero (rec. 42/2018). Ponente: Pérez Padilla. ECLI:ES: TSJCV:2020:2533.

fuera de su ámbito de aplicación por no tratarse, en puridad, de *solicitudes*. Por nuestra parte, y con respecto a éstas, tampoco estimamos que, pese a los aparentes, rotundos e imperativos términos empleados por el art. 68.4, este precepto sea la consecuencia jurídica aplicable inexorablemente a los casos en que un obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración presenta una solicitud en forma distinta a la telemática. En nuestra opinión, su naturaleza, como mucho, se halla más próxima al de una simple presunción, desmontable en función de las circunstancias concurrentes, y, a través también del juego combinado en cada caso de los principios *pro actione*, de vinculación de la Administración a sus propios actos y de confianza legítima.

Tampoco el art. 14.1 del reciente Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por Medios Electrónicos (RD 203/2021, de 30 de marzo) facilita la interpretación del art. 68.4 LPAC. Lejos de contribuir a su aclaración, lo que, a nuestro juicio, ha hecho, ha sido homologar la naturaleza jurídica de este requerimiento de presentación telemática con la de los otros requerimientos de subsanación contemplados en el art. 68. En este sentido, en primer lugar, comienza fijando el plazo de diez días para atender el requerimiento, y señalando expresamente que, si no se atiende, se le tendrá por desistido de su solicitud o se le podrá declarar decaído de su derecho al trámite; para luego terminar remitiéndose a los efectos del art. 68.4 LPAC en lo que respecta a las solicitudes de iniciación. Dice el art. 14.1 del citado Reglamento que:

«Si existe la obligación del interesado de relacionarse a través de medios electrónicos y aquel no los hubiese utilizado, el órgano administrativo competente en el ámbito de actuación requerirá la correspondiente subsanación, advirtiendo al interesado, o en su caso su representante, que, de no ser atendido el requerimiento en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido de su solicitud o se le podrá declarar decaído en su derecho al trámite correspondiente, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Este régimen de subsanación será asimismo aplicable a las personas físicas no obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2, hayan ejercitado su derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública de que se trate.

Cuando se trate de una solicitud de iniciación del interesado, la fecha de la subsanación se considerará a estos efectos como fecha de presentación de la solicitud de acuerdo con el artículo 68.4 de dicha ley».

Aunque, como decimos, el precepto dista de ser claro y añade mayor complejidad interpretativa a la ya existente, sí creemos que, mediante la homologación que opera entre uno y otro tipo de requerimientos, su vinculación con el principio *pro actione* se hace aún más estrecha de cara a la hermenéutica del art. 68.4 LPAC. No resulta inoportuno traer aquí la argumentación sostenida a este respecto por la STSJ de Madrid 276/2018, de 29 de mayo, ante un caso en el que la Administración, invocando el art. 68.4 LPAC, había formulado un requerimiento de presentación telemática, determinando un plazo de diez días para atenderlo y señalando que, de no hacerlo, se le tendría por desistido de su solicitud. El TSJ, subrayando la importancia y aplicación al caso de los principios de confianza legítima y de vinculación de la Administración a sus propios actos, estima el recurso y rechaza la inadmisión por extemporaneidad aplicada al acto del administrado:

«La Administración interpretó que, de conformidad con el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, había de considerarse como fecha de presentación del escrito la fecha de presentación telemática, frente a la de presentación presencial (...).

Pero la concesión del plazo de diez días para subsanación del defecto, y el apercibimiento de tenerle por desistido de su pretensión, alteraron de tal forma el sentido del precepto, que la aplicación del párrafo cuarto debe considerarse sorpresiva y contraria al principio de confianza legítima, y a los propios actos de la Administración.

Porque el artículo 68 sólo establece el plazo de diez días de subsanación en el párrafo primero; previendo este plazo como un período en el que se admite propiamente la posibilidad de subsanar el defecto apreciado, con todos los efectos legales; lo que establece de forma coherente con la obligación de indicar al requerido que, en caso de no cumplimiento de lo ordenado, se le tendrá por desistido de su pretensión.

Por el contrario, el párrafo cuarto no menciona plazo alguno de subsanación, y es que, ni existe, ni es necesario. Porque si la fecha de presentación del escrito que se va a considerar, en todo caso, va a ser a la de su presentación telemática, no se trata de una subsanación propia,

ya que la consecuencia del defecto es, de entrada, la de no tener por presentado el escrito. Y, por otra parte, la fijación de un plazo concreto para su presentación resulta inútil, pues, cuando se realice, esto es, cuando se presente de forma telemática, sin perjuicio del tiempo en que se haga, producirá los efectos que procedan.

Correlativamente a esta consecuencia, no se hace saber al interesado que se le puede tener por desistido en caso de no cumplimentar el requerimiento; porque no se puede tener por desistido a quien no ha solicitado, y la regulación legal lo que determina es el escrito en ningún caso va a producir efectos; más que, en su caso, el de determinar la obligación de la Administración de advertir al interesado del defecto existente»²¹.

Efectivamente, apurando aún más los argumentos de esta sentencia del TSJ madrileño, es obvio que con la presentación *presencial* de una solicitud se producen *ya algunos efectos*: obliga a la Administración a que formule al interesado un requerimiento de subsanación telemática. Luego, la solicitud existe, no es una mera entelequia. El Consejo de Estado ha observado muy acertadamente que, aunque el logro de la llamada Administración electrónica sea un logro loable y una aspiración deseable, porque su plena consecución facilitará la gestión pública y beneficiará al ciudadano, la Administración electrónica no puede convertirse, sin embargo, en un fin en sí misma. En opinión de nuestro alto órgano consultivo, no puede perderse de vista que la Administración electrónica constituye sólo un *medio* para hacer más eficaz la gestión administrativa, un *medio* que no puede servir de excusa para arrumbar o mermar injustificadamente los derechos y las garantías de los administrados²². No obstante, también tal vez sería aconsejable un cambio de actitud para adaptarse a la Administración electrónica, tanto por parte de los administrados como por parte de la propia Administración, porque esta nueva Administración implica una gran dependencia tecnológica, y cualquier fallo técnico sobrevenido puede evitar que la presentación se haga en plazo. Para reforzar el desiderátum de que todos los obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración lo hagan efectivamente, no creemos necesario poner en práctica el ardid que postula, como consecuencia jurídica, la aplicación del art. 68.4 LPAC: el que, por fecha de presentación de la solicitud, se tenga la de la subsanación telemática y no la de su presentación presencial. Presentación ésta última que existe y que ha permitido a la Administración conocer el contenido de la solicitud, hasta el punto de que ha generado obligaciones concretas para la Administración. Por tanto, ¿es proporcional y está justificado que, para fomentar el cumplimiento de una obligación por parte de los administrados, se aplique una consecuencia jurídica tan extrema como la señalada por el art. 68.4 LPAC? ¿No bastaría con que al requerimiento de subsanación telemática se le diese el mismo tratamiento jurídico que se le otorga a los restantes requerimientos de subsanación? ¿Es lógico que un hecho *objetivo y real* –como el de la presentación *presencial* de la solicitud– *a la vez exista y no exista* para la Administración?

La Sentencia de Casación del Tribunal Supremo 954/2021 ha aportado algunos importantes argumentos de cara a la interpretación del art. 68.4 LPAC. No obstante, son muchas las dudas interpretativas que, como hemos tratado de exponer, aún persisten y que, probablemente, den ocasión a nuevas decisiones del Alto Tribunal a través de la vía casacional. Sin embargo, los problemas interpretativos suscitados por el art. 68.4 LPAC (y agravados por el reciente Reglamento de desarrollo) son, a nuestro juicio, tan arduos e intrincados que tal vez justificarían y harían conveniente una reforma legislativa del art. 68.4 LPAC.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aparicio, E. (18 de julio de 2021). *El TS concluye que el artículo 68.4 de la LPAC no es aplicable a los procedimientos iniciados de oficio, ni los de revisión de los actos administrativos* [entrada de blog]. <https://www.emilioaparcio.eu/emilioaparciosantamaria/el-ts-concluye-que-el-articulo-684-de-la-lpac-no-es-aplicable-a-los-procedimientos-iniciados-de-oficio-ni-a-los-de-revisin-de-los-actos-administrativos>
- Chaves García, J. R. (28 de febrero de 2018). *La controvertida subsanación electrónica*. <https://delajusticia.com/2018/02/28/la-controvertida-subsanacion-electronica/>

²¹ La STSJ de Madrid núm. 276/2018, de 29 de mayo, rec. núm. 251/2017. Ponente: Rivas Moreno. ECLI:ES: TSJM: 2018:7644. Pese a que la sentencia se refiere a un recurso de alzada y no a una solicitud, debe destacarse que, no sólo es anterior al fallo del Tribunal Supremo, sino que los argumentos empleados tienen validez y aplicación con independencia de que se trate de un recurso o de una simple solicitud.

²² Véanse los Dictámenes núms. 275/2015, de 29 de abril (referido al Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común) y 45/2021, de 18 de marzo (recaído con respecto al Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos).

- Chaves García, J. R. (6 de septiembre de 2021). *Suprema precisión sobre la subsanación de la obligación de relacionarse electrónicamente*. <https://delajusticia.com/2021/09/06/suprema-precision-sobre-la-subsanacion-de-la-obligacion-de-relacionarse-electronicamente/>
- Cruz Ferrer J. de la y Trujillo Pérez, J. (2021). Comentario al artículo 68. En J. M. Baño León y J. J. Lavilla Rubira (dirs.), *Comentarios al Procedimiento Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Fernández, D. (27 de febrero de 2018). *La subsanación electrónica del art. 68.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo*. <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/2018/02/25/la-subsanacion-electronica-del-art-68-4-de-la-ley-39-2015-de-procedimiento-administrativo>
- Gómez Fernández, D. (19 de julio de 2021). *La subsanación electrónica del art. 68.4 LPAC sólo es para los procedimientos iniciados por solicitud*. <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/la-subsanacion-electronica-del-art-68-4-lpac-solo-es-para-procedimientos-iniciados-por-solicitud>
- Rego Blanco, D. (2017). La presentación de solicitudes, escritos y documentos ante las Administraciones Públicas. En E. Gamero, S. Fernández Ramos y J. Valero (coords.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tirant lo Blanch.
- Zafra Romero, L. (23 de enero de 2020). Obligación de presentar recursos administrativos y relacionarse con Administraciones Públicas por medios electrónicos. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 959.



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 23-06-2021
Aceptado: 09-09-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10960>
Páginas: 150-172

¿Las cláusulas sociales en los contratos públicos favorecen a las entidades del tercer sector? La evolución de la contratación pública local en el ámbito de los servicios de atención a las personas en Barcelona¹

Do social clauses in contracts favor third-sector social entities? The evolution of local public procurement in the field of services to people in Barcelona

Marc Martí-Costa

Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona. UAB (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6875-2490>
marc.marti@uab.cat

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Políticas Públicas y Transformación Social por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Responsable del área de gobernanza del Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona (IERMB). Especialista en análisis y evaluación de políticas públicas y en el estudio de la gobernanza urbana y metropolitana. Actualmente es profesor del Máster en Urbanismo y Ciudad de la Universidad Abierta de Cataluña (UOC) y del Máster Metrópolis del IERMB.

Cecilia Isabel Conde López

Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona. UAB (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7078-9981>
cecilia.conde@uab.cat

NOTA BIOGRÁFICA

Investigadora del Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona y profesora asociada de la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Resolución de Conflictos y Gobernanza por la Universidad de Ámsterdam, ha trabajado en la administración pública local en planificación territorial y estratégica. Sus principales líneas de investigación se centran en conflictos urbanos, participación ciudadana, entre otros temas como contratación pública local.

RESUMEN

Este artículo presenta la evolución en la contratación pública local en el ámbito de los servicios de atención a las personas en Barcelona, a partir de los cambios introducidos en la legislación y códigos

¹ Estudio realizado por el área de gobernanza y políticas públicas del Instituto de Estudios Regionales y Metropolitanos de Barcelona (IERMB), impulsado por La Confederació, patronal del Tercer Sector Social de Catalunya, y que contó con el apoyo económico del Ayuntamiento de Barcelona del Ayuntamiento de Barcelona.

de buenas prácticas que pretenden acciones positivas hacia la contratación socialmente responsable. En este contexto, se describe la evolución de la naturaleza jurídica de los licitantes y los adjudicatarios, diferenciando entre empresas mercantiles y entidades del tercer sector, para examinar el posible vínculo entre los cambios mencionados y el tipo de licitador y adjudicatario. Para ello, se analizan los contratos en el ámbito de los servicios de atención a las personas realizados entre 2017 y 2019 por el ayuntamiento de Barcelona, institución pionera en la introducción de cláusulas sociales, y se compara con otros siete municipios de Catalunya. Si bien los resultados no identifican una relación positiva entre la introducción de cláusulas sociales con el aumento de las entidades del tercer sector entre los licitadores o los adjudicatarios en Barcelona, sí que se aprecia una mayor éxito de las entidades del tercer sector social en los casos que compiten con las empresas mercantiles. Además, el análisis identificó algunos factores que podrían mejorar las posibilidades de éxito de estas entidades sin fines de lucro en los procesos de adjudicación de estos servicios.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública; servicio de atención a las personas; entidades del tercer sector social; políticas locales; criterios de adjudicación; cláusulas sociales.

ABSTRACT

This article presents the evolution of local public procurement in the services to people in Barcelona, based on the changes introduced in the legislation and codes of good practices that seek positive actions towards socially responsible procurement. In this context, the article examines the evolution of the legal nature of the bidders and the successful bidders, differentiating between capitalist enterprises and third-sector social entities, to determine possible linkage between the changes in the public procurement and the type of bidder and successful bidder. For this purpose all contracts in the field of services to people carried out from 2017 to 2019 by the Barcelona city council are analysed and we compare them with seven other municipalities of Catalonia. Despite the fact the results do not find a positive relationship between the introduction of social clauses and the increase in third sector entities among bidders or successful bidders, the third sector entities are more successful when they compete against capitalist enterprises in Barcelona. Moreover, the analysis identified some factors that could improve the chances of these non-profit entities to be a successful bidder.

KEYWORDS

Local policies; Public procurement; services to people; third-sector social entities; procurement proceedings; social clauses.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. METODOLOGÍA. 2. RESULTADOS. 2.1. CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS CASOS ANALIZADOS, AÑOS 2017-2019. 2.2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN. 2.2.1. Peso criterios AFA y Juicios de Valor. 2.2.2. Peso del precio dentro de los criterios AFA. 2.2.3. Peso del precio en el conjunto de la evaluación. 2.2.4. Fórmulas en el proceso de evaluación. 2.3. EVOLUCIÓN EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS LICITANTES Y ADJUDICATARIOS. 2.3.1. Evolución de los licitantes. 2.3.2. Evolución de los adjudicatarios. 2.4. EXPLORANDO LA RELACIÓN ENTRE LAS CONDICIONES DE LOS CONTRATOS Y LOS RESULTADOS DE LAS ADJUDICACIONES. 2.5. FACTORES QUE SUPONEN UNA EFECTIVA ACCIÓN POSITIVA HACIA LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica del 2008 puso sobre la mesa la necesidad de revisar los procesos de contratación pública. La actual crisis sanitaria causada por la pandemia ha puesto de manifiesto, más aún si cabe, la re-

levancia de la responsabilidad social y la sostenibilidad en los diferentes niveles de la administración pública (Solorzano, Navío y Contreras, 2015).

Desde la aprobación de las directivas europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE, enmarcadas en la Estrategia 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Burzaco Samper, 2016), la contratación pública en el Estado español se ha tenido que adaptar a los cambios producidos en los marcos normativos correspondientes. La transposición de estas directivas en la legislación española a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre², de contratos del sector público ha marcado un punto de inflexión en este ámbito. La actual Ley de contratos del sector público promueve diversos objetivos de interés público, como por ejemplo la sostenibilidad, la innovación, la responsabilidad social y el fomento de la contratación a pequeñas y medianas empresas y a entidades del Tercer Sector Social (Corretja & Torrens, 2018; Calvo Vérguez, 2019). Así pues, esta ley se posiciona como un instrumento útil para la consecución de los fines ambientales, energéticos y sociales planteados en la propia ley (Dopazo, 2020). De hecho, la inclusión del valor social en la contratación pública ha ganado peso con relación al criterio económico (Solorzano, Navío y Contreras, 2015).

Para efectos de este artículo, el análisis se va a centrar específicamente en la contratación pública relativa a servicios de atención a las personas. Las entidades vinculadas al tercer sector demandan, desde hace años, un cambio en el modelo en la contratación pública de este tipo de servicios (La Confederación, 2020). Un cambio que permita superar las lógicas basadas, principalmente, en criterios económicos, y que de paso a otros elementos como los relacionados con la calidad del producto/servicios, el trabajo en red o las condiciones laborales del personal que desarrolla el servicio (Fuentes Gasó, 2020; Garrido Juncal, 2017), entre muchos otros elementos que, hasta ahora, se han implementado de forma casi residual.

En Catalunya, en concreto, con la finalidad de mejorar la contratación pública del Servicio de atención a las personas, el año 2015 se firmó el “Código de buenas prácticas en la contratación pública de los servicios de atención a las personas”³ por parte de la Generalitat de Catalunya, los sindicatos, las patronales del sector de servicio a las personas, los colegios profesionales vinculados y las entidades representativas del Tercer Sector Social de Catalunya. Este Código pretende, entre otras finalidades, restar peso a los criterios económicos y de capacidad material en los procesos de evaluación y adjudicación de contratos para así incentivar modelos de negocio basados en salarios dignos, en una contratación laboral estable, el comportamiento ético, la igualdad de género, entre otras.

A nivel local también se han dado pasos adelante. Destaca el ayuntamiento de Barcelona con la publicación de la “Guía de contratación pública social” (2018), que impulsa una contratación pública socialmente responsable, incorporando objetivos de justicia social, promoviendo los derechos sociales y laborales de las personas que llevan a cabo estos contratos, e incentivan la economía cooperativa, social y solidaria.

Esta Guía establece que «la contratación pública social no puede perjudicar la concurrencia de las empresas en las licitaciones ni la igualdad de trato. Ninguna de las medidas que se incorporan en esta guía representan una desigualdad de trato de las empresas licitadoras o candidatas en los procedimientos de contratación pública promovidos por el ayuntamiento de Barcelona y el conjunto de entidades con participación mayoritaria municipal que componen su grupo municipal. De todas formas, sí que pretenden una acción positiva a favor de las empresas que demuestren conciencia social y unas buenas prácticas porque estos valores se incorporen en la ejecución del mismo contrato y aumente la eficiencia social, económica e innovadora de la inversión realizada en la compra pública municipal» (Ajuntament de Barcelona, 2018, p. 13).

Por lo tanto, el objetivo de este artículo es explorar si los cambios introducidos en la contratación pública y, en concreto, las mejoras en la contratación pública sostenible impulsadas por parte del Ayuntamiento de Barcelona, han tenido como resultado una mejora en el éxito de las Entidades del Tercer Sector social para la obtención de estos contratos, frente a las empresas mercantiles. Para ello, se realiza un estudio de la evolución de los cambios introducidos en los contratos del ayuntamiento de Barcelona, así como las características de la evaluación de las ofertas, y se contrasta con otros municipios catalanes.

² Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³ Codi de bones pràctiques en la contractació pública dels serveis d'atenció a les persones. Direcció General de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya, junio de 2017.

Los resultados muestran que, independientemente de la incorporación de nuevas medidas sociales, las empresas mercantiles ganan terreno frente a las entidades del tercer sector social, tanto en volumen de casos, como en volumen presupuestario. En los casos de concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del tercer sector, sin embargo, las entidades del tercer sector han mejorado su competitividad, especialmente en relación al volumen presupuestario conseguido. Finalmente, se han identificado también ciertos factores que suponen una efectiva acción positiva hacia las entidades sin ánimo de lucro, como son las entidades del tercer sector.

1. METODOLOGÍA

La metodología de este estudio ha seguido las siguientes fases: delimitación del objeto de estudio, trabajo de campo y, por último, sistematización y análisis de la información extraída del conjunto de documentos de cada caso.

En relación con la primera fase, la delimitación del objeto de estudio se ha desarrollado a partir de tres factores elementales: factor temporal, espacial y de ámbito de actuación. En lo relativo al ámbito temporal se han incluido en la muestra todos aquellos contratos que han sido formalizados entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2019⁴. Es a partir de 2017 cuando el pleno funcionamiento de los registros electrónicos de contratación permite realizar un análisis más eficiente y el año 2020 ha sido un año atípico debido a la pandemia producida por la COVID-19. Para este estudio, toda la información se ha obtenido de Plataforma de Contratación Pública de Catalunya, exceptuando algunos contratos de Sabadell relativos al año 2017, que fueron obtenidos de la sede electrónica de su propio sitio web. En cuanto al ámbito territorial, éste se limita a la contratación realizada por el Ayuntamiento de Barcelona, por un lado, y otros siete municipios: Badalona, Girona, l'Hospitalet del Llobregat, Lleida, Sabadell, Tarragona y Terrassa. En su conjunto se incorporan los cuatro municipios más poblados de Catalunya y todas las capitales de provincia, y representan una población de 2.977.145 personas⁵. De estos municipios, son analizados los contratos realizados exclusivamente por el ayuntamiento de cada municipio, sin contar, por tanto, con aquellos realizados por entidades públicas empresariales, organismos autónomos locales o sociedades públicas municipales. A partir de la aplicación de estos parámetros, se han sistematizado un total de 431 casos: 140 correspondientes al año 2017, 142 del 2018 y 149 del año 2019.

La capital catalana presenta un volumen de contratos con un peso del 60,6% del total de casos; le sigue Girona, con un peso de 8,4% y Lleida y Sabadell, con un 7,4%. La diferencia entre Barcelona y el resto de los municipios disminuye si atendemos al presupuesto de licitación de los contratos. En función de este factor, el conjunto de los contratos de la capital catalana representa un 64% del estudio ante un 36% del resto de ciudades.

El último parámetro de definición del objeto de estudio ha sido el ámbito de actuación de los contratos. Se han elegido todos aquellos contratos dedicados a los Servicios de Atención a las Personas, excluyendo la contratación menor. Para definir qué contratos forman parte de los SAP, se han utilizado las categorías incluidas en los anexos I y II del "Anteproyecto de Ley de Contratos de Servicios a las Personas". Se han aplicado 14 categorías definidas según la propia descripción específica por parte de la administración pertinente en los pliegos contractuales, o del código CPV. La tabla 1 presenta el volumen de casos obtenidos por cada tipo de servicio.

Para la sistematización y el análisis de la información del conjunto de documentos de los contratos, se han atendido en cuenta los siguientes ámbitos: las características del servicio, los aspectos definidos en el procedimiento de valoración de las ofertas y de los proyectos, las características de las candidaturas que se presentaban, los aspectos determinantes en la adjudicación de los contratos y, finalmente, el análisis específico en los casos de concurrencia competitiva entre entidades del TSS y empresas mercantiles.

⁴ Ante la posibilidad de tomar como fecha de referencia el anuncio de licitación o de formalización, se eligió la segunda, teniendo en cuenta que la formalización del contrato es el procedimiento a través del cual se cierra completamente el proceso de licitación y adjudicación. Esta opción daba mayores garantías a la hora de tener acceso a todos los documentos relativos a los contratos.

⁵ Idescat, 2020.

TABLA 1. TIPOS DE SERVICIOS Y NÚMERO DE CASOS

Naturaleza del servicio	Número de casos	%
Otros servicios comunitarios, sociales o personales	96	22,3 %
Servicios sociales y de salud	73	16,9 %
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	66	15,3 %
Servicios de bienestar y asistencia social	56	13,0 %
Servicios de educación y formación profesional	44	10,2 %
Otros*	20	4,6 %
Servicios de comida para escuelas	10	2,3 %
Servicios de gestión de proyectos	10	2,3 %
Servicios para la mejora cívica y de apoyo a los Servicios para la comunidad	9	2,1 %
Servicios de bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales	9	2,1 %
Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera	9	2,1 %
Servicios administrativos en el ámbito del ocio, cultura y religión	6	1,4 %
Servicios de orientación y asesoramiento	5	1,2 %
Servicios de prevención de accidentes, vigilancia, salvamento y socorrismo	5	1,2 %
Prestación de Servicios para la comunidad	5	1,2 %
Gestión de Servicios Públicos / Concesión de Servicios	4	0,9 %
Servicios medioambientales	4	0,9 %
Total general	431	100 %

* En la categoría «otros» se incluyen aquellos servicios que tenían menos de tres casos sistematizados, como pueden ser el caso de «prevención, detección y atención a las violencias machistas en el espacio público», «servicio de agentes cívicos», «servicios de traducción», «servicios jurídicos», etc.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

2. RESULTADOS

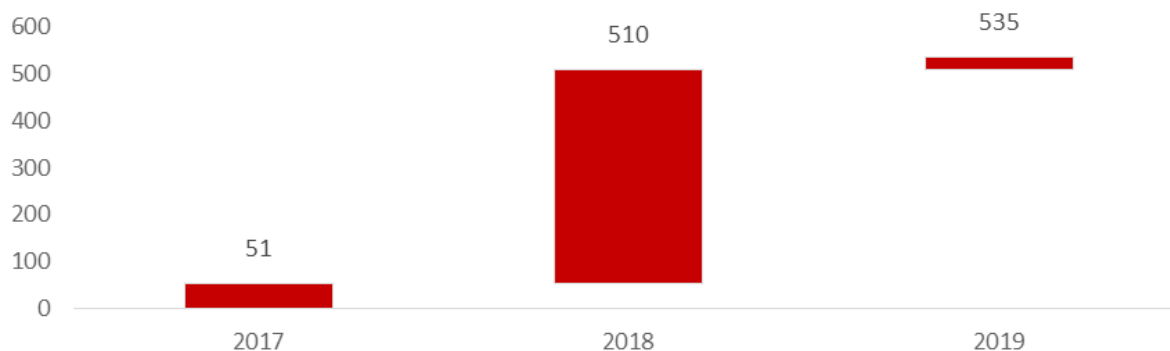
2.1. Cambios introducidos en la contratación pública de los casos analizados, años 2017-2019

Aunque todavía no podemos hablar de un cambio de modelo, si hemos encontrado modificaciones interesantes entre 2017 y 2019. Estos cambios son particularmente significativos especialmente en el ayuntamiento de Barcelona y aportan más información y, sobre todo, mayor claridad sobre los concursos de contratación pública.

En concreto los cambios analizados en este artículo son: 1) inclusión de cláusulas sociales, 2) inclusión de la estructura de costes, 3) incorporación del criterio de puntuación mínima, 4) incremento de los contratos con presupuesto de licitación hasta 100.000€, y 5) división del proceso de evaluación de las ofertas en dos bloques principales: criterios AFA y los criterios evaluables mediante juicios de valor.

En primer lugar, se ha detectado un cambio sustancial en la inclusión de las cláusulas sociales. En el caso de Ayuntamiento de Barcelona, éstas se incluyen dentro de la categoría Medidas de Contratación Pública Sostenible (en adelante, MCPS). La siguiente figura muestra un crecimiento en el número de MCPS entre 2017 y 2018, un total de 459 MCPS más. Mientras que entre 2018 y 2019, hay un crecimiento menor, con un total de 25 MCPS más.

FIGURA 1. EVOLUCIÓN DEL NÚMERO TOTAL DE MCPS EN BARCELONA. 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

TABLA 2. MEDIDAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN BARCELONA, 2019

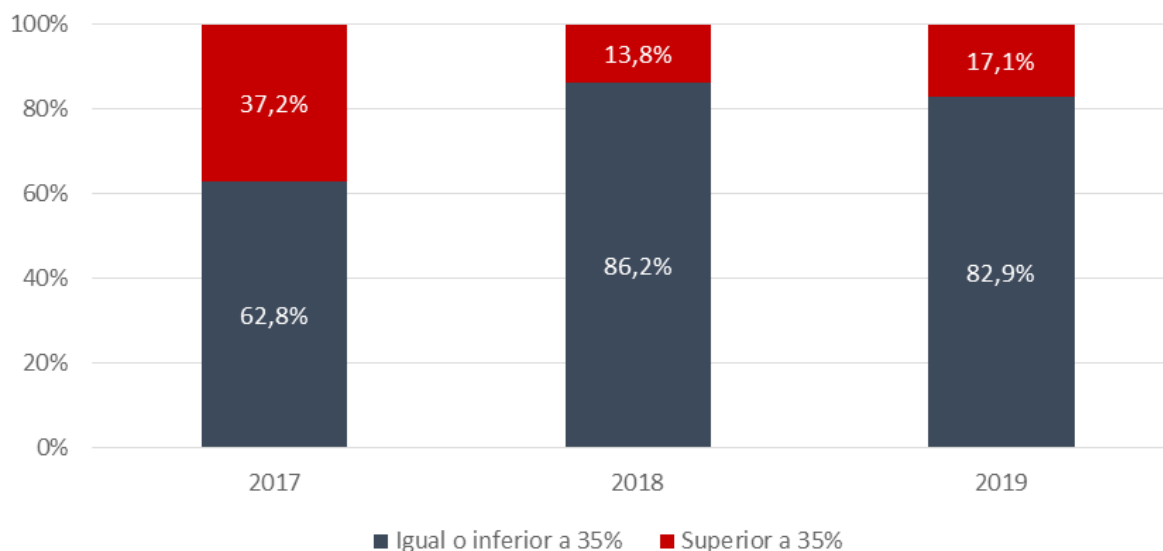
Medidas de Contratación Pública Sostenible	Número de casos	Porcentaje
1 Comunicación inclusiva	52	9,7 %
2 Objeto del contrato con eficiencia social	45	8,4 %
3 Presupuesto desglosado en costos directos e indirectos	45	8,4 %
4 Plan o medidas de igualdad	45	8,4 %
5 Mantenimiento condiciones laborales personas que ejecutan el contrato	42	7,8 %
6 Valoración del precio máximo definido	40	7,5 %
7 Pago a precio a empresas subcontratadas	38	7,1 %
8 Oferta anormalmente baja incumplimiento convenios	33	6,2 %
9 Mesures contra acoso sexual o razón de sexo	30	5,6 %
10 Conciliación tiempo familiar y personal	29	5,4 %
11 Accesibilidad universal	27	5,0 %
12 Información y subcontratación	26	4,9 %
13 Contratación personas en paro o dificultades especiales inserción laboral o exclusión social	16	3,0 %
14 Criterios de sostenibilidad	14	2,6 %
15 Salarios de las personas trabajadoras ocupadas en la ejecución del contrato	13	2,4 %
16 Acreditación de pago en plazo de pago a las empresas subcontratadas	11	2,1 %
17 Igualdad de oportunidades no discriminación LGTBI	9	1,7 %
18 Paridad entre hombres y mujeres y categorías profesionales	8	1,5 %
19 Subcontratación a empresas economía social	5	0,9 %
20 Subrogación plantilla laboral	4	0,7 %
21 Estabilidad: contratación indefinida trabajadores del contrato	3	0,6 %
Total general	535	100 %

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Si centramos el análisis en el 2019 encontramos que, de los 82 casos analizados de 2019, en 73 se han incluido MCPS, frente a nueve casos en los que no constaban. La media de este tipo de cláusulas ha crecido 0,9 puntos (con respecto a años anteriores), hasta llegar a las 6,5 por caso. De hecho, muchas de las MCPS están presentes en más de la mitad de los casos de 2019. Entre las MCPS más comunes destacan: comunicación inclusiva (9,7%), plan de igualdad (8,4%) y presupuesto desglosado en costos directos e indirectos (8,4%). Por otro lado, entre las menos comunes, se encuentra la subcontratación a empresas de economía social (0,9%), subrogación de plantilla laboral (0,7%) y, finalmente, contratación indefinida al personal del contrato (0,6%).

Entre estas medidas, cabe destacar la cláusula social relativa a la valoración del precio máxima definida en un 35% del total de la oferta, por su vínculo con el análisis que se realizará a continuación. La evolución de esta medida presenta una tendencia decreciente en el 2019, en comparación al 2018; un año en el que esta medida experimentó un crecimiento exponencialmente. De hecho, en el 2018, el 86,2% de los casos de Barcelona, presentaban un peso del precio igual o inferior al 35%; y en el 2019, un 82,9%.

FIGURA 2. DISTRIBUCIÓN DE LOS CASOS EN FUNCIÓN DEL PESO DEL PRECIO EN BARCELONA 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

En segundo lugar, otra novedad en la contratación pública es la descripción de la estructura de costes de los servicios, que se ha convertido en una información disponible en la mayor parte de los pliegos administrativos, no solo en Barcelona, sino en la mayoría de los municipios, aplicando el artículo 100.2 de la Ley 9/2017, que prevé esta disposición. Este dato es revelador en tanto en cuanto hasta 2018, en el resto de los municipios, no siempre se encontraba esta información. Contar con esta información es importante ya que permite comprobar cuáles son los costes directos e indirectos considerados y, por ende, conocer si los salarios del personal han sido calculados en función de un convenio colectivo específico y su adecuación al servicio.

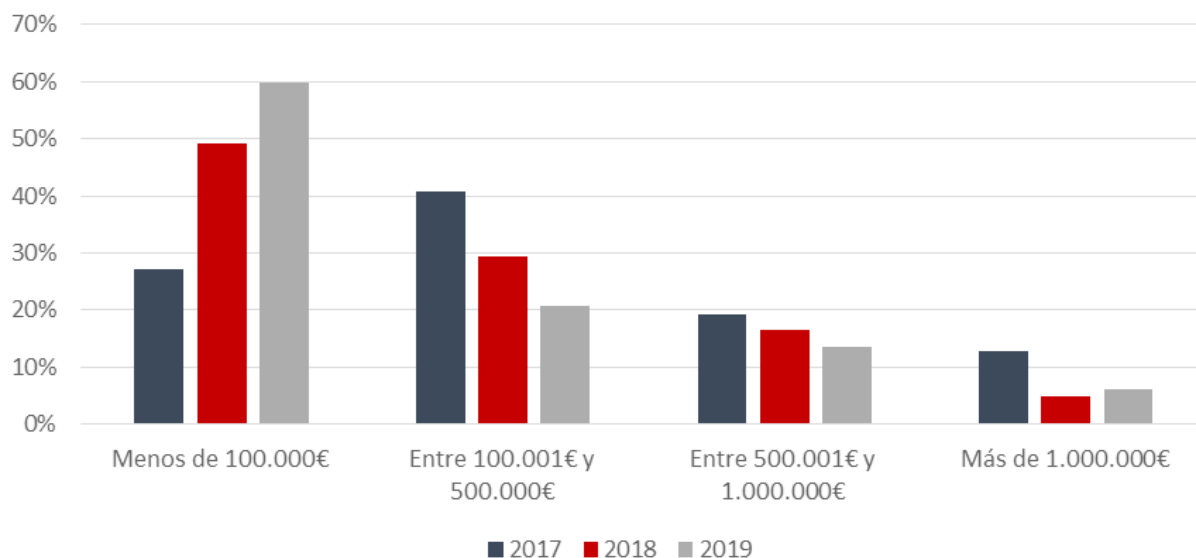
En tercer lugar, es importante considerar también la inclusión del criterio de una puntuación mínima en la evaluación para que se evalúe la oferta, en los pliegos contractuales. Este criterio tiene mucho sentido, ya que se trata de una medida para exigir un mínimo de calidad en las ofertas presentadas. De todas formas, a pesar de que este criterio ha crecido significativamente entre 2017 y 2019, sigue siendo minoritario, y se concentra mayoritariamente en los casos de la capital catalana (90,9%).

En cuarto lugar, también es relevante observar la evolución de los rangos presupuestarios⁶ de este tipo de contratos. Se evidencia un considerable aumento en el volumen de la contratación con presupuesto de

⁶ Los rangos presupuestarios se dividen en cuatro categorías: contratos con presupuesto de licitación + IVA inferior a 100.000€, contratos entre 100.001 y 500.000€, contratos entre 500.001€ y 1 millón; contratos de más de un millón.

licitación hasta 100.000€ y, por otra parte, una disminución del número de contratos de entre 100.001€ hasta 1 millón de euros. Los casos que superan la cifra de un millón presentan un ligero ascenso en el 2019.

FIGURA 3. EVOLUCIÓN RANGOS PRESUPUESTARIOS DEL CONJUNTO DE LOS CASOS, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

En quinto puesto, cabe destacar también que, actualmente, la división en dos bloques de la estructura del proceso de evaluación de las ofertas y de adjudicación: los criterios evaluables de forma automática (en adelante, AFA) y los criterios evaluables mediante juicios de valor (en adelante, JdV) (algo que, tradicionalmente, se dividía entre el precio y la propuesta técnica). Los criterios AFA tienen como finalidad evaluar de forma objetiva los aspectos a valorar y su correspondiente puntuación, a través de una fórmula matemática o de una descripción detallada. Algunos ejemplos de estos criterios AFA son la ampliación del servicio o de las actividades dentro del mismo precio; incremento de los recursos humanos; volumen de personal fijo dentro de la plantilla. Generalmente, la valoración de estos criterios se incluye en los pliegos administrativos, en tablas de equivalencia donde se consideran los tramos de estos criterios y su correspondiente puntuación.

Los criterios evaluables mediante JdV dependen de una valoración más subjetiva, o quizá menos automática, de las ofertas. Para hacer esta valoración, se pide una descripción de estos elementos y la mesa de contratación evalúa el grado de idoneidad de la propuesta. Normalmente, en el bloque de los JdV constan cuestiones como la organización del servicio, los métodos de trabajo, la coordinación, la propuesta técnica, trabajo con otros agentes del territorio, etc.

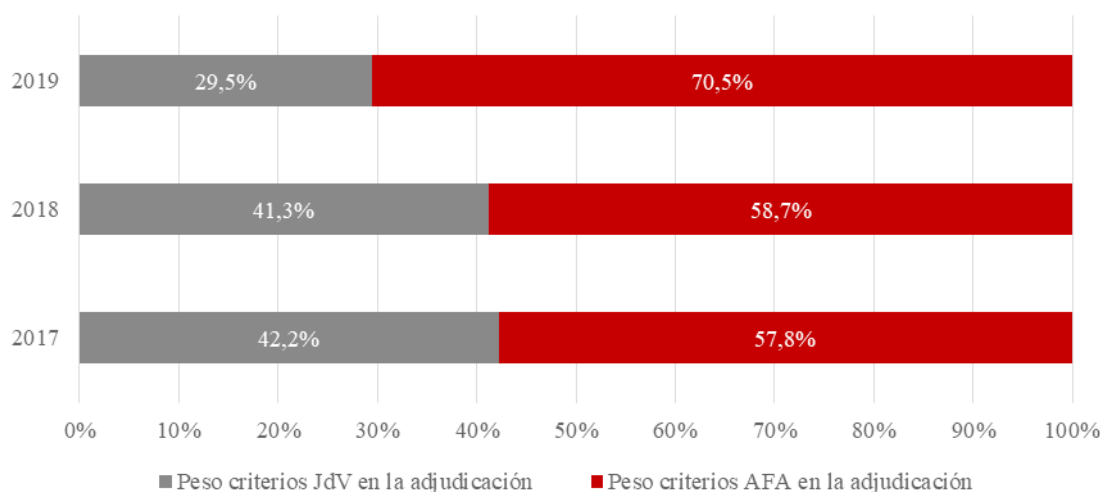
2.2. Características del procedimiento de adjudicación

La estructura del proceso de evaluación incluye elementos esenciales a la hora de analizar la contratación pública, ya que determinan, por un lado, qué empresa o entidad será la encargada de llevar a cabo el objeto del contrato (el servicio) y, por otro lado, cuáles son las características del contrato y de su implementación/ejecución.

2.2.1. Peso criterios AFA y Juicios de Valor

En el período analizado, los criterios AFA presentan un peso mayor que los JdV en el conjunto de criterios evaluadores. En general, el peso medio de los criterios AFA en los casos del ayuntamiento de Barcelona supera el 50% en todos los años, con un significativo aumento en el 2019. Esta misma tendencia se replica en el resto de los municipios analizados.

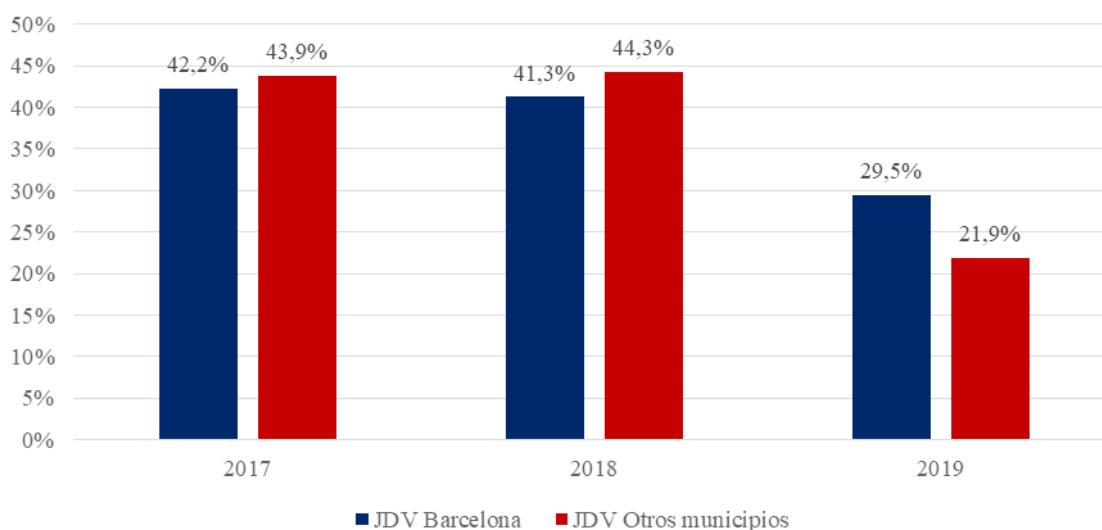
FIGURA 4. PESO DE LOS CRITERIOS AFA Y JdV EN LOS EXPEDIENTES ANALIZADOS DE LA CIUDAD DE BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

El aumento en el peso de los AFA se puede explicar explorando los datos de forma territorial. En Barcelona, los criterios AFA llegan al 70,5% en el 2019. En cuanto al resto de municipios, la tendencia se repite, con la única diferencia de que los criterios AFA reciben un peso muy significativo en el 2019, llegando al 78,1%. En cuanto a los criterios evaluables mediante JdV, representan alrededor de un 40% entre 2017 y 2018, pero cae el porcentaje en 2019 hasta un 29,5% (Figura 5).

FIGURA 5. EVOLUCIÓN DEL PESO DE LOS CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR (JDV) EN LOS EXPEDIENTES ANALIZADOS SEGÚN TERRITORIO, 2017-2019

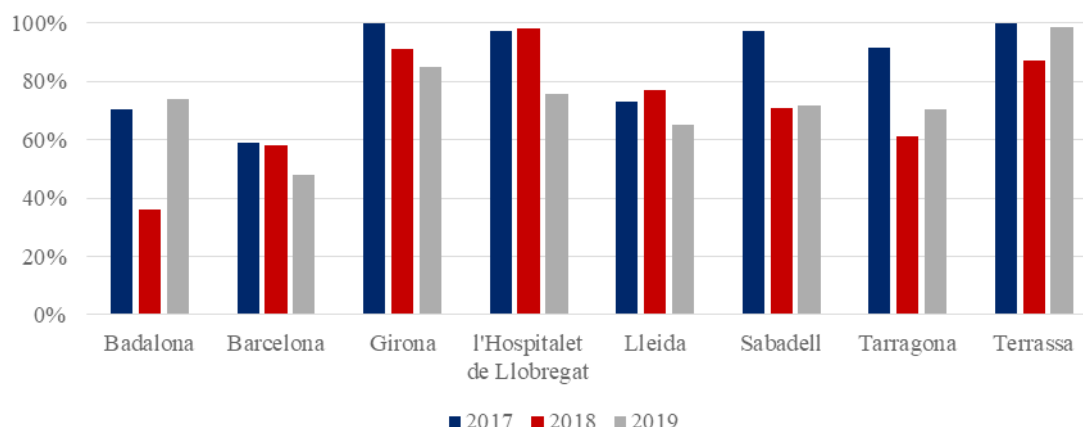


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

2.2.2. Peso del precio dentro de los criterios AFA

Dentro de los criterios AFA, el precio es el factor con más peso ya que, entre 2017 y 2019, representa un 64,9%, frente al 35,1% de peso que tienen el resto de los criterios AFA. Este peso, aunque varía en función del municipio, se ha ido reduciendo en todas las ciudades si comparamos con el dato inicial de 2017 (excepto en Badalona)(Figura 6). Barcelona es, con diferencia, la ciudad que menos peso otorga al precio dentro de los criterios AFA (47,7%).

FIGURA 6. EVOLUCIÓN DEL PESO DEL PRECIO DENTRO DE LOS CRITERIOS AFA SEGÚN MUNICIPIOS



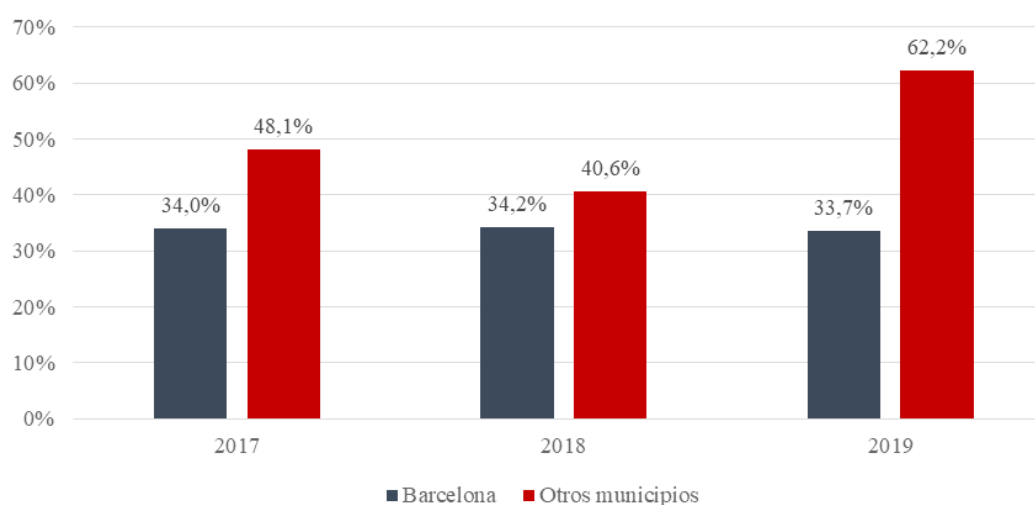
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Por lo tanto, el aumento del peso de los criterios AFA en el proceso de adjudicación no viene dado por un aumento en el peso del precio (que muestra una tendencia decreciente en todos los municipios analizados, excepto Badalona), sino por el peso que han asumido otros criterios. En concreto, en 2019, destacan: incremento del servicio (20,3%), otras mejoras (19,2%), formación y experiencia de los equipos (16,2%) e incremento de las actividades (15,0%). Es importante señalar también en este punto que, de acuerdo con el punto 5.3 del Código de buenas prácticas de la Generalitat, las mejoras en la contratación no deberían implicar horas de servicio sin coste, ya que éstas son inadmisibles según el Código.

2.2.3. Peso del precio en el conjunto de la evaluación

El peso del precio en el conjunto del proceso de evaluación varía en función del territorio. En la ciudad de Barcelona se sitúa ligeramente por debajo del 34%. De hecho, Barcelona incorpora en un 26,8% de los pliegos contractuales estudiados en 2019, la medida de contratación pública sostenible relativa a la valoración del precio en, máximo, el 35% del conjunto de los criterios de evaluación de ofertas. En el resto de las ciudades, se observa un significativo aumento del peso del precio en el proceso de adjudicación, llegando al 62,2% en el año 2019. Es interesante observar cómo se produce este cambio de tendencia en el 2019, ya que hasta ese momento el peso del precio en el proceso de evaluación se había reducido al 40,6% (Figura 7).

FIGURA 7. PESO DEL PRECIO EN EL PROCESO DE EVALUACIÓN EN FUNCIÓN DEL TERRITORIO, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

2.2.4. Fórmulas en el proceso de evaluación

El peso del precio puede verse incrementado o reducido en función de la fórmula económica que sea aplicada a la hora de evaluar las ofertas recibidas. La oferta económicamente más baja recibe la máxima puntuación establecida por este criterio y se convierte en referente a la hora de calcular el peso del resto de ofertas. Las puntuaciones obtenidas por el resto de las ofertas están condicionadas en función del tipo de fórmula aplicada, las cuales provocan diferencias significativas en los resultados. Por lo tanto, la cuestión de la fórmula matemática es también un factor determinante.

El “Código de Buenas Prácticas en la contratación pública de los servicios de atención a las personas” (2015), en su apartado 5.4. establece la necesidad de que los licitadores apliquen fórmulas proporcionales que sirvan para favorecer la «conurrencia pero sin permitir que diferencias poco significativas se traduzcan en puntuaciones notoriamente desproporcionadas». Para este artículo, se han sistematizado cinco tipos de fórmulas aplicadas en los casos de estudios (ninguna de ellas es la recomendada por el Código de Buenas Prácticas):

TABLA 3. TIPO DE FÓRMULAS APLICADAS EN LOS CONTRATOS DE ESTUDIO

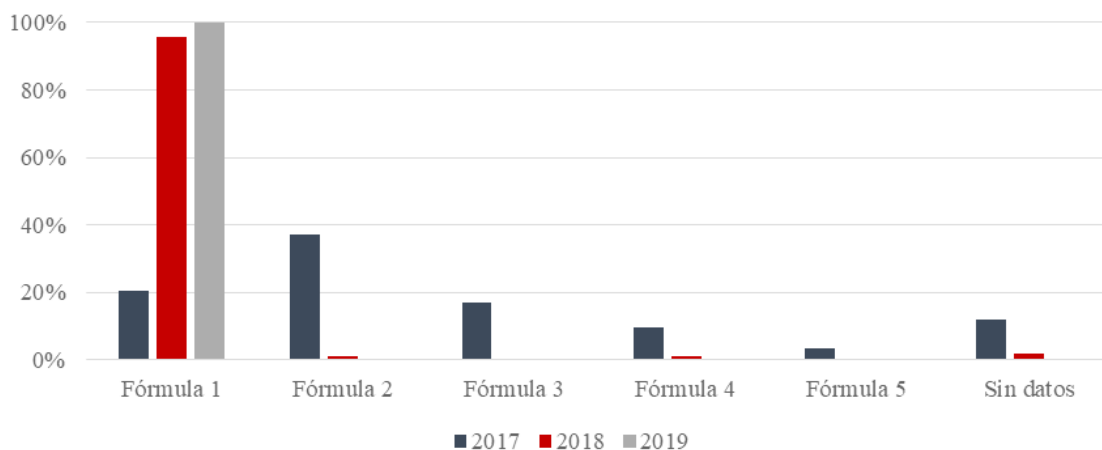
Fórmula 1	$[(A - B) / (A - C)] * P$	
Fórmula 2	$((A - B) * P) / (A - C)$	
Fórmula 3	$(Pmb \geq Br)$	$Bp = (Bp / P) * P$
	$(Pmb < Br)$	$Bp = (Bp / B) * P$
Fórmula 4	$((A - B) / (A - C) + (C / B)) / 2 * P$	
Fórmula 5	$P * (C / B)$	$(C * P) / B$

A: Presupuesto/Precio Licitación. Br: Baja referencia. B: Oferta que se evalúa. Bp: Porcentaje bajo. C: Mejor oferta recibida. Pmb: Porcentaje mejor baja. P: Puntos.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Entre los años 2017 y 2019, la fórmula aplicada por la Generalitat (fórmula 5), representa el 31,3% de los expedientes, ante un 45,4% referente a la fórmula 1. Sin embargo, aquí es clave el peso de la ciudad de Barcelona, donde estas fórmulas representan el 73,2%. El resto de los municipios utilizan de forma mayoritaria (77,6%) la fórmula 5, la aplicada también por la Generalitat de Catalunya. En la ciudad de Barcelona, la fórmula 1 se ha ido consolidando hasta posicionarse como la única fórmula utilizada durante el año 2019.

FIGURA 8. EVOLUCIÓN FÓRMULAS UTILIZADAS EN LOS CASOS DE BARCELONA, 2017-2019



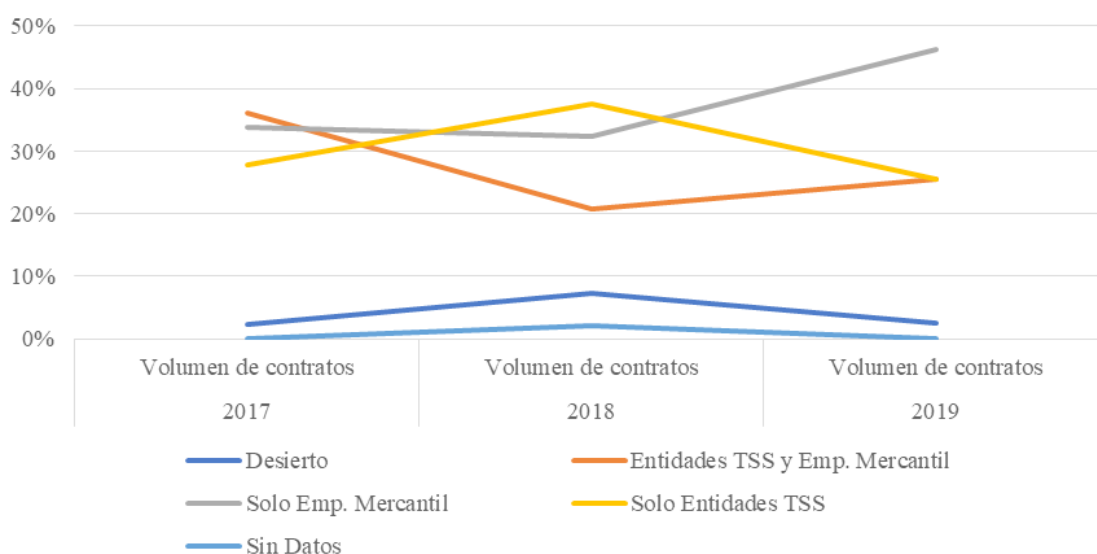
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

2.3. Evolución en la naturaleza jurídica de los licitantes y adjudicatarios

2.3.1. Evolución de los licitantes

Habiendo analizado los cambios introducidos en la contratación pública y las características de la estructura del proceso de evaluación, este capítulo aborda uno de los principales ámbitos de interés de este estudio: la identificación de la naturaleza de los licitadores en los concursos de contratación pública y los casos en los que se produce concurrencia competitiva entre entidades del Tercer Sector Social (en adelante, entidades del TSS) y empresas mercantiles.

FIGURA 9. EVOLUCIÓN DEL VOLUMEN DE CONTRATOS SEGÚN LA NATURALEZA DE LOS CONCURSANTES, EN BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

En el año 2017 en Barcelona, las empresas mercantiles se presentaban en exclusividad con un porcentaje relativamente superior a las entidades del TSS; una tendencia que se invierte en el 2018, cuando las entidades se presentan en un porcentaje superior a las empresas mercantiles, y que en el año 2019 marca un significativo cambio de tendencia: mientras crece el número de empresas mercantiles que se presentan a los concursos de este tipo de servicios, decae el número de entidades TSS que lo hace (46,3% para las empresas mercantiles y 25,6% para las entidades del TSS) (Figura 9). Una tendencia que se extrapola al conjunto de casos.

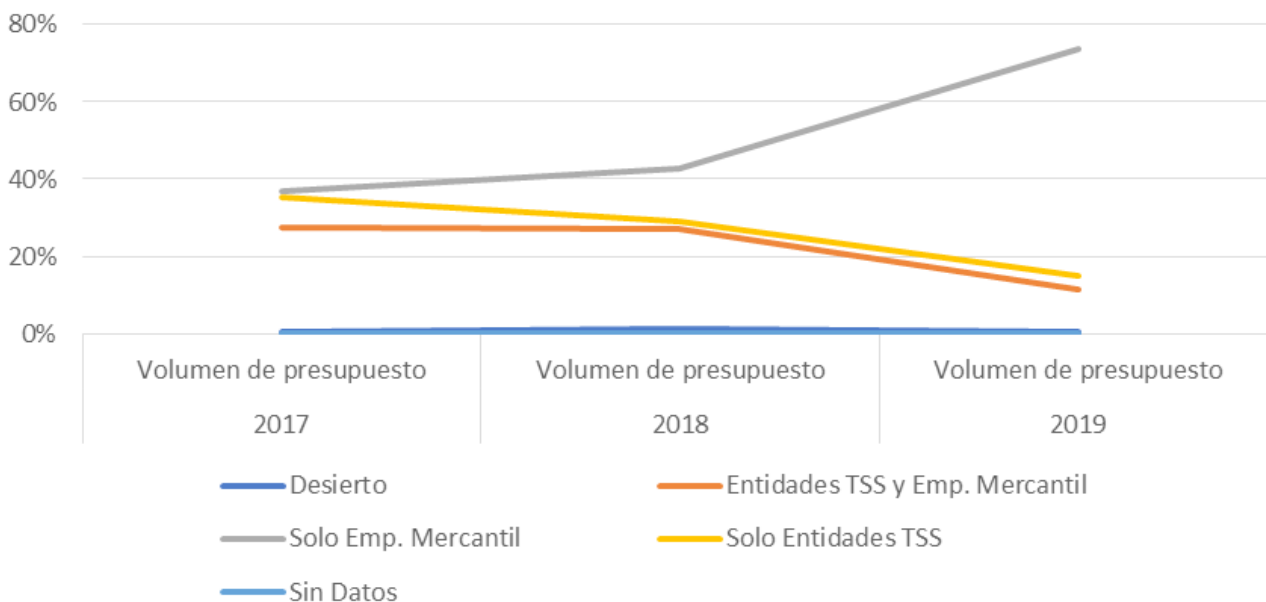
La concurrencia entre entidades del TSS y empresas mercantiles representa también un 25,6% de los casos de 2019; una cifra que ha ido variando a lo largo de este periodo analizado.

La diferencia fundamental, sin embargo, radica en base a los presupuestos de licitación de estos expedientes, donde las empresas mercantiles consiguen el 73,6% del conjunto de casos de 2019 ante el 14,7% de las entidades del TSS (Figura 10). En términos presupuestarios, pues, el cambio de tendencia el 2019 se hace mucho más evidente.

Es significativo también observar la falta de concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del TSS en el total de casos analizados, que se da en 326 de los casos del estudio (el 75,6%). De estos, en 162 (un 37,6%) sólo se presentan empresas mercantiles, y en 135 (un 31,6%) sólo se presentan entidades del TSS. La concurrencia entre entidades del TSS y empresas mercantiles, por el conjunto de casos sólo se produce en 105 casos, significando un 24,4% del conjunto total de expedientes (Figura 9). En términos presupuestarios, la concurrencia se produce en expedientes por valor de 46.064.504,9€, lo que significa el 24,9% del total del estudio.

Con respecto al resto de ciudades analizadas, las empresas mercantiles muestran una tendencia positiva, al analizar el volumen de casos, al contrario de lo que sucede con las entidades sociales. Si se analiza el volumen presupuestario, las empresas mercantiles se presentan al 46,2% del presupuesto, y las entidades al 14,1%.

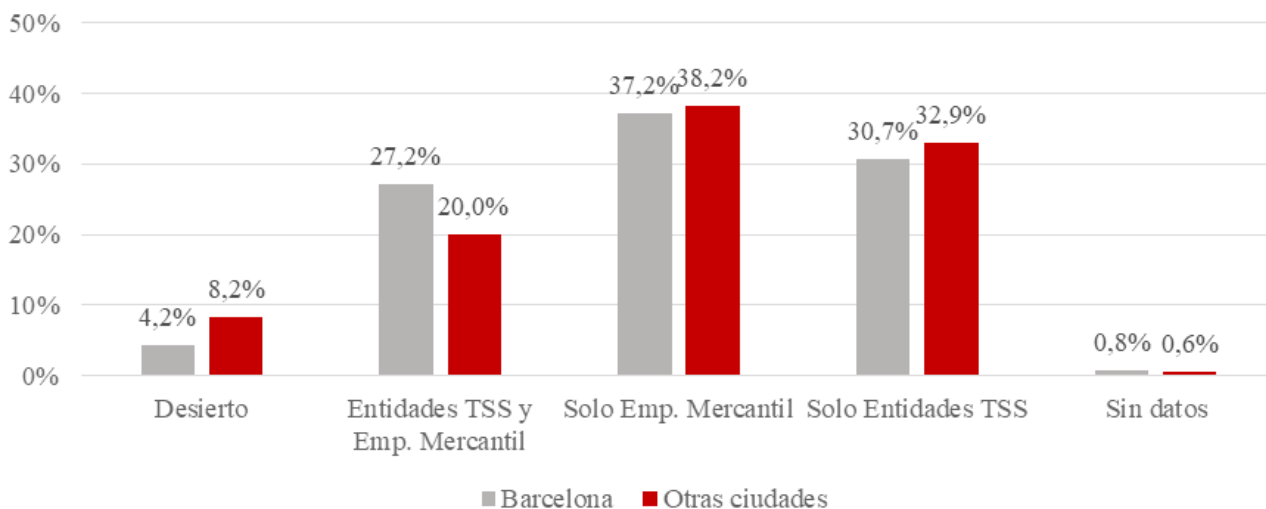
FIGURA 10. EVOLUCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LICITACIÓN SEGÚN NATURALEZA DE LOS CONCURSANTES, EN BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

La mayor parte de los casos de concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del TSS se producen en la ciudad de Barcelona con 71 casos (lo que representa el 14,8% del presupuesto total) (Figura 10). En el resto de los municipios, se identifican 34 casos de concurrencia, cifra que significa el 10,1% del conjunto. De modo que hay mayor concurrencia en la ciudad de Barcelona que en el resto de los municipios, tanto a nivel de cantidad de contratos, como a nivel de presupuesto.

FIGURA 11. PESO DE LOS CASOS SIN CONCURRENCIA Y LOS DE CONCURRENCIA ENTRE EMPRESAS MERCANTILES Y ENTIDADES DEL TSS, SEGÚN TERRITORIO, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Así, el porcentaje de EM que se presentan a concursos sin competencia es ligeramente inferior en Barcelona (37,2%), que en el resto de los municipios (38,2%). Lo mismo ocurre con los concursos donde

sólo se presentan entidades del TSS: en Barcelona se da en 30,7 %, y en el resto de los municipios, en un 32,9 % (Figura 11).

Barcelona presenta un 27,2 % de casos de concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del tercer sector, ante un 20 % del resto de municipios del estudio. También es relevante observar el volumen de casos que quedan desiertos en Barcelona (4,2 %), lo que supone la mitad de lo que representa en el resto del territorio analizado (8,2 %) (Figura 11).

Si analizamos la intensidad de la concurrencia, se ha observado la mediana de licitadores por contrato (Tabla 4). En el caso de Barcelona, lo que se observa es un aumento de la competencia en aquellos contratos donde se presentan entidades del TSS y las empresas mercantiles mientras que se desciende ligeramente en los contratos donde solo se presentan un mismo tipo de licitantes. Es una tendencia similar al resto de municipios, si bien en el resto de municipios aumenta más la competencia entre empresas mercantiles que en la ciudad de Barcelona.

TABLA 4. MEDIA DE LICITADORES SEGÚN LA NATURALEZA DEL LICITADOR DE LOS CASOS, 2017-2019

Naturaleza del licitador	Barcelona			Otros municipios		
	2017	2018	2019	2017	2018	2019
Solo Empresa Mercantil	1,57	1,26	1,24	1,8	3,2	2,3
Solo Entidad TSS	1,18	1,78	1,14	1,2	1,2	1,1
Entidad TSS y empresas mercantiles	2,90	2,65	3,48	3,1	2,9	3,9
Total general	1,96	1,79	1,80	1,8	2,2	2,3

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Finalmente, se ha explorado en qué rangos presupuestarios se dan los casos de concurrencia entre las entidades del TSS y las empresas mercantiles. Los contratos con un importe hasta 100.000€ son los más frecuentes, representando el 46,7 % del conjunto de la muestra de concursos donde hay concurrencia. Sin embargo, a nivel territorial hay diferencias significativas en este tipo de contratos, ya que en la ciudad de Barcelona representan el 38,0 % frente el 64,7 % del resto de municipios, en el período analizado 2017-2019 (Tabla 5).

En el rango presupuestario 500.001€ y 1 millón de euros, es en el que nos encontramos mayores diferencias entre Barcelona y el resto de los municipios: Barcelona representa un 23,9 % de la muestra, mientras que en el resto de las ciudades se reduce a sólo un 8,8 %.

TABLA 5. VOLUMEN Y PORCENTAJE DE LOS CASOS EN CONCURRENCIA ENTRE ENTIDADES DEL TERCER SECTOR Y EMPRESAS MERCANTILES EN FUNCIÓN DEL RANGO DE PRESUPUESTO, SEGÚN TERRITORIO, 2017-2019

Territorio	Hasta 100.000€		Entre 100.001€ y 500.000€		Entre 500.001€ y 1M€		Más de 1M€		Total general	
	Volumen de casos	%	Volumen de casos	%	Volumen de casos	%	Volumen de casos	%	Volumen de casos	%
Barcelona	27	38,0 %	21	29,6 %	17	23,9 %	6	8,5 %	71	100 %
Otros municipios	22	64,7 %	7	20,6 %	3	8,8 %	2	5,9 %	34	100 %
Total general	49	46,7 %	28	26,7 %	20	19,0 %	8	7,6 %	105	100 %

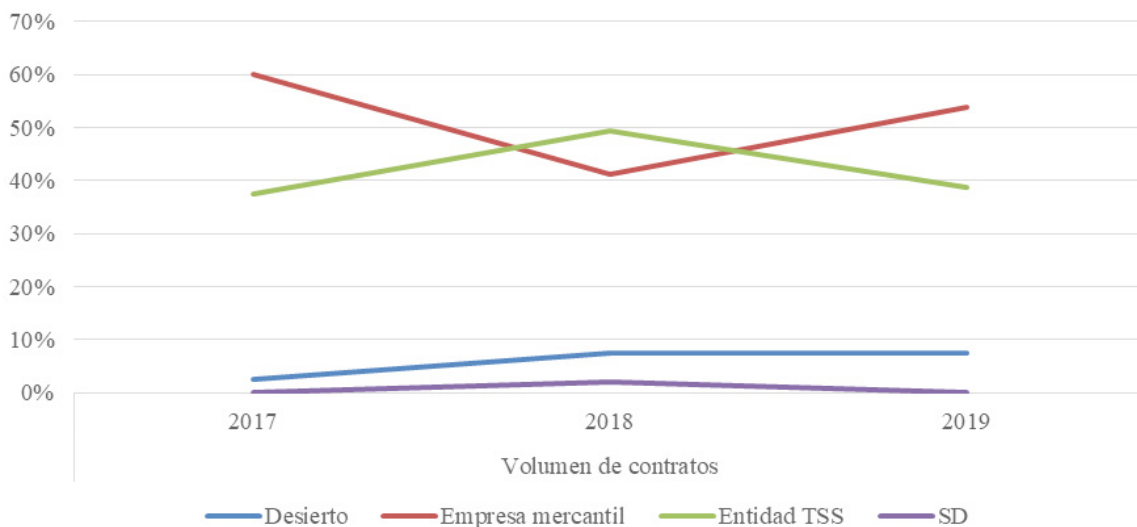
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

2.3.2. Evolución de los adjudicatarios

A continuación, analizamos de forma evolutiva los ganadores de los contratos según el número de casos ganados y según el volumen presupuestario ganado.

Aunque el volumen de contratos ganados por las empresas mercantiles se había reducido en el 2018 (41 %), aumenta considerablemente en 2019 (54 %). Y de forma inversa, el aumento del volumen de contratos que las entidades del TSS habían alcanzado en el 2018 (49,5 %), cae en 2019 (38,8 %) (Figura 12).

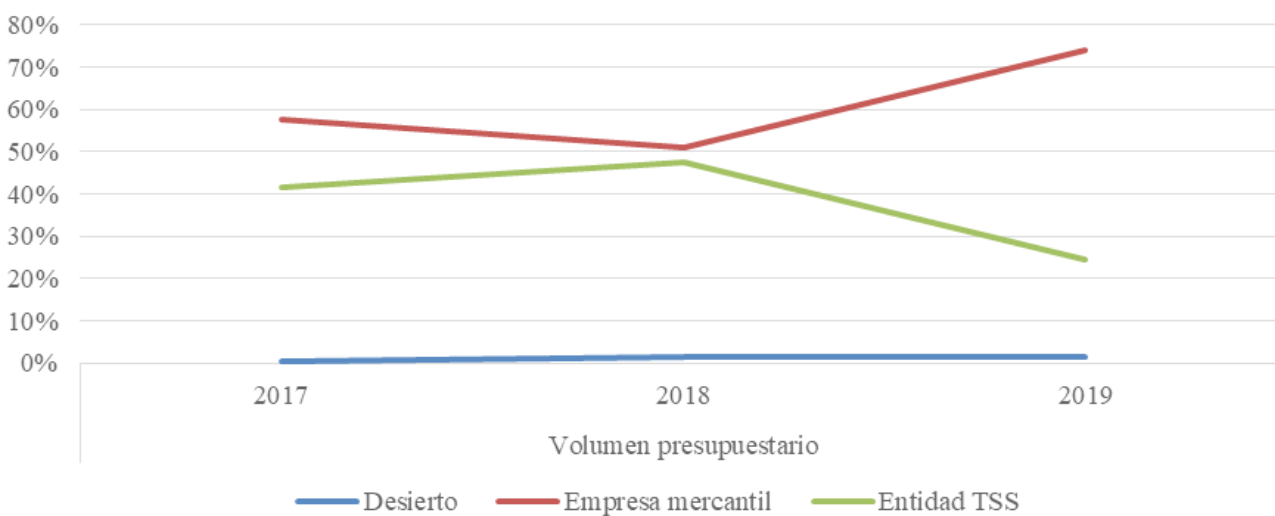
FIGURA 12. EVOLUCIÓN DEL VOLUMEN DE CASOS GANADOS, SEGÚN LA NATURALEZA DEL ADJUDICATARIO, EN BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

A nivel presupuestario, se evidencia una tendencia creciente en el volumen presupuestario que ganan las empresas mercantiles (74,1 %) desde el año 2017. Y, por el contrario, una tendencia decreciente en el presupuesto ganado por las entidades del TSS, en el año 2019 (24,5 %).

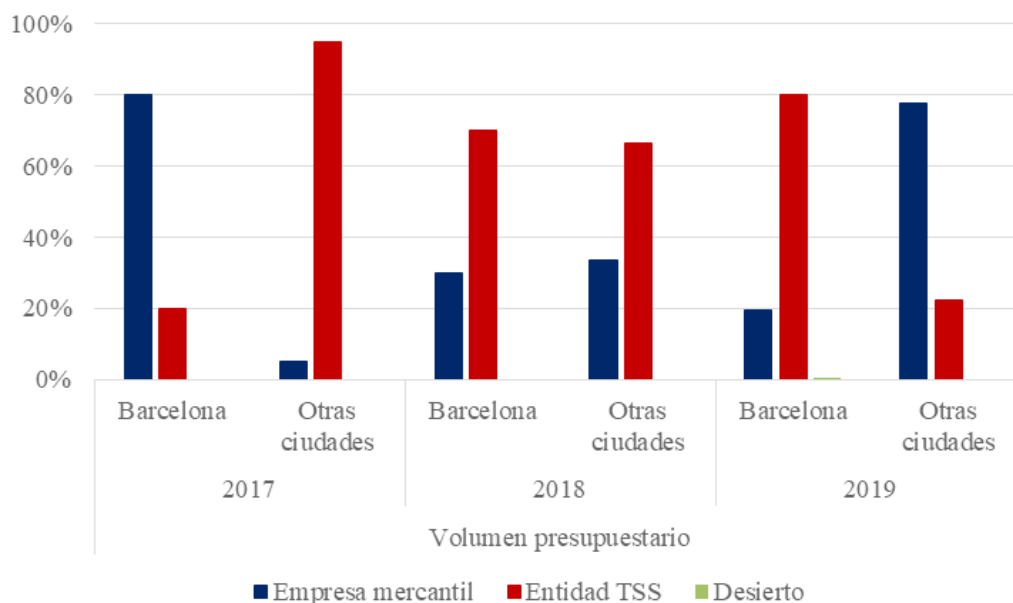
FIGURA 13. EVOLUCIÓN DEL VOLUMEN PRESUPUESTARIO GANADO, SEGÚN LA NATURALEZA DEL ADJUDICATARIO, EN BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Cuando se analiza la evolución de los adjudicatarios en las otras ciudades, excluyendo Barcelona, se observa que en volumen de contratos las empresas mercantiles ganan más que las entidades del TSS. En volumen presupuestario, destaca el porcentaje de casos que quedan desiertos, que llega casi al 50%. Si se excluyen estos contratos que quedan desiertos, las empresas mercantiles siguen ganando más que las entidades del tercer sector en el resto de municipios, tanto en volumen presupuestario, como en número de casos.

FIGURA 14. VOLUMEN PRESUPUESTARIO DE LOS GANADORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN CUANDO HAY COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS MERCANTILES Y ENTIDADES DEL TSS, SEGÚN NATURALEZA DEL ADJUDICATARIO Y TERRITORIO, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

En la Figura 14 observamos la evolución diferencial entre las empresas mercantiles y las entidades del TSS según municipios cuando hay competencia entre ellas. En el caso de Barcelona, a lo largo de estos tres años, las entidades del TSS se han vuelto más competitivas frente a las empresas mercantiles. Mientras que en 2017 conseguían el 20% del presupuesto total, en 2019 llegan hasta el 80%. En cambio, en el resto de municipios, mientras que en 2017 conseguían el 95% del presupuesto, en 2019 solo consiguen el 22,2%.

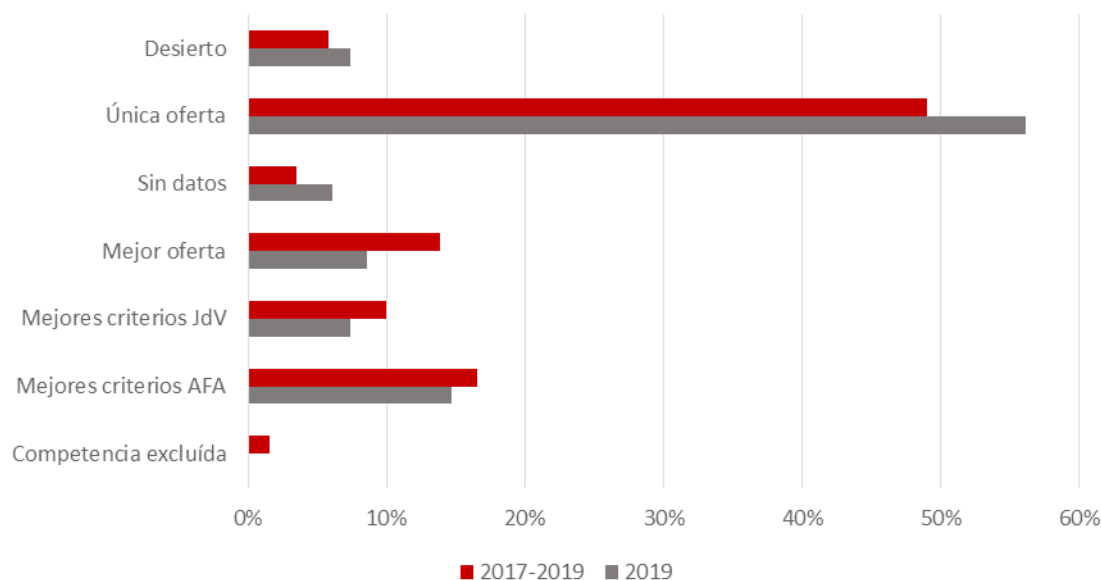
En conclusión, Barcelona es la ciudad donde se produce más competencia entre estos dos tipos de licitadores, y no solo en volumen de casos, sino, especialmente, en el volumen presupuestario. Las entidades del TSS, además, muestran en los contratos de Barcelona una capacidad creciente de ganar los concursos de contratación pública cuando compiten con empresas mercantiles.

2.4. Explorando la relación entre las condiciones de los contratos y los resultados de las adjudicaciones

A partir del análisis realizado, se observa que los cambios introducidos en la contratación pública de este tipo de servicios por el ayuntamiento de Barcelona (aumento MCPS, inclusión estructura de costes, inclusión criterio puntuación mínimo, aumento del número de contratos con presupuesto de licitación igual o inferior a 100.00€, división entre los criterios AFA y los JdV) hayan tenido un efecto en el aumento de las entidades del tercer sector que se presentan y ganan este tipo de concursos. En otras palabras, a pesar de la introducción de este tipo de medidas que pretenden una acción positiva a favor de los licitadores que demuestren conciencia social y unas buenas prácticas (como podrían ser las entidades del TSS), los datos muestran que, en realidad, crece el volumen presupuestario de este tipo de contratos que ganan las empresas mercantiles mientras decae el volumen que ganan las entidades del TSS. En Barcelona, crece el volumen presupuestario al que se presentan las empresas mercantiles (73,8%) y se reduce al que lo hacen las entidades del

TSS (14,8%). Se evidencia también el ascenso considerable del porcentaje de casos ganados, en el 2019, por las empresas mercantiles en Barcelona (46,3 %, frente a un 32,3 % en el 2018) y de forma inversa, el descenso que han sufrido las entidades del tercer sector, cuyo porcentaje de casos ganados se reduce al 25,6 % (frente al 37,5 % del 2018).

FIGURA 15. CRITERIOS DETERMINANTES A LA HORA DE RESOLVER LAS ADJUDICACIONES EN LOS CASOS DE BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Sin embargo, también observamos en el caso de Barcelona, a diferencia de otros municipios que no han introducido con tanta intensidad cláusulas sociales, que las entidades del TSS muestran una creciente capacidad de ganar los concursos de contratación pública en concurrencia con empresas mercantiles durante los últimos años. Se debe recordar, a pesar de ello, que la situación más repetida y determinante a la hora de adjudicar los concursos en Barcelona es el hecho de que sólo haya una única oferta, ya sea por parte de empresas mercantiles o de entidades del TSS (Figura 15).

En conjunto, las empresas mercantiles están ganando terreno frente a las entidades del TSS en la obtención de contratos de servicios de atención a las personas en Barcelona aunque hayan aumentado las cláusulas sociales. Específicamente en los casos de concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del tercer sector, por contra, las entidades del TSS han mostrado una evolución mucho más positiva, tanto en número de casos como, sobre todo, en volumen presupuestario. Esto se podría explicar seguramente por la moderación del criterio precio en Barcelona a pesar del aumento del peso de los criterios AFA. Los resultados demuestran que las empresas mercantiles se muestran especialmente competitivas ante los criterios económicos, y las entidades del TSS continúan mostrando un mayor grado de competitividad en función de la oferta técnica.

Así las cosas, ¿en qué casos los cambios introducidos y el diseño de la estructura del proceso de evaluación de la oferta suponen, verdaderamente, una acción positiva hacia las entidades del TSS? En el siguiente apartado se identifican factores y/o dinámicas que han demostrado una acción positiva efectiva a favor de los licitadores sin ánimo de lucro. A continuación analizamos de forma conjunta los contratos de todos los municipios y todos los años para aumentar el número de casos donde el adjudicatario es una entidad del TSS y facilitar el análisis de los factores de éxito. Los resultados que se presentan son por lo tanto aplicables al conjunto de los municipios estudiados.

2.5. Factores que suponen una efectiva acción positiva hacia las entidades del tercer sector

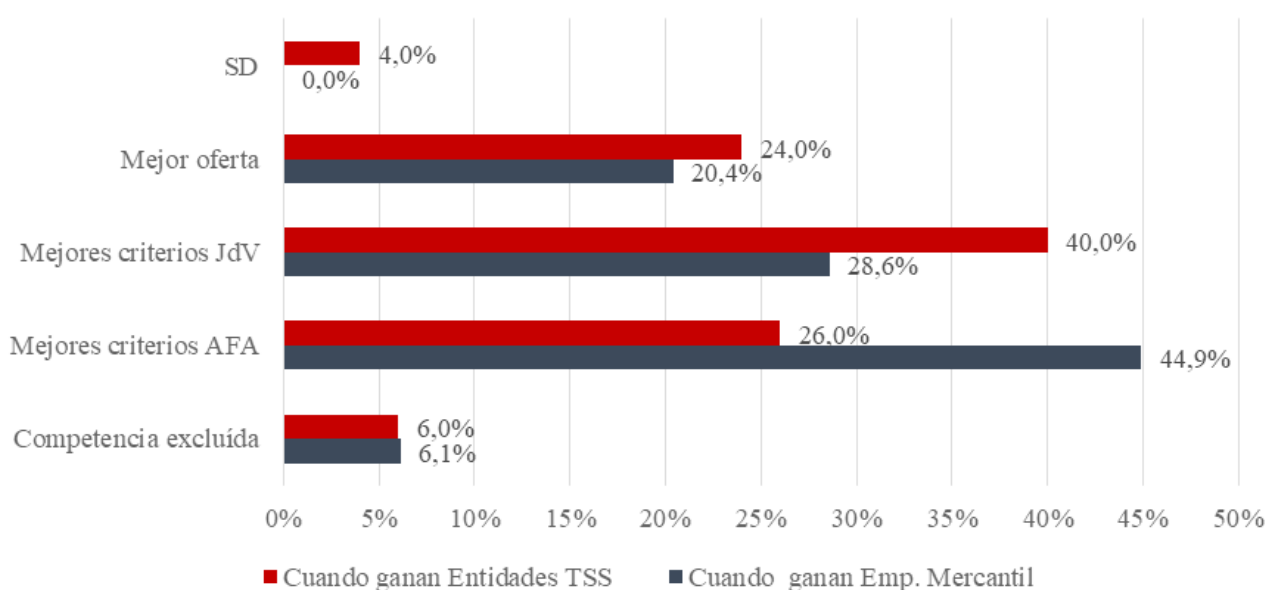
En el estudio realizado se han detectado una serie de situaciones o factores en las que se produce una acción positiva hacia las entidades del tercer sector social. En concreto son: 1) cuando los JdV son los

factores determinantes de los concursos en concurrencia entre entidades del TSS y empresas mercantiles; 2) cuando el peso de los criterios AFA es inferior a 51 %; 3) cuando el peso del precio es inferior al 50 %; 4) cuando se aplica la fórmula cinco; 5) cuando el presupuesto de licitación del contrato (+ IVA) no supera los 100.000€.

JdV como factor determinante de los concursos en concurrencia entre empresas mercantiles y entidades del TSS

En los casos de concurrencia, en concreto, las entidades del TSS ganan cuando presentan una mejor oferta general⁷ (24 % de los casos). Sin embargo, la diferencia realmente significativa la encontramos cuando el factor determinante son los criterios AFA o los relativos a JdV. En el primer caso, las empresas mercantiles se muestran más competitivas, ganando en el 44,9% de los casos frente al 26% de las entidades del TSS. Por el contrario, en los concursos donde los criterios evaluables mediante JdV han sido determinantes, las entidades del TSS ganan en un 40% de los casos ante un 28,6% cuando lo hacen las empresas mercantiles, en el conjunto de los casos.

FIGURA 16. CRITERIOS DETERMINANTES A LA HORA DE RESOLVER LAS ADJUDICACIONES EN CASOS DE CONCURRENCIA ENTRE ENTIDADES DEL TSS Y EMPRESAS MERCANTILES EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DEL ADJUDICATARIO EN EL CONJUNTO DE LOS CASOS, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Cuando AFA inferior a 51 %

Cuando el peso del AFA es igual o inferior al 51 % las entidades del TSS ganan un mayor volumen número de contratos, especialmente significativo en cuanto al número de contratos, con un 54 % frente a un 38 % de las empresas mercantiles. Pero en cambio, en términos presupuestarios, el porcentaje que se lleva la empresa mercantil es superior al que acaban consiguiendo las entidades TSS. Esta tendencia cambia cuando los criterios AFA se sitúan por encima del 51 %: las empresas mercantiles ganan en un 56,8 % de los casos ante un 33,1 % con respecto a las entidades del TSS. Esta diferencia es aún mayor si atendemos al volumen presupuestario, donde las EM ganan el 63,4 % frente al 24,6 %.

⁷ Esto es, que sea la mejor oferta no significa necesariamente que sea la mejor en todos los aspectos, sino que gana porque es lo bastante competitiva como para imponerse al resto.

TABLA 6. QUIÉN GANA LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN CUANDO LOS CRITERIOS AFA SE SITUAN POR DEBAJO O POR ENCIMA DEL 51%, SEGÚN LA NATURALEZA DEL ADJUDICATARIO. SEGÚN NÚMERO DE CONTRATOS Y VOLUMEN PRESUPUESTARIO, EN EL CONJUNTO TOTAL DE CASOS, 2017-2019

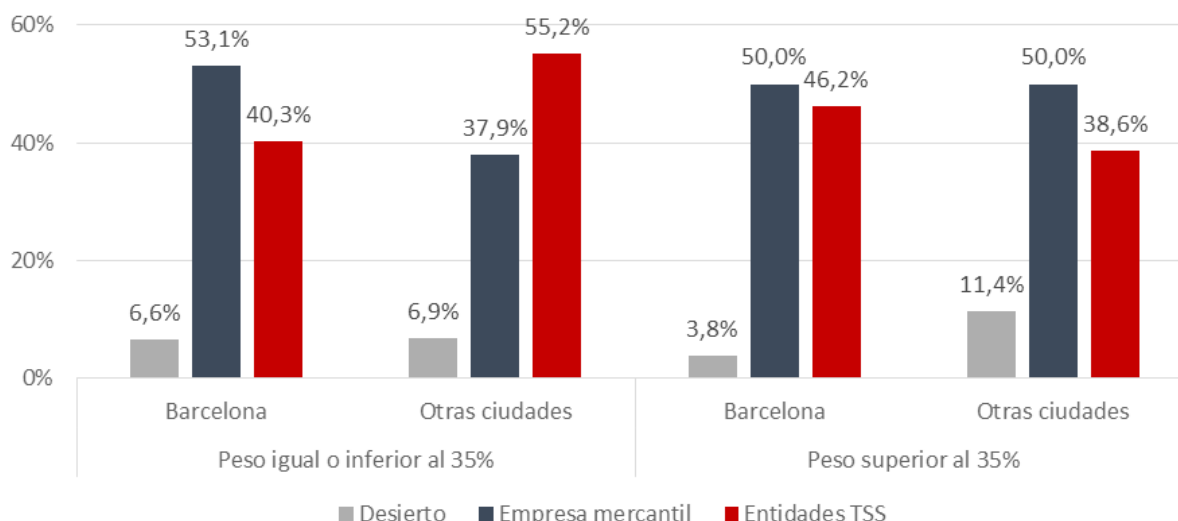
	AFA igual o inferior al 51%				AFA superior al 51%			
	Número de contratos		Volumen presupuestario		Número de contratos		Volumen presupuestario	
	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%
Empresa Mercantil	57	38%	44.912.839,8	54,8%	150	56,4%	59.172.796,8	62,7%
Entidad TSS	81	54%	33.810.666,3	41,2%	89	33,5%	23.904.320,2	25,3%
UTE Entidad TSS y empresa mercantil	3	2%	2.544.055,6	3,1%	4	1,5%	2.897.273,4	3,1%
Desierto/SD	9	6%	729.336,3	0,9%	23	8,6%	8.434.977,2	8,9%
Total general	150	100%	81.996.898,1	100%	266	100%	94.409.367,7€	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Cuando peso del precio inferior a 35%

En las ciudades que no son Barcelona, cuando el peso del precio no supera el 35% del total del conjunto de la oferta, los ganadores de estos concursos son las entidades del TSS. En cambio, cuando el peso del precio supera el 35% ganan las empresas mercantiles. En Barcelona, sin embargo, este factor no supone una acción positiva para las entidades del TSS: tanto si el peso del precio es inferior como superior al 35%, las empresas mercantiles son las ganadoras de los concursos, posiblemente por la incidencia simultánea de otros factores.

FIGURA 17. DISTRIBUCIÓN DEL NÚMERO DE CASOS, ENTRE LOS GANADORES EN FUNCIÓN DEL PESO DEL PRECIO, SEGÚN TERRITORIO, CONJUNTO DE CASOS 2017-2019

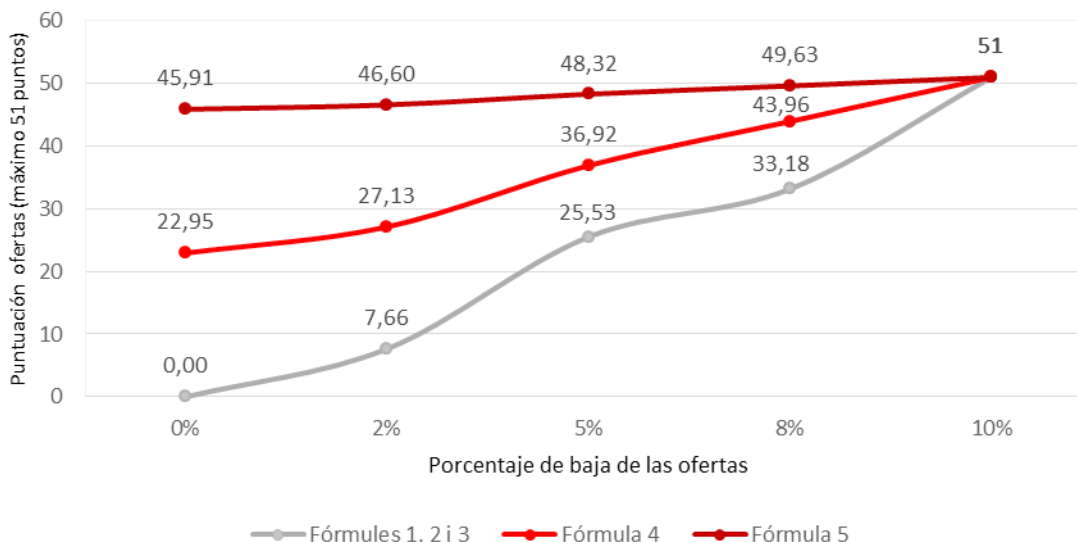


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

Es relevante mencionar también que cuando el peso del precio es inferior al 35%, las entidades del TSS en las ciudades que no son Barcelona, se llevan el mayor porcentaje presupuestario.

Cuando se aplica la Fórmula 5

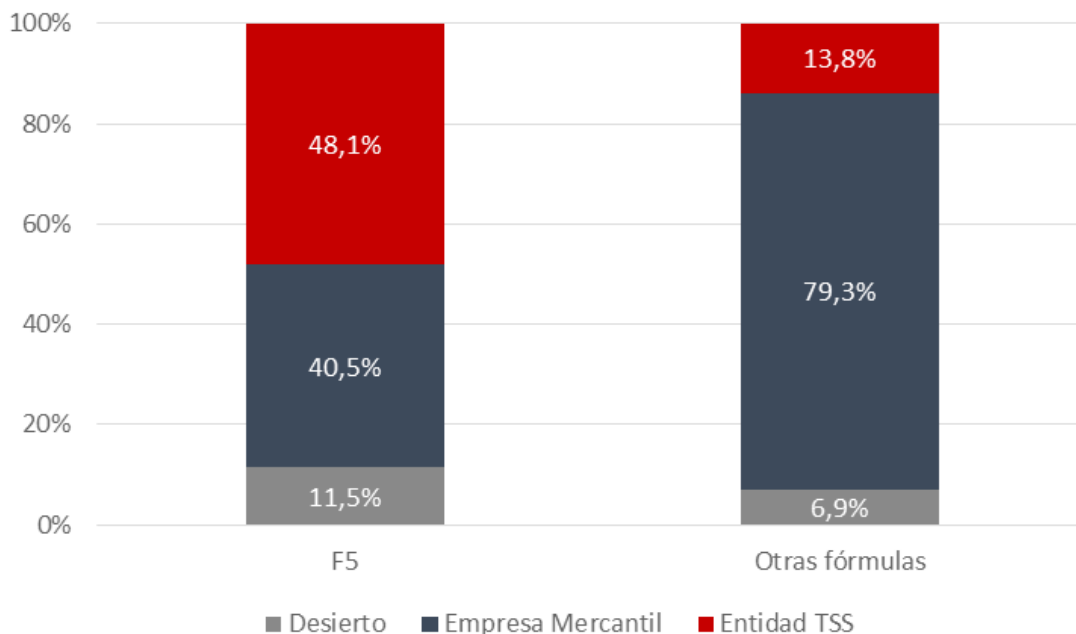
FIGURA 18. EFECTOS DE LAS DIFERENTES FÓRMULAS PARA VALORAR LAS OFERTAS ECONÓMICAS



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat.

En cuanto a la fórmula utilizada, las diferencias generadas por la aplicación de la fórmula matemática pueden resultar un factor determinante en la mayor parte de los casos. Las fórmulas 1, 2 y 3 establecen diferencias significativas entre la oferta más económica y el resto de las ofertas. Por otra parte, las otras dos (la 4 y la 5) no penalizan tanto al resto de ofertas. En concreto, Barcelona utiliza fórmulas matemáticas (fundamentalmente la fórmula 1) que favorece la oferta económicamente más ventajosa y penaliza significativamente al resto.

FIGURA 19. DISTRIBUCIÓN DE LOS GANADORES SEGÚN ADJUDICATARIO EN FUNCIÓN DE LA FÓRMULA APLICADA, EN LAS CIUDADES QUE NO SON BARCELONA, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contractació Pública de la Generalitat.

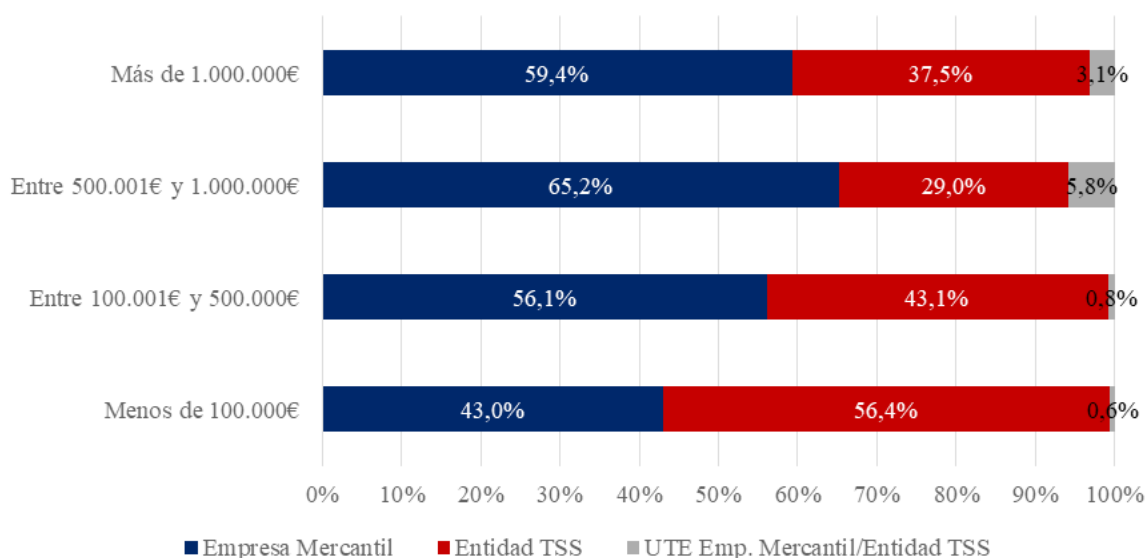
El Código de Buenas prácticas recomienda utilizar la Fórmula $Pi = Cr * (100 - 100 * (Bp - PMB))$. Sin embargo, esta fórmula no se ha aplicado en ninguno de los casos utilizados. De entre las fórmulas sistematizadas, la menos penalizadora, la F5, la utilizada por la Generalitat de Catalunya, es con la que las entidades del TSS salen más beneficiadas. En concreto, ganan casi la mitad de los contratos (48,1%), frente al 13,8% de victoria que obtienen cuando se aplican otras fórmulas. Al utilizar otras fórmulas diferentes a la F5, las principales beneficiadas (con un 79,3% de casos ganados) son las empresas mercantiles.

Quando presupuesto de licitación de los contratos no supera los 100.000€

En ciertos rangos presupuestarios, las entidades del TSS también se muestran más competitivas. Por ejemplo, en los contratos hasta 100.000€. Por el contrario, las empresas mercantiles muestran una superioridad evidente en los contratos de valores superiores, especialmente en los del rango entre 500.001€ y un millón de euros. Aun así, en Barcelona, el 44% de los casos de más de un millón de presupuesto lo ganan las entidades del TSS. En cambio, las entidades TSS ganan, en todos los municipios, la contratación inferior a 100.000€ (Figura 20).

Si se analiza según los rangos presupuestarios de los casos en concurrencia entre las empresas mercantil y las entidades del TSS, se observa que las entidades del TSS ganan mayoritariamente los contratos de menos de 100.000€ y también los de entre medio millón y un millón de euros. Los contratos en concurrencia que superan el millón de euros, las empresas mercantiles y las entidades del TSS llevan el mismo número de contratos. En cambio, los casos en concurrencia con valor entre 100.001€ y 500.000€ ganan fundamentalmente las empresas mercantiles.

FIGURA 20. RANGO PRESUPUESTARIO DE LOS CONTRATOS, EN EL CONJUNTO DE CASOS, SEGÚN ADJUDICATARIO, 2017-2019



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Plataforma de Contratación Pública de la Generalitat.

CONCLUSIONES

Los cambios introducidos en la contratación pública se han producido en un breve periodo de tiempo en el que los licitadores, ya sean empresas mercantiles o entidades del tercer sector, se han tenido que adaptar a los nuevos marcos normativos de contratación.

El análisis realizado sobre los cambios introducidos en la contratación pública y en el diseño de los pliegos contractuales de los servicios de atención a las personas muestra dinámicas particulares en los procesos de evaluación y adjudicación de los contratos de este ámbito, atendiendo a la naturaleza jurídica de los licitadores y los adjudicatarios.

Si bien los cambios introducidos en la contratación pública no pretenden generar una desigualdad de trato de las empresas licitadoras según su naturaleza jurídica, sí pretenden generar una acción positiva a favor de las empresas que demuestren conciencia social y unas buenas prácticas, tal y como lo recoge la Guía de contratación pública social Barcelona (2018)⁸. Sin embargo, los resultados muestran que solo en situaciones muy concretas y minoritarias las entidades del TSS, en las que la conciencia social forma parte de su naturaleza, se ven favorecidas por los cambios introducidos.

Por ejemplo, la introducción de innovaciones en los pliegos contractuales como la presencia de la estructura de costes o la inclusión del criterio de puntuación mínima en los procesos de adjudicación son criterios que presentan una tendencia creciente, y que, a su vez, pueden suponer un aspecto positivo para las entidades del tercer sector, al permitir corroborar si los salarios del personal han sido calculados en función de un convenio colectivo específico y su adecuación al servicio, y al exigir un mínimo de calidad en las ofertas presentadas. Sin embargo, son medidas aun minoritarias, particularmente fuera del ayuntamiento de Barcelona.

En cuanto a la inclusión de las cláusulas sociales en los contratos, éstas sólo se aplican de forma mayoritaria por parte del ayuntamiento de Barcelona. Una de estas medidas es la valoración máxima del precio en un 35% en el conjunto de la oferta. Barcelona es la única ciudad de las analizadas que, gracias a la inclusión de esta cláusula, mantiene a raja tabla el peso del precio por debajo del 35%. En el resto de las ciudades, la media es de un 50,8% del total de la oferta, a pesar de que el “Código de Buenas prácticas en la contratación pública de los servicios de atención a las personas” recomienda, en su apartado 5.1, que el precio ofrecido por los licitadores no tenga un peso específico superior al 40% para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, y que una parte de los criterios objetivos no sea exclusivamente el criterio precio, dentro de los criterios AFA.

El precio, por tanto, sigue siendo un factor muy importante dentro del proceso de evaluación de ofertas y de adjudicación de los contratos. De hecho, en el periodo de tiempo analizado, el peso de los criterios AFA ha crecido con respecto a los Juicios de Valor, lo que favorece que las empresas mercantiles ganen las licitaciones, ante las entidades del TSS. Especialmente, cuando la ponderación que reciben los criterios AFA en el conjunto del proceso de evaluación supera el 51% del total, así como cuando el peso del precio es superior al 50% del total. La única excepción a este resultado se da cuando el peso de los criterios AFA es inferior al 51%. En este caso, las entidades del TSS ganan en volumen de contratos, pero en volumen presupuestario sigue dominando la empresa mercantil.

De acuerdo con la Ley 9/2017, cuando hay más de un criterio de adjudicación, si el órgano de contratación no quiere establecer un comité de expertos, el peso de los criterios sometidos a la fórmula automática debe ser superior al criterio de juicio de valor. Es decir, los criterios AFA siempre prevalecerán ante los juicios de valor, ya sea mediante el peso del precio u otras mejoras. Por lo tanto, según el análisis realizado, mientras en el proceso de evaluación de las ofertas se otorgue más peso a los criterios evaluables automáticamente, que los criterios evaluables por criterios de juicios de valor, las empresas mercantiles seguirán obteniendo más contratos y más presupuesto que las entidades del tercer sector social.

También merece la pena destacar la importancia de los criterios AFA como factores determinantes de la resolución de los contratos; lo cual se da en un 16,8% de la muestra estudiada, el segundo porcentaje más elevado después de la oferta única. Este porcentaje refuerza, por tanto, una situación de partida desequilibrada, teniendo en cuenta que la capacidad económica de las empresas mercantiles es superior a la de las entidades del TSS, tal y como muestra la capacidad de reducción de los presupuestos de licitación de las empresas mercantiles. En cambio, cuando los criterios relativos a los Juicios de Valor han sido los determinantes de la resolución de los procesos de adjudicación, en cambio, las entidades del tercer sector han salido favorecidas. Sin embargo, estos solo se han dado en un 7,4% de los casos de 2019.

Por otro lado, la cuestión de la fórmula matemática utilizada a la hora de evaluar las ofertas recibidas es también un factor determinante. El análisis realizado muestra que, en el caso de la ciudad de Barcelona, donde el peso del precio es menor, las fórmulas matemáticas aplicadas favorecen la oferta económicamente más ventajosa y penalizan significativamente al resto. Estos tipos de fórmulas parece que se consolidan en la capital catalana. Mientras que, en el resto de los municipios, predomina una fórmula menos penalizadora, la fórmula 5 (la utilizada por la Generalitat de Catalunya). Ninguna de estas, sin embargo, es la recomenda-

⁸ Este artículo no entra a valorar los cambios que las características del procedimiento de adjudicación hayan podido suponer en las empresas mercantiles para poder ganar estos concursos.

da por el Código de buenas prácticas en la contratación pública de los servicios de atención a las personas que tiene como objetivo favorecer la concurrencia, pero sin permitir que diferencias poco significativas se traduzcan en puntuaciones notoriamente desproporcionadas entre las ofertas.

En conclusión, los datos muestran que la tendencia general es que las empresas mercantiles se presenten cada vez más y ganen más contratos tanto en Barcelona como en el resto de municipios. Sin embargo, en el caso de Barcelona encontramos una particularidad: cuando hay competencia entre entidades del TSS y empresas mercantiles observamos que las primeras obtienen cada vez más contratos y más volumen presupuestario. Probablemente esta particularidad en Barcelona es debida a la introducción de cláusulas sociales y especialmente a la moderación del factor precio en los contratos. A pesar de este relevante cambio detectado en los últimos años, los contratos donde hay competencia entre entidades del TSS y empresas mercantiles son minoritarios (un 21% del total en 2019) y además muestran una tendencia descendente. A partir de estos resultados, emergen nuevas preguntas como la de por qué las entidades del tercer sector no se presentan a determinados contratos en Barcelona cuando sus posibilidades de éxito aumentaron. En el resto de municipios, las empresas mercantiles cada vez se presentan y ganan más contratos. A su vez, las empresas del TSS se presentan menos y son cada vez menos exitosas cuando compiten con empresas mercantiles en un contexto de falta de desarrollo de cláusulas sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ajuntament de Barcelona (2018). *Guia de contractació pública social*. Consultado el 4 de mayo de 2021. https://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/sites/default/files/guia_contractacio_publica_social_cat_0.pdf
- Burzaco Samper, M. (2016). Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales. *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 281-310. http://ciriec-revistaeconomia.es/wp-content/uploads/CIRIEC_8603_Alarcon.pdf
- Calvo Vérguez, J. (2019). La proyección de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, sobre el ámbito de la Economía social: un nuevo marco regulatorio para las entidades del tercer sector. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.
- Corretja i Torrens, M. (2018). Principals novetats en la contractació pública dels ens locals. *Revista catalana de dret públic*, 57, 17-31 <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i57.2018.3163>
- Dopazo Fraguío, M. (2020). La contratación pública como herramienta para promover la responsabilidad ambiental. *Revista catalana de dret ambiental*, 11(2), 1-35. <https://doi.org/10.17345/rcda2914>
- Fuentes Gasó, J. R. (2020). El regim jurídic de la provisió de serveis d'atenció a les persones a Catalunya: El concert social després de les directives europees contractació pública. En M. V. Fornés Fernández (ed.), C. M. Anleu Hernández y M. Rodríguez Beas (coords.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar* (pp. 201-229). Atelier.
- Garrido Juncal, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, 55, 84-100. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>
- La Confederació (30 de diciembre de 2020). *Propostes del Tercer Sector Social de Catalunya davant les eleccions al Parlament de Catalunya 14-F 2021*. Consultado el 4 de mayo de 2021. <https://laconfederacio.org/propostes-del-tercer-sector-social-davant-les-eleccions-al-parlament-de-catalunya-del-proper-14-de-febrer-de-2021/>
- Martí-Costa, M. y Conde López, C. (2021). *La contractació pública de serveis d'atenció a les persones, 2019*. Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona.
- Martí-Costa, M. y Ordàs, C. (2019). *La contractació pública de serveis a les persones a la província de Barcelona, 2017-2018*. Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona.
- Ordàs, C. (2018). *La Contractació Pública a Catalunya en l'àmbit dels Serveis d'Atenció a les Persones, 2017*. Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona. https://iermb.uab.cat/wp-content/uploads/2019/08/2018_11_12_Def_La_Contractaci%C3%B3_Publica_a_Catalunya_en_l%C3%A0mbit_dels_SAP_2017_sense_punt_3.pdf
- Ordàs, C. (2017). *La qualitat de la contractació pública local en l'àmbit dels serveis a les persones. Una anàlisi dels 8 principals ajuntaments de Catalunya*. Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona.
- Solorzano García, M., Navío Marco, J. y Contreras Comeche, R. (2015). Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 4, 41-50. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i4.10306>



REALA, número 16, octubre de 2021
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 03-09-2021
Aceptado: 14-10-2021
Publicado: 15-10-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10979>
Páginas: 173-189

Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador

Notes on the act of initiation of the sanctioning procedure

José Antonio Tirado Barrera
Universidad ESAN (Perú)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4877-0699>
jtirado@esan.edu.pe

NOTA BIOGRÁFICA

Máster en Derecho de las Administraciones Públicas (URJC). Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad ESAN (Perú). Sus líneas de investigación se concentran en el procedimiento administrativo sancionador y la inspección administrativa.

RESUMEN

El presente trabajo estudia el acto de incoación del procedimiento sancionador con el objetivo de analizar los efectos que una defectuosa motivación del mismo podría producir respecto de los derechos fundamentales de los sujetos imputados y de otros posibles interesados.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento sancionador; acto de trámite; incoación del procedimiento; motivación del acto administrativo.

ABSTRACT

The present work studies the act of initiation or the sanctioning procedure with the aim of analyzing the effects that a faulty motivation of the same could produce with respect to the fundamental rights of the accused subjects and of the other possible interested parties.

KEYWORDS

Sanctioning administrative procedure; act of procedure; initiation of the procedure; motivation of the administrative act.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACTO DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 1.1. EL ACTO DE INCOACIÓN COMO ACTO DE TRÁMITE. 1.2. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE TRÁMITE. 1.3. LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE TRÁMITE. 1.4. EL ACTO DE INCOACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN. 2. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 2.1. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INCOACIÓN QUE SE SUSTENTA EN ACTUACIONES INSPECTORAS. 2.2. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INCOACIÓN QUE SE APARTA DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR UN INTERESADO. 2.3. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INCOACIÓN QUE PUEDE O DEBE SER PUBLICITADO POR MANDATO LEGAL. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN¹

La motivación del acto administrativo expresa el deber de la Administración Pública de justificar las decisiones que, en ejercicio de sus potestades públicas distintas de la potestad reglamentaria, afecten los derechos de los administrados, procurando reducir el riesgo de un ejercicio arbitrario de aquellas.

En el Derecho Administrativo Sancionador se ha exigido que el acto sancionador cumpla con estándares elevados en materia de motivación, en la medida en que impondrá la restricción o pérdida de derechos como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa, lo que se conecta con las garantías del artículo 24.1 de la Constitución (Navarro González, 2017, p. 348-351).

La motivación del acto de incoación del procedimiento sancionador ha suscitado poca atención en la medida en que su calificación, como acto de trámite, remite al acto definitivo buena parte de los cuestionamientos que se le puedan formular y porque la posibilidad de modificar la imputación inicial, permite trasladar el protagonismo del debate jurídico a la posterior propuesta de resolución final y al propio acto sancionador.

El acto de incoación, aunque trascendente, no resulta decisivo respecto de la determinación de la situación jurídica del imputado. Sin embargo, debe merecer atención ya que puede: «(...) producir un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, en cuanto, con independencia de lo que resulte del procedimiento, siempre arroja una sombra de sospecha sobre el implicado» (Lozano Cutanda, 2010, p. 864).

Por ello, consideramos relevante prestar atención a la motivación del acto de incoación por las eventuales afectaciones que podría producir en ciertos derechos fundamentales de los imputados.

El presente trabajo se divide en dos partes: en la primera se revisarán las características del acto de incoación como acto de trámite así como su relación con el derecho a ser informado de la acusación; en la segunda, se procederá a estudiar la exigencia de motivación del acto de incoación en relación a tres situaciones específicas que pueden afectar derechos fundamentales del imputado.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACTO DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Expondremos los elementos distintivos del acto de incoación del procedimiento sancionador como acto de trámite con la finalidad de comprender el régimen jurídico que le es aplicable y nos enfocaremos, además, en su relación con el derecho a ser informado de la acusación, en la medida en que sobre este pivotarán algunos de los problemas más importantes que pueden surgir como consecuencia de una defectuosa motivación.

1.1. El acto de incoación del procedimiento sancionador como acto de trámite

El procedimiento sancionador se inicia a través del acto de incoación, conforme a los artículos 63 y 64 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). Se trata del impulso inicial para el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora y su calificación como acto de trámite no es materia de discusión.

El acto de trámite se contrapone al acto definitivo como expresión de una clasificación comúnmente utilizada para resaltar uno de los aspectos de la diversa tipología aplicable al acto administrativo, por lo que la correcta comprensión de este último concepto resulta esencial.

La importancia del acto administrativo radica en que individualiza la previsión general y abstracta de la ley, definiendo la situación jurídica que recaerá sobre un administrado en particular (Esteve Pardo, 2016, p. 171).

Debido a que el legislador no ha establecido una definición del concepto de acto administrativo, en la doctrina se encuentran dos posiciones respecto de la determinación y alcances de dicho concepto (Muñoz Machado, 2017, p. 13-25).

La posición mayoritaria propone un concepto amplio de acto administrativo, definiéndolo como: «(...) la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.» (García de Enterría y Fernández, 2020, p. 591).

¹ El presente artículo se basa en el trabajo final presentado para obtener el grado de Máster en Derecho de las Administraciones Públicas en la Universidad Rey Juan Carlos. El autor desea expresar su agradecimiento a la Profesora Doctora Lucía Alarcón Sotomayor por las críticas y sugerencias formuladas como tutora de aquel trabajo. De igual modo, agradece los comentarios realizados por los revisores anónimos del presente texto.

En este contexto, al establecerse una clasificación de los diversos tipos de actos administrativos se contempla que éstos puedan ser clasificados como actos resolutorios (o definitivos) o como actos de trámite, en la medida en que éstos resulten preparatorios o instrumentales respecto de los actos resolutorios o definitivos. (García de Enterría y Fernández, 2020, p. 615).

De este modo, según una definición amplia del concepto de acto administrativo, los actos de trámite son una modalidad de éstos y, por lo tanto, le resultan aplicables las exigencias o requisitos comunes establecidos por la ley respecto de los actos administrativos (incluida su motivación), con la precisión de no ser impugnables de forma separada. (García de Enterría y Fernández, 2020, p. 617).

Una segunda posición propone una definición más estricta del acto administrativo, según la cual, deberá entenderse por acto administrativo «(...) toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.» (Bocanegra Sierra, 2012, p. 35).

Cabe mencionar en este punto que la caracterización de una cierta actuación de la Administración como *acto administrativo* parece exigir que posea relevancia o resulte decisiva en la configuración de la esfera de derechos de un administrado considerado individualmente, descartando esta calificación para aquellas otras actuaciones que no produzcan tales efectos².

Por lo tanto, para esta postura doctrinal, merecerán la consideración de acto administrativo, aquellas actuaciones formales de la Administración que, en ejercicio de una potestad de derecho público, tengan como finalidad determinar y configurar una específica e individualizada situación jurídica. Esta determinación exige que los actos administrativos se encuentren sujetos a un cierto régimen jurídico que sirva para alcanzar tal finalidad. Ese preciso régimen jurídico requiere, por tal razón, la debida motivación del acto administrativo.

Ahora bien, junto con los actos administrativos se ubican otras actuaciones de la Administración que resultan auxiliares, o serviciales respecto de aquellos, a los cuales se denomina *actos de trámite* los cuales, formando parte de un procedimiento, únicamente tienen por finalidad preparar, servir o contribuir a la formulación del acto administrativo objeto de dicho procedimiento.

En una expresión tan simple como concluyente, debemos tener presente que: «Actos de trámite son los que se producen durante la tramitación del procedimiento y que sólo tienen sentido, funcionalidad y efectos como piezas del mismo.» (Esteve Pardo, 2016, p. 228).

Desde ambas posturas doctrinales, se puede apreciar la diferente finalidad de los *actos administrativos* y de los *actos de trámite*, lo que implica un tratamiento normativo igualmente distinto, resaltando la aplicación de la regla de inimpugnabilidad autónoma, según la cual cualquier vicio que afecte a un acto de trámite solo podrá ser objeto de impugnación luego de la emisión del acto administrativo para el cual sirvió de antecedente, salvo que se produzca una situación de indefensión, entre otros supuestos, según lo establecido por el artículo 112.1 de la LPAC.

Así, podremos apreciar que lo relevante para definir el régimen de impugnación de las actuaciones formales de la Administración no será tanto que estemos frente a un acto administrativo o frente a un acto de trámite, cuanto que dicha actuación formal tenga la capacidad de afectar los derechos del administrado.

Lo más habitual será que los actos administrativos sean los que infrinjan una lesión al administrado, mientras que los actos de trámite no tendrán esa capacidad, salvo en la medida en que produzcan una afectación que no tolere demora para su impugnación, en cuyo caso dicha calificación perderá su sentido habitual respecto del administrado afectado. (Villar Escurra, 1978, p. 363).

Así, es posible apreciar cómo ciertas actuaciones formales de la Administración que no están originalmente configuradas como decisiones definitivas ni están estructuralmente determinadas para ello, pueden alcanzar la capacidad de configurar individualmente la situación jurídica de un administrado, de lo que se desprende la necesidad de su justificación y su impugnación. (Meilán Gil, 2011, p. 134).

Visto lo anterior se comprende que el acto de incoación del procedimiento sancionador sea calificado, correctamente, como un acto de trámite, pues se trata de la actuación formal que activa las exigencias procedimentales previstas para la determinación de la eventual existencia de una infracción administrativa y la atribución de responsabilidad correspondiente.

Sin embargo, consideramos que esta afirmación no debe ocultar el significado de algunas de sus consecuencias inmediatas. Sea que utilicemos un concepto amplio o estricto de acto administrativo, podemos

² Un concepto amplio de acto administrativo puede llegar a desvirtuar su finalidad (Muñoz Machado, 2017, p. 21).

apreciar la importancia que, en ciertos casos, pueden alcanzar aquellas decisiones formales destinadas a facilitar, permitir o adoptar el acto definitivo de un procedimiento.

Así, el acto de incoación produce efectos relevantes como la interrupción del plazo prescriptivo de la infracción imputada, determina el inicio del plazo de caducidad del procedimiento; sirve para garantizar el derecho a conocer la acusación; puede determinar la participación de otros interesados (Gosalbez Pequeño, 2012, p. 1393), entre otros efectos.

De este modo, aunque el acto de incoación es un acto de trámite, esta afirmación no debe ocultarnos la relevancia que puede alcanzar respecto de los derechos del imputado y, en su caso, de otros interesados, así como del interés público por la debida persecución de las infracciones administrativas, todo lo cual nos conduce a prestar atención a uno de los componentes más relevantes de su régimen jurídico, como es su motivación.

1.2. La motivación del acto de trámite

Sin perjuicio de las distintas perspectivas respecto de su calificación como requisito material o formal del acto administrativo, lo cierto es que la motivación del acto administrativo es un elemento esencial de su configuración legal y ha venido adquiriendo mayor importancia, trascendiendo el interés subjetivo del destinatario directo del acto y extendiéndose al conjunto de la sociedad. (Navarro González, 2017, p. 32-33).

A través de la motivación se hace cognoscible y debatible el proceso lógico que le ha permitido a la Administración arribar a una conclusión, puesto que:

«Lo que se exige de los órganos que adoptan decisiones jurídicas es que justifiquen sus decisiones, caracterizándose el razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a demostrar, acreditar o fundamentar tales decisiones» (Navarro González, 2017, p. 43).

El deber de motivación de los actos administrativos sirve para prevenir la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas al obligar a la autoridad a mostrar un razonamiento justificativo de sus decisiones (Fernández, 2008, p. 229-232); asegura la transparencia en el ejercicio de la función pública (Navarro González, 2017, p. 168-169); garantiza los derechos de los interesados en el acto administrativo, entre otros fines relevantes (García de Enterría y Fernández, 2020, p. 612).

Ahora bien, todas las referencias anteriores están dirigidas a fundamentar la necesidad y alcance del deber de motivación del *acto administrativo*, por lo que cabría preguntarse si son aplicables respecto del *acto de trámite*.

La exigencia de motivación del acto de trámite no puede depender, en nuestra opinión, de su calificación como una actuación destinada a facilitar la posterior emisión de un acto definitivo, pues esa perspectiva se limitaría a tener presente el momento procedimental de su emisión, lo que no ofrece ninguna conclusión relevante.

Tampoco resulta satisfactorio limitarnos a considerar su finalidad coadyuvante respecto de la decisión definitiva, pues resulta indispensable tener presente que un mismo acto puede resultar de trámite para un administrado mientras que puede resultar definitivo para otros administrados, como ocurre con la descalificación de un postor en los procedimientos de selección competitiva.

Descartadas estas perspectivas, la razón que justifica la exigencia de motivación de un acto de trámite se encuentra en su capacidad de incidir sobre los derechos de un administrado, sin perjuicio del momento procedimental en el cual se emita o su eventual irrelevancia para otros administrados participantes del mismo procedimiento, criterio establecido por el artículo 35.1. a) y h de la LPAC.

Si un acto de trámite tiene la capacidad de incidir en los derechos de un administrado, debe ser motivado en forma suficiente, sin que su eventual calificación como acto de trámite suponga una disminución de dicha exigencia (Navarro González, 2017, p. 63).

1.3. La impugnación del acto de trámite

La impugnación de los actos administrativos constituye una garantía esencial en el Estado Democrático de Derecho, como expresión de la sujeción de la actuación administrativa a los fines establecidos por el artículo 103.1 de la Constitución.

En el caso de los actos de trámite, su impugnabilidad se mantiene, aunque la ley retrasa su ejercicio hasta la emisión del acto definitivo. Esta regla, denominada de inimpugnabilidad autónoma:

«(...) obedece a un principio de concentración procedimental, evitando que el procedimiento administrativo pueda sufrir todas las vicisitudes y paralizaciones que pudieran derivarse de una paulatina y reiterada impugnación de cada uno de los actos de trámite que lo conforman.» (López Benítez, 2016, p. 90).

Esta regla encuentra una excepción cuando el acto de trámite posea la capacidad suficiente para afectar derechos de un administrado, de modo tal que no resulte razonable exigir la postergación de su impugnación, entendiéndose que:

«(...) la impugnación de los actos de trámite sólo puede ser directa y autónoma de la impugnación de la resolución definitiva en esos supuestos, esto es, cuando la ilegalidad en que pueda incurrir un acto de trámite no pueda ser adecuadamente cuestionada y solucionada a través del recurso contra el acto definitivo.» (Sánchez Morón, 2013, p. 840).

De esta manera, si el acto de incoación lesiona derechos o intereses del administrado imputado podrá ser objeto de impugnación inmediata si no es razonable que su reparación sea postergada hasta la emisión del acto definitivo en el respectivo procedimiento (García-Trevijano, 1993, p. 80).

1.4. El acto de incoación y su relación con el derecho a ser informado de la acusación

El acto de incoación es el instrumento que materializa el derecho fundamental a ser informado del contenido de la acusación, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución. (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 108).

Este derecho asegura que todo sujeto imputado tenga pleno conocimiento de las razones que han conducido al órgano competente a decidir el inicio de un procedimiento destinado a la determinación de su responsabilidad por la presunta comisión de una infracción administrativa, así como del conjunto de derechos procedimentales que le correspondan ante dicha situación³.

Se trata de una garantía fundamental que se deriva del más genérico derecho de defensa, en la medida en que no es posible defenderse de lo que no se conoce (STC 116/2007). Este derecho exige que el conocimiento por parte del imputado de la acusación en su contra, ocurra lo más pronto posible, conforme lo dispone el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El derecho a ser informado de la acusación implica que el acuerdo de iniciación deba ser la manifestación más completa posible del enjuiciamiento realizado por la Administración respecto de lo que considera como una posible infracción, y no un mero recopilatorio de hechos o informaciones no corroboradas o que carezca de la capacidad suficiente para fundamentar racionalmente las sospechas de la Administración.

Si el derecho a ser informado de la acusación demanda que esta información sea puesta en conocimiento del imputado a la brevedad posible, se desconocería su contenido si la Administración pudiera acogerse, de forma sistemática, a la excepción prevista en el artículo 64.3 de la LPAC, que permite remitir a un momento posterior la calificación jurídica de los hechos, a través del pliego de cargos, la que, por tal motivo, debe ser interpretada de manera restrictiva.

Así, el acto de incoación debe ser una decisión administrativa completa en todos sus elementos componentes y, por tal razón, autosuficiente para cumplir con trasladar al imputado una concreta y específica acusación, lo que se encuentra estrechamente vinculada con la exigencia de su debida motivación.

Si todo imputado en un procedimiento sancionador tiene derecho a ser informado de la acusación lo más pronto posible, ese derecho no se satisface con su cumplimiento meramente formal o ritual, sino que deberá respetarse un cierto y específico contenido que asegure cabalmente la comprensión de la imputación y permita el ejercicio del derecho de defensa (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 148).

En este sentido, la LPAC establece en su artículo 64.2.b) que el acuerdo de iniciación deberá contemplar: «Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.»⁴

El contenido del acuerdo de incoación deberá ser específico en la determinación de los hechos relevantes atribuidos al imputado (Nieto García, 2012, p. 500) así como en la interpretación jurídica de los mismos, aunque puedan variarse como consecuencia del desarrollo de las actuaciones de instrucción del respectivo procedimiento. (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 109-110).

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), Asunto C-500/2009, párrafos 37-39.

⁴ TJUE, Asunto C-819/2017 párrafos 141-142.

Si, como es lógico, la información para la determinación de la responsabilidad administrativa pueda modificarse como consecuencia del desarrollo de la instrucción, cierto es que el derecho de defensa del imputado debe implicar un grado significativo de inalterabilidad del contenido de la acusación sin audiencia previa del imputado. (Gómez Tomillo, 2012, p. 315).

Los hechos que motivan la incoación deben ser expuestos de forma clara e inteligible y encontrarse acreditados de forma suficiente. A la Administración no le bastará con hacer alusión a un hecho relevante, sino que deberá indicar el medio a través del cual es racionalmente demostrable y ofrecer al imputado el conocimiento de la prueba de cargo para su correspondiente debate. La simple mención de los hechos relevantes sin que hayan sido debidamente acreditados, coloca al imputado en una posición de indefensión al tener que demostrar, en la práctica, que tal hecho no ocurrió⁵.

La posible calificación de los hechos como constitutivos de una infracción administrativa debe ser la manifestación de un juicio de subsunción, mediante el cual los hechos relevantes seleccionados por la Administración terminan acoplándose a la norma tipificadora de una infracción administrativa. Se trata de exhibir un razonamiento que, partiendo de los hechos relevantes identificados y probados, pueda arribar a una conclusión provisional, ciertamente, sobre la comisión de una infracción administrativa atribuible al imputado, es decir, se exige una motivación suficiente, que explique cómo la conducta del imputado afectó una norma en particular (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 118-119).

No satisface esta exigencia la simple referencia a que ciertos hechos, en abstracto, configuran una infracción, igualmente abstracta, pues tratándose de una acusación que podría tener consecuencias negativas respecto del imputado, tal acusación debe ser subjetivamente individualizable, como lo exige el principio de culpabilidad (De Palma del Teso, 1996, p. 65).

Las sanciones que pudieran corresponder son la consecuencia de la determinación de la infracción imputada. Si el legislador ha cumplido con el mandato de tipificación de infracciones y sanciones, la Administración tendrá facilitado el cumplimiento de esta exigencia en la medida en que le bastaría con indicar el rango de la sanción aplicable, dependiendo de su calificación como infracción leve, grave o muy grave, la que, necesariamente, deberá estar contemplada en el acto de incoación, como expresión de la identificación de la infracción. Por el contrario, requerirle a la Administración al momento del inicio del procedimiento, la determinación, más o menos, exacta de la sanción aplicable dentro del rango legamente establecido, podría resultar de un rigor exagerado, en la medida en que supondría que la Administración tenga ya disponible prácticamente toda la información relevante cuando aún no se ha iniciado la instrucción del procedimiento, generándose el riesgo de una graduación de la sanción distinta de los rangos mínimos que, objetivamente, la conducta infractora (una vez concluida la instrucción) pueda ameritar.

Como hemos indicado anteriormente, el contenido de la acusación puede variar en el transcurso del procedimiento siempre que el imputado sea informado y pueda defenderse también de los cambios introducidos⁶. El derecho a ser informado de la acusación no se agota con la notificación del acto de incoación del procedimiento sancionador, en la medida en que la instrucción del mismo puede, eventualmente, dar ocasión a la variación de los términos de la acusación⁷. Si la Administración tomara conocimiento de nuevos hechos relevantes, o si quisiera modificar, en cualquier sentido, la calificación de los mismos, o la determinación de la sanción a aplicar, la validez de esta variación está sujeta, necesariamente, al otorgamiento, lo más pronto posible, de audiencia previa del imputado, sin la cual, tal variación resultaría inconstitucional (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 159).

Dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, el trámite de audiencia al imputado no debería esperar hasta el momento de la notificación de la propuesta de resolución, sino que la misma debe producirse lo más pronto posible, conforme lo exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de manera tal que resultaría contrario a esta disposición, que la Administración, de forma oportunista, retarde injustificadamente la puesta en conocimiento de la variación de la imputación. (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 141).

Como corolario de esta exposición, se puede afirmar la función decisiva que cumple la motivación del acto de incoación del procedimiento sancionador. El acto de incoación debe poder transmitir una acusación específicamente elaborada, dirigida precisamente a un sujeto en particular por ciertos hechos concretos y

⁵ TJUE, Asunto C-93/13 P y C-123/13 acumulados, párrafo 96.

⁶ STC 116/2007.

⁷ TJUE, Asunto C-433/2009, párrafo 71.

determinados, todo lo cual se articula técnicamente a través de la motivación del acto de incoación, en especial, cuando se le impone el deber de calificar jurídicamente aquellos hechos relevantes.

La motivación del acto de incoación aparece como una exigencia fundamental para la protección de los derechos del imputado y, también, de la protección del interés general, cuyo resguardo corresponde a la Administración.

2. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Luego de analizar al acto de incoación como acto de trámite y su incidencia respecto del derecho a ser informado de la acusación, nos enfocaremos en el análisis de ciertas situaciones en las que una defectuosa motivación del acto de incoación puede afectar los derechos de los sujetos intervinientes en el procedimiento sancionador.

2.1. La motivación del acto de incoación que se sustenta en actuaciones inspectoras

Es usual que el inicio de un procedimiento sancionador se encuentre sustentado en las actuaciones inspectoras y recogidas en las correspondientes actas. La determinación del valor probatorio de las actas de inspección ha sido considerado como una de las cuestiones más relevantes de su régimen legal (Fernández Ramos, 2002, p. 461) y, a pesar de la amplia discusión que se ha sostenido al respecto, subsisten posiciones encontradas que arriban a conclusiones diferentes.

Una primera postura se decanta por reconocer a las actas de inspección una calificación especial habiéndose generalizado el uso del término presunción de certeza o veracidad (Cano Campos, 2013, p. 224). Esta postura reconoce la legitimidad de la atribución legal de presunción de certeza o veracidad al contenido del acta y la conecta con el principio de eficacia de la Administración así como a la presunción de validez del acto administrativo (Rivero Ortega, 2000, p. 205-206).

Una segunda postura rechaza la aplicación de la presunción de veracidad y propone considerar que las actas de inspección poseen únicamente valor probatorio y que, conforme a las reglas de la sana crítica, sea uno más de los medios probatorios que deba valorarse en un procedimiento sancionador (Fernández Ramos, 2002, p. 474-475).

Cuando se afirma el carácter de presunción de veracidad que acompañaría a las actas de inspección, parece desprenderse la creencia en un modelo de prueba tasada, es decir, en la existencia de un mandato legal que dispone que ciertos medios probatorios deben ser considerados como acreditativos de los hechos que, por su intermedio se busca demostrar, sin que la existencia de otros medios probatorios pueda servir para fundamentar su contradicción.

Las versiones más extremas de un modelo de prueba tasada deben ser consideradas superadas dando paso hacia un sistema probatorio estructurado en la libre valoración de la prueba, donde es el juzgador quien, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, debe apreciar en su conjunto la totalidad de los medios probatorios aportados y valorarlos conjuntamente, sin privilegiar ni sobreestimar uno sobre otro, exponiendo en sus decisiones los motivos por los cuales determinado medio probatorio generó en él una cierta convicción (Taruffo, 2005, p. 387).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico admite diversas manifestaciones de estos modelos o regímenes generales de valoración de la prueba y, en el caso específico del procedimiento administrativo, podremos apreciar sin dificultad algunos ejemplos de este tratamiento diferenciado (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 413).

Así, la Ley 39/2015, artículo 77.5, –que es la ley estatal y general en nuestro ordenamiento– establece la siguiente regla:

«Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario»⁸.

⁸ El artículo 137.3 de la Ley 30/1992 señalaba: «Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios administrados».

Como puede apreciarse, esta norma no establece una presunción o directiva interpretativa que la Administración deba seguir respecto de las actas de inspección o de cualquier otro documento elaborado por la propia Administración, limitándose a señalar que harán prueba de los hechos constatados.

Una situación distinta la encontramos en el artículo 151.8 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, que señala que:

«Los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.».

Esta norma reconoce algo distinto en las actas de inspección que su simple valor probatorio y esa presunción de certeza deberá ser algo distinto de aquello que le correspondería por la aplicación de la norma común del procedimiento administrativo⁹. Ese plus que la Ley añade es, precisamente, la presunción de certeza que, como contenido mínimo, debe ser entendida como una directriz al juez sobre cómo debe valorar a un medio probatorio en particular (Cano Campos, 2013, p. 230).

Se aprecia así que el ordenamiento jurídico admite que las actas de inspección puedan venir configuradas como medios de prueba con alcances diversos según el ámbito material en que sean aplicadas.

Frente a este panorama normativo, la doctrina ha expuesto dos posibles interpretaciones: la primera, que la regla de la Ley 39/2015 ha establecido, en general, la presunción de veracidad de las actas de inspección; la segunda, que la regla de la Ley 39/2015 fija simplemente el valor probatorio de las actas de inspección y que otras leyes podrán fijar la presunción de certeza o veracidad para las actas de inspección correspondientes en ciertos regímenes especiales.

La primera de estas posibilidades no tiene, en nuestra opinión, posibilidades de prosperar. Así, discrepamos de la posición que sostiene que el régimen general del procedimiento administrativo consagra la presunción de veracidad de las actas de inspección, criterio que estaría ratificado por lo establecido en diversas normas sectoriales que, ellas sí, fijan literalmente una presunción de certeza o de veracidad (Barrero Rodríguez, 2003, p. 349-350; Blanquer Criado, 2018, p. 775).

El principal problema de posición es que afirma la misma conclusión respecto de dos normas que son, literalmente, diferentes en tanto que en una se utiliza la expresión «harán prueba», mientras que en otra se utiliza la expresión «presunción de certeza» (Fernández Ramos, 2002, p. 480).

Resulta claro advertir el distinto alcance de una y otra expresión: mientras que con la expresión «harán prueba» se afirma que lo establecido en el acta se podrá incorporar en el procedimiento respectivo y servir para acreditar un hecho, con la expresión «presunción de certeza», a la acreditación de un hecho se le añade una característica que no es común a otros medios de prueba¹⁰ y que tiene como consecuencia que los hechos así acreditados deberán entenderse veraces o ciertos, salvo que otras pruebas lo refuten (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 415).

Debe quedar claro que el acta de inspección no es una manifestación de denuncia informativa sino un documento público que sirve para demostrar la ocurrencia de un hecho, el cual quedará así acreditado, a diferencia de los casos en que los particulares simplemente ponen en conocimiento de la autoridad administrativa diversas situaciones para su posterior verificación o comprobación, de ser el caso.

Por lo tanto, «harán prueba» y «presunción de certeza» son expresiones que se refieren a consecuencias legales diferentes que no es posible equiparar.

De esta manera, podemos señalar que cuando la regla legalmente establecida fije únicamente que las actas de inspección harán prueba se deberá entender que las actas se incorporarán en el expediente administrativo correspondiente y que se someterán a las reglas de valoración conjunta, al igual que todos los demás medios probatorios que hayan sido debidamente incorporados. Por otro lado, cuando una norma legal fije su presunción de certeza, el acta de inspección no sólo se incorporará en el expediente administrativo como ocurrirá con cualquier otro medio probatorio, sino que lo hará en una situación particular, pues lo recogido en ella se presumirá cierto, aunque esa certeza podrá ser refutada.

⁹ Refiriéndose a la anteriormente vigente Ley 30/1992, Cano Campos (2013, p. 224).

¹⁰ Basta para ello comprobar que las declaraciones de un testigo podrán ser utilizadas para probar pero no se le otorga un determinado valor o peso en el enjuiciamiento que deben realizar las autoridades competentes.

Establecidos los términos en que debemos entender el valor probatorio de las actas de inspección cabe preguntarnos acerca de cuáles son las consecuencias que estas calificaciones legales tienen respecto de la decisión de inicio del procedimiento sancionador.

En nuestra opinión, cuando la ley establezca que las actas de inspección «hagan prueba» el órgano competente para decidir el inicio de un procedimiento sancionador valorará lo recogido en ella tratándola como a cualquier otro medio de prueba disponible.

Por el contrario, en el caso que las actas de inspección estén cubiertas legalmente de una presunción de certeza se deberá tener en cuenta que tendrá que considerarse como cierto su contenido y, en consecuencia con esa certeza, decidir, sin perjuicio de la existencia de otros medios probatorios que cuestionen lo establecido en las actas de inspección.

En un ejemplo extremo, si no existiera otro medio probatorio y el órgano que decide el inicio del procedimiento sancionador sólo tuviera ante sí un acta de inspección que, cumpliendo todas las exigencias formales y materiales para su elaboración, acredita razonablemente la existencia de hechos que podrían significar la comisión de una infracción, la Administración deberá seguir la calificación legal y, en consecuencia, disponer el inicio del procedimiento sancionador.

De este modo, podemos afirmar que el régimen normativo que regula el valor probatorio de las actas de inspección se configura en dos niveles: el primero, uno de orden básico y general, configurado por el artículo 77.5 de la LPAC, que le otorga valor probatorio el segundo, configurado por las normas especiales que así lo reconozcan, pueden otorgarle, además, una presunción de certeza.

No resulta procedente, en nuestra opinión, realizar una afirmación general sobre el valor probatorio de las actas de inspección pues éste podrá ser simple o reforzado, dependiendo de la existencia de una norma especial que le otorgue el plus de la presunción de certeza, en cuyo caso se presentarán los problemas de su ajuste constitucional respecto del derecho a la presunción de inocencia.

Una vez que hemos apreciado que las actas de inspección pueden estar configuradas legalmente con una presunción de certeza, corresponde analizar cuáles son las consecuencias que dicha presunción puede originar cuando sea confrontada con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, aplicable también en el procedimiento sancionador.

Quienes sostienen que la presunción de certeza de las actas de inspección lesiona el derecho a la presunción de inocencia afirman que:

«(...) en la medida en que la presunción de certeza conlleva que el imputado tiene la carga de probar que los hechos reflejados en las actas y similares son irreales y que éstas se convierten en pruebas tasadas, puede afirmarse que lesiona la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador.» (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 431).

Las causas de la afectación a la presunción de inocencia serían dos: la inversión de la carga de la prueba y el carácter tasado de la valoración del acta de inspección.

Por el contrario, quienes defienden que la presunción de certeza no afecta la presunción de inocencia afirman que no existe inversión en la carga de la prueba, responsabilidad que sigue recayendo en la Administración (Cano Campos, 2013, p. 232) y que la presunción de certeza no implica la imposición legal de una consecuencia inmodificable, es decir, el acta de inspección aunque goce de una presunción de certeza seguirá siendo un medio probatorio sujeto al debate correspondiente a la valoración que, en conjunto, realice la autoridad administrativa que debe decidir el inicio del procedimiento (Cano Campos, 2013, p. 232-233).

Veamos estos problemas empezando por la posible inversión de la carga de la prueba. Mediante la expresión carga de la prueba nos referimos a la determinación de la responsabilidad de probar ciertos hechos (aspecto subjetivo o formal) así como de las consecuencias de su ausencia (aspecto objetivo o material) (Barrero Rodríguez, 2003, p. 187).

En el ámbito del Derecho Administrativo esta determinación estará condicionada por la naturaleza de los procedimientos en los que deba aplicarse en el caso del procedimiento sancionador, la Administración tiene asignada la responsabilidad de demostrar la responsabilidad del presunto infractor. El artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015 lo establece con precisión.

Que las actas de inspección dotadas de presunción de certeza, permitan la imposición de una sanción administrativa no implica que se haya trasladado la carga de la prueba al imputado, pues la Administración sigue manteniendo el deber de acreditar la existencia de hechos infractores, lo cual no sólo deberá realizarse al momento de la configuración del acto sancionador sino que también es exigible respecto del acto de inicio del procedimiento sancionador, en la medida en que la presunción de inocencia dejaría de tener

el sentido de protección que subyace a su configuración, si resultara admisible que la Administración fuera libre de imputar cualquier hecho como una infracción, trasladando al administrado así imputado, la carga de demostrar su inocencia.

Si bien es cierto que: «(...) basta con que se aporte un acta de inspección al procedimiento sancionador para que concurra una prueba de cargo suficiente para sancionar.» (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 426), debe tenerse presente que, para que se pueda entender que un acta de inspección sirve para acreditar un hecho, deberá cumplir una serie de exigencias y requisitos de carácter legal, reglamentario y técnico (Fernández Ramos, 2002, p. 480-487), que servirán para acreditar la conducta del administrado y que, posteriormente, permitirán determinar, al nivel indiciario que corresponde, la probable existencia de una infracción.

Así, debe tenerse presente que el acto de inicio del procedimiento sancionador ha de ser suficientemente motivado tanto en sus elementos fácticos como jurídicos, por lo que la Administración deberá exteriorizar las razones de su decisión satisfaciendo, así, las exigencias derivadas de la carga de la prueba de sus afirmaciones. Como lo hemos señalado, el derecho a ser informado de la acusación impone el deber de trasladar al imputado los hechos –y las pruebas que los acrediten– que puedan entenderse comprendidos en una infracción. Sólo cumplidos estos requisitos la Administración habrá cumplido con las exigencias de la carga de la prueba.

De esta manera, la atribución de presunción de certeza a las actas de inspección no releva a la Administración del deber de desarrollar las actuaciones materiales necesarias para acreditar el cumplimiento de los deberes del sujeto administrado. En ningún momento, ninguna norma le permite a la Administración exonerarse del deber de aportar prueba suficiente de sus propias afirmaciones, basándose en la presunción de certeza que una ley le otorgue a las actas de inspección.

Así, la presunción de certeza de las actas de inspección no afecta la atribución de la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores ni tiene capacidad de lesionar el derecho a la presunción de inocencia del imputado.

Abordemos ahora la segunda objeción, aquella que sostiene el carácter de prueba tasada de las actas de inspección que gozan de presunción de certeza.

La principal objeción que se formula a la presunción de certeza alude a la imposibilidad de someter a las actas de inspección que estén cubiertas por dicha presunción a una valoración racional, como ocurre con cualquier otro medio probatorio (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 428). Por el contrario, si fuera posible controvertirla entonces el acta de inspección no se distinguiría de los otros medios probatorios y, en ese contexto, la presunción de certeza carecería de cualquier contenido (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 431).

Que el acta de inspección pueda ser controvertida mediante otros medios probatorios es una regla jurídica recogida en la práctica totalidad de las normas que la reconocen. La cuestión parece centrarse, en determinar si el carácter controvertible del acta de inspección implica que la presunción de certeza carece de un contenido particular o especial, más allá de su reconocimiento como medio probatorio.

Como ya lo hemos señalado, las actas de inspección son medios probatorios cuyo contenido, bajo ciertas condiciones, se presume cierto, es decir, que deberá entenderse que demuestra la existencia de aquello que afirma, sin perjuicio de ser confrontada con otros medios probatorios y refutada en sus conclusiones (Cano Campos, 2013, p. 229-230).

A diferencia de las pruebas presentadas por los administrados, que no generan de forma inmediata ninguna convicción en el juzgador, como consecuencia de la presunción de certeza, ante un acta de inspección el juzgador deberá acomodar la valoración probatoria ante la certeza legalmente establecida, aun cuando sea posible revertirla con otros medios probatorios. Por ejemplo: un correo electrónico aportado como medio probatorio por un administrado no genera, por sí mismo, ningún grado certeza a la Administración, sin perjuicio de que sea objeto de valoración junto con todos los otros medios probatorios aportados; por el contrario, si esa misma Administración ve incorporado en el expediente un acta de inspección que registra o constata la existencia de un correo electrónico, deberá presumir que su contenido es cierto, sin perjuicio del posterior debate y valoración conjunta de todo el acervo probatorio existente.

De este modo, cuando se fija legalmente la presunción de certeza de las actas de inspección, lo que la ley determina es que el juzgador: «(...) tendrá por probado los hechos que constituyen las consecuencias jurídicas de esas normas, sin que sea necesario, en consecuencia, desarrollar un esfuerzo probatorio adicional» (Hunter Ampuero, 2017, p. 249), reduciendo –pero no eliminando– la exigencia de actividad probatoria por parte de la Administración.

Así, será en la inexigibilidad de un esfuerzo probatorio adicional donde podamos encontrar ese valor distintivo que la ley le otorga a la presunción de certeza y que implica una posición más fuerte que el simple valor probatorio propio de cualquier medio de prueba constitucionalmente aceptable.

Mientras la presunción de certeza determina la probanza de un hecho (el cual podrá ser refutado), el valor probatorio únicamente nos advierte de la idoneidad para probar un hecho, lo que sólo ocurrirá, en forma definitiva, al término de la actuación conjunta de todo el acervo probatorio.

Ahora bien, la presunción de certeza está habitualmente configurada como una presunción legal derrrotable, es decir, la conclusión derivada de dicha presunción, puede ser controvertida y, bajo determinadas circunstancias, la autoridad que la valore podrá arribar a una conclusión distinta de la prevista inicialmente por la ley (Hunter Ampuero, 2017, 267).

En este sentido, es preciso señalar que la fuerza probatoria del acta de inspección no proviene de la valoración que de ella haga la Administración o el juez, sino del mandato de la ley (Cano Campos, 2013, p. 225) –sin perjuicio que deban verificar que haya cumplido con todos los requisitos legales–, por lo tanto, una vez verificados dichos requisitos, ésta adquiere un peso determinado en el proceso cognitivo de valoración probatoria, peso que no proviene de las reglas y directivas de la sana crítica –aunque se funde en ellas– sino del mandato de la ley que así lo establece.

Este valor probatorio no impone, de forma ineludible, una consecuencia determinada. Lo único que hace –aunque no es poca cosa, ni mucho menos– es imponer un determinado peso a la valoración probatoria que deberá realizar el juzgador, que, además, es únicamente relativo, no absoluto, y no impide que pueda ser controvertido.

Y la contradicción del acta de inspección se sujetará a criterios de racionalidad y ponderación propios de la sana crítica, ya que:

«(...) la fuerza probatoria legal de las actas de inspección no impiden una valoración racional y razonable de las pruebas practicadas, pues con dicha norma el legislador no hace más que consagrar o positivizar una máxima de experiencia que es razonable y no resulta arbitraria, y nada impide (...) que el juez alcance una solución distinta a la que se deduce del acta en una apreciación conjunta –con arreglo a criterios lógicos y racionales– de todas las pruebas practicadas.» (Cano Campos, 2013, p. 233).

Por las razones expuestas, no creemos que:

«Aunque el resolutor aprecie que el acta es incierta o insuficiente para acreditar la realización de la conducta o la participación del imputado, deberá darla por verdadera y sancionar si ésta no ha probado que refleja hechos irreales (...)» (Alarcón Sotomayor, 2007, p. 427).

puesto que, en tales supuestos, no se habrían cumplido las exigencias legales o reglamentarias para, precisamente, servir a los fines probatorios que se esperan del acta de inspección (Fernández Ramos, 2002, p. 486).

En este sentido, podríamos señalar que las actas de inspección se sujetan, en primer lugar, a un control interno, que tiene por objeto la verificación de las condiciones legales para su elaboración¹¹. Únicamente cuando tales requisitos se hayan cumplido, el acta podrá adquirir la presunción de certeza que el ordenamiento le haya otorgado.

En este escenario se daría la ocasión para ejercer un segundo tipo de control, que podríamos denominar externo, donde el acta de inspección será sometida a valoración conjunta con el resto del acervo probatorio existente y que, eventualmente, podrá desplazar a la presunción de certeza que posee el acta de inspección.

En aplicación de lo expuesto, podemos señalar que corresponde al órgano que decide el inicio del procedimiento sancionador, analizar si un acta de inspección cumple o no con los requisitos para alcanzar la presunción de veracidad que la ley le haya podido otorgar. Si no se cumplen, entonces el acta de inspección no podrá gozar de tal presunción e, incluso, perdería su valor probatorio por tratarse de un documento público elaborado con infracción a las disposiciones formales que lo regulan. Por el contrario, si el acta de inspección ha cumplido con observar los requisitos establecidos, entonces sí podrá merecer la presunción de veracidad que le otorga la ley.

En ambos casos, se deberá exhibir un análisis específico respecto del acta de inspección como parte de la motivación del acto de incoación de un procedimiento sancionador, o de la decisión que deniega su inicio.

De esta conclusión se desprende que resultaría inconstitucional que la decisión de inicio de un procedimiento sancionador resultara de la aplicación acrítica o automática de un acta de inspección, en la medida

¹¹ Sobre los requisitos de las actas de inspección (Blanquer Criado, 2018, p. 837-892).

que convertiría al acta de inspección en una prueba prácticamente incontrovertible, que dificultaría innecesariamente la defensa del imputado (Fernández Ramos, 2002, 486).

2.2. La motivación del acto de incoación que se aparta de la denuncia presentada por un interesado

El tratamiento normativo del inicio del procedimiento sancionador es una cuestión respecto de la cual la LPAC ha seguido la estela fijada por normas anteriores: el procedimiento sancionador se inicia de oficio, independientemente de la forma como se haya adquirido conocimiento de la existencia de una posible infracción. En el caso de existir una denuncia, ésta no otorga a quien la haya presentado la condición de sujeto interesado en el procedimiento.

Esta continuidad en el tratamiento legislativo contrasta con el renovado interés académico que se aprecia sobre la figura del denunciante, que ofrece nuevas luces para afrontar el problema sobre la función que pueden desarrollar otros sujetos interesados, distintos del presunto infractor, en el procedimiento sancionador.

Cuando una ley establece una sanción administrativa, lo hace con la finalidad de contribuir a la protección de un objetivo de interés general (Nieto García, 2012, p. 100), siendo que tales objetivos pueden, además, verse concretados, con mayor o menor precisión, en una posición individualizada o, más específicamente, en un derecho subjetivo (Lozano Cutanda, 2016, p. 421).

A partir de esta constatación consideramos que puede enfrentarse el problema respecto del reconocimiento de un sujeto interesado distinto del imputado en el procedimiento sancionador. Para ello será necesario tener claramente identificados los conceptos de *denunciante* y de *interesado* en el procedimiento sancionador.

Denunciante es quien pone en conocimiento de la Administración información sobre la posible comisión de una infracción, sin que sea requerida ninguna exigencia particular para que esa comunicación merezca la calificación jurídica de denuncia.

Interesado es el sujeto que puede verse afectado, de forma positiva o negativa, con lo que se decida en el procedimiento, independientemente que haya iniciado o no el respectivo procedimiento, conforme lo disponen los apartados a) y b) el artículo 4.1 de la LPAC. De esta manera, interesado es el sujeto de derecho que pueda demostrar que la decisión administrativa que se vaya a adoptar en un cierto procedimiento administrativo, tiene la capacidad, real o potencial, de afectar cualquiera de las posiciones jurídicas de las que sea titular, perjudicándole o beneficiándole.

Aunque estas categorías no se implican mutuamente, sí pueden convivir en un mismo sujeto que podrá ser denunciante e interesado si, además de presentar la denuncia, puede demostrar que el resultado del procedimiento sancionador incidirá en su esfera de derechos.

El reconocimiento de un interesado en el procedimiento sancionador distinto del imputado ha sido una cuestión que, durante largo tiempo, había sido desestimada por la jurisprudencia en la medida en que:

«La pretensión de la defensa de la legalidad (...) requiere, en el ámbito que nos afecta del derecho administrativo, de una específica y concreta habilitación (...) debiendo recordarse que el poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que es quien tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora (...) y, por consiguiente, sólo la Administración tiene un interés tutelado por el Ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado; lo contrario implicaría sustituir a la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora.»¹²

Este criterio, que podemos calificar de tradicional (Rebollo Puig, 1993, p. 235), se ha ido abriendo a la posibilidad de reconocer la legitimación de interesados distintos del imputado y de la Administración en el procedimiento sancionador, según se puede apreciar en los términos expuestos por la STS 494/2019.

Así, la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que en los procedimientos sancionadores puede concurrir un interesado distinto del imputado, siempre que pueda demostrar la titularidad de un interés legítimo, el cual puede ser definido como el conjunto de posiciones jurídicas que podrían verse afectadas, de manera positiva o negativa, de modo real o potencial, como consecuencia de la decisión administrativa que se adopte ante la existencia de una denuncia administrativa o de un procedimiento sancionador ya formalmente iniciado.

Se admite que existe legitimación cuando de la decisión administrativa se pueda desprender el reconocimiento de daños o la determinación de un derecho a una indemnización y, por extensión, de afectaciones

¹² STS 344/2018, fundamento jurídico 7.

de carácter patrimonial¹³, lo que incluye la impugnación de la decisión de archivar una denuncia, en la medida en que tal archivo implicaría que esa cuestión jurídicamente relevante no sería conocida por la Administración (Belando Garín, 2017, p. 419; Rebollo Puig, 2015, p. 427), criterio ratificado recientemente por la STS 1127/2021. En todo caso, es igualmente consistente la posición que sostiene que ese interés legítimo no comprende la invocación del interés moral (STS 494/2019).

Recientemente se ha llamado la atención por la inconsistencia de este último criterio, especialmente por los efectos desfavorables que genera respecto de un correcto ejercicio de las potestades públicas y de la protección de los intereses públicos, reclamándose una mayor apertura hacia el reconocimiento del interés moral para la impugnación de las actuaciones en el procedimiento sancionador (Sahún Pacheco, 2020; Sendín García, 2019).

Ahora bien, para que el interés moral no se confunda con una legitimación abstracta o acción popular (Cuesta Revilla, 2014, p. 439) siempre se requeriría ese plus de afectación individual para justificar la posibilidad de la intervención de tal interesado.

El caso del afectado por la infracción administrativa bien puede configurar tal interés moral, independientemente de que del procedimiento sancionador se pueda desprender o no, una concreta consecuencia favorable (Fernando Pablo, 2014, p. 1553). Un ejemplo particularmente relevante es el de los procedimientos disciplinarios en materia de acoso sexual o laboral, donde la víctima no tiene reconocida tal condición (Gómez Colomer, 2017).

El reconocimiento de la legitimación de la víctima de una infracción administrativa introduciría un mecanismo de control sobre la actuación de la Administración, al permitir la posibilidad de que una decisión ilegal que beneficie al infractor pueda ser revisada, asegurando la correcta aplicación de la ley (Sahún Pacheco, 2020) y, con ello, de la protección del interés general (Sendín García, 2019, p. 341).

De este modo, no solo serán protegidos los intereses materiales de los afectados por una infracción administrativa, sino que también los intereses morales encontrarán protección, sin dejar de resaltar que se produciría un mecanismo idóneo para fomentar el mejor funcionamiento de la Administración, sin que nada de ello suponga poner en peligro los igualmente legítimos intereses de los presuntos infractores, cuyos derechos procedimentales no se ven alterados ni afectados en absoluto.

Esta es la razón por la cual consideramos que negar el reconocimiento de la condición de interesado en un procedimiento sancionador a quien invoque únicamente un interés moral, constituye una interpretación restrictiva del concepto de interés que tendrá como efecto limitar los derechos de participación en el procedimiento de sujetos interesados distinto del imputado.

De este modo, la decisión de rechazar una denuncia o denegar la intervención del afectado por una infracción en el respectivo procedimiento sancionador, requiere contar con una motivación suficiente para evitar que pueda configurarse como un acto lesivo de los derechos de otros sujetos interesados distintos del imputado.

2.3. La motivación del acto de incoación en el caso de procedimientos sancionadores que pueden o deben ser publicitados por mandato legal

El deber de informar o publicitar la incoación de un procedimiento sancionador no forma parte del régimen general previsto por la Ley 39/2015, apareciendo únicamente en algunas normas sectoriales. Por el contrario, lo que se encuentra expresamente establecido es la imposibilidad de acceder a datos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora, cuando este acceso pueda afectar, según el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, el correcto ejercicio de la misma.

Como lo hemos indicado, tradicionalmente sólo se ha admitido la participación de la Administración y del imputado en el procedimiento sancionador. De este modo, si los únicos intereses actuantes en el ejercicio de la potestad sancionadora están asignados a las Administraciones y a los imputados, no se configuraba un contexto propicio para fomentar la publicidad de las actuaciones sancionadoras de la Administración (Huergo Lora, 2021, p. 137-138).

Por otro lado, las exigencias de publicidad, transparencia y acceso a la información en poder de la Administración únicamente se han configurado como auténticos derechos subjetivos en tiempos relativamente recientes. Es preciso tener presente que el derecho de acceso a la información pública contempla una faz reactiva,

¹³ Un claro ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 75.º de la Ley de Defensa de la Competencia.

conformada por la respuesta ante la solicitud formulada por un ciudadano. Esta situación deja a la iniciativa de los ciudadanos la difusión de la información en posesión de las Administraciones Públicas lo que, ciertamente, no parece ser la forma más satisfactoria para salvaguardar los objetivos de transparencia y buen gobierno.

Desde otra perspectiva, podemos apreciar que la Ley 19/2013, regula la publicidad activa como un deber general de la Administración Pública buscando superar las limitaciones de un régimen meramente reactivo. Es decir, a través de la publicidad activa se coloca la responsabilidad de fomentar, permitir y facilitar el acceso a la información pública, a través de actuaciones positivas de la propia Administración (portales institucionales, difusión, publicaciones obligatorias, etc.).

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso señalar que la Ley 19/2013 no incluye dentro de los alcances de la publicidad activa, la difusión de información relativa al ejercicio de la potestad sancionadora, en general, ni del caso específico del inicio de un procedimiento administrativo sancionador en particular.

La protección de los datos personales ha sido una preocupación social y política que ha experimentado importantes progresos y ello se manifiesta, por ejemplo, con la entrada en vigencia del Reglamento General de Protección de Datos en el ámbito de la Unión Europea.

El incremento de la capacidad de acceso, tratamiento y almacenamiento de la información personal a consecuencia del desarrollo tecnológico ha traído una significativa preocupación por su capacidad de afectar los derechos de los ciudadanos. La discusión en torno al derecho al olvido en internet es una muestra del desarrollo de una serie de preocupaciones e intereses en competencia.

A lo anterior habría que añadir la protección que ofrece el derecho a la presunción de inocencia. Es una cuestión bastante evidente que el sólo hecho de ser imputado como infractor trae consigo el descrédito asociado al desvalor atribuido a dicha conducta.

Así, es plausible sostener que la confluencia de las diversas razones expuestas ha servido para justificar mantener fuera del alcance del conocimiento público las decisiones administrativas referidas a la incoación de un procedimiento sancionador.

Esta conclusión general encuentra, sin embargo, algunas excepciones cuyo estudio nos permitirá aproximarnos a las razones que podrían justificar que se pueda dar a conocer el inicio de procedimientos sancionadores.

En atención a lo anteriormente expuesto, cabe preguntarnos qué razones podrían sustentar establecer una excepción a la regla de la no publicidad del acto de incoación de un procedimiento sancionador, como lo hacen el artículo 37.1 m) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el artículo 313 quinquies del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Para abordar esta pregunta consideramos útil referirnos a un problema distinto, como es el de la publicidad de las sanciones, con la intención de encontrar referencias razonables que nos permitan resolver el problema planteado.

En el caso de las sanciones que, por mandato legal, son objeto de publicidad nos encontramos con un acto administrativo definitivo, que goza de la presunción de su validez con el ordenamiento (Rebollo Puig, 2005; Cano Campos, 2020) y que ha definido, en un caso particular, la situación jurídica de un administrado que, ahora, es un administrado sancionado.

Esta es una situación cualitativamente distinta a la que se refiere el acto de incoación, evidentemente. Es una situación en la que ya existe una certeza administrativa acerca de la comisión de una infracción, la que, sin embargo, aún podrá ser objeto de control jurisdiccional. Este pronunciamiento administrativo ha tenido como consecuencia destruir la presunción de inocencia y, por lo tanto, el administrado se encuentra en una posición menos protegida ante las consecuencias afflictivas que se derivan de la sanción impuesta, encontrándose en el deber de soportarlas.

Las razones que habitualmente se exponen para justificar la publicidad de cierto tipo de sanciones administrativas pueden identificarse en el carácter disuasivo de la publicación de una sanción (Huergo Lora, 2010, p. 938), en la información a los participantes de un mercado o sector específico (Martín Retortillo, 1991, p. 163) y, tal vez, como resultado de ambas, la promoción de una conducta adecuada a los fines de las normas protegidas por las leyes sancionadoras¹⁴.

En contrapeso a la difusión de las sanciones, se han señalado algunos problemas u objeciones que deben ser atendidos y que justifican la anonimización de la información difundida, el retraso o, incluso, la no publicación de la sanción administrativa.

¹⁴ Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, párrafo 146.

El más importante de estos problemas es el carácter indefinido en el tiempo que los efectos «ejemplarizantes» de una publicación puede alcanzar. Lo anterior conduce, directamente, a la posibilidad de generar un daño desproporcionado en derechos vinculados al honor (de las personas naturales) o la reputación (también aplicable a personas jurídicas) o daños a los intereses protegidos.

Ahora bien, ¿estas razones pueden servir, también, para justificar la publicidad del acto de incoación de un procedimiento sancionador? De inicio, debemos descartar alguna finalidad ejemplarizante, por no encontrarnos ante la certeza de la existencia de una infracción y la legitimidad de una sanción, lo que es particularmente importante tener en cuenta.

Por el contrario, debemos rescatar la posibilidad de utilizar la publicidad del inicio del procedimiento sancionador como un medio idóneo para la publicidad de información necesaria para la protección de derechos de otros potenciales afectados por la presunta infracción detectada, lo que ocurrirá en aquellos casos en que se hayan podido lesionar intereses supraindividuales.

Podemos identificar esos derechos supraindividuales en el caso de actividades económicas, reguladas o no, que tienen la capacidad de incidir significativamente en la vida de grandes conglomerados de ciudadanos (piénsese en la actividad bancaria o financiera, en la seguridad de la alimentación) y que son afectados, de forma generalizada, comúnmente como consecuencia de una política o una decisión adoptadas formalmente por órganos con capacidad de decisión, que suelen tener un alcance subjetivo más o menos amplio pero que, en todo caso, supera siempre las circunstancias de simples afectaciones individuales (Izquierdo Carrasco, 2014, p. 333-348).

Si bien consideramos que la defensa de intereses supraindividuales puede configurarse como una razón que puede justificar la publicidad del acto de incoación de un procedimiento sancionador, es necesario definir bajo qué condiciones podría ser legítimo llevar a cabo dicha publicidad, teniendo en cuenta que en el momento del inicio del procedimiento sancionador la presunción de inocencia se encuentra desplegando toda su fuerza protectora.

En primer lugar, la publicidad del acto de incoación se debe encontrar expresamente autorizada por una norma con rango de ley, en la medida en que incide en el ámbito protegido de derechos fundamentales.

En segundo lugar, únicamente debería autorizarse la publicidad del acto de incoación en aquellos casos en los cuales las infracciones imputadas supongan la lesión de intereses supraindividuales. Aunque es consustancial al Derecho Administrativo la protección del interés general, es preciso hacer el esfuerzo por identificar aquellas situaciones en que las infracciones que se investigan pueden afectar a otros sujetos distintos del directamente afectado. Esta justificación no se debe basar en la existencia de una mayor o menor cantidad de personas afectadas o en su carácter determinable o indeterminable, sino en la existencia de auténticos intereses supraindividuales que se puedan haber visto afectados o lesionados por las conductas que se investigan.

En tercer lugar, siempre debe consignarse siempre que la publicidad de la incoación no prejuzga la inocencia de los imputados. Hemos señalado que es la presunción de inocencia una de las razones fuertes que han fundamentado la escasa publicidad de las sanciones administrativas. Con mucha mayor razón habrá que afirmarlo respecto de las actuaciones de inicio de un procedimiento sancionador. La precisión sobre el alcance de la presunción de inocencia deberá estar consignada, tanto en la resolución misma que será difundida como en el medio o soporte que se utilice para dicha difusión.

En cuarto lugar, estimamos de la mayor importancia considerar el derecho de audiencia de todos los interesados a efectos que la autoridad competente adopte la decisión sobre la publicación de la incoación de un procedimiento. Ello supondría disociar la notificación del acto de imputación de la decisión de su publicación, sujetándose esta última a una brevísima etapa de audiencia para que el órgano competente pueda valorar si procede la publicación permitida por la ley.

En quinto lugar, el órgano competente para determinar la publicación del acto de incoación debe garantizar, en la mayor medida posible, la imparcialidad de la decisión. Por este motivo, consideramos que sería deseable que esta decisión recaiga sobre un órgano distinto del que adopta la decisión de incoación, para contribuir a garantizar al presunto infractor que una instancia que no se encuentra involucrada por la investigación inicial decida sobre su publicación.

En sexto lugar, la publicidad del acto de incoación se debe realizar a través de un medio que permita la reversión de la misma o su actualización. Por este motivo, sería deseable que la publicidad se realice únicamente a través de los portales institucionales o medio similar, y no a través de la publicación en un diario oficial, en tanto éste último no permita enlazar oportunamente las actualizaciones que resulten necesarias y adecuadas difundir como, por ejemplo, la decisión de archivo de la denuncia (Farrando Miguel, 2018).

De lo anteriormente expuesto, consideramos que la decisión de publicidad al acto de incoación debe encontrarse sujeta a la exigencia de una motivación específica que demuestre su necesidad.

Es conveniente insistir en que esta justificación es distinta a la exigible al acto de incoación, pues se trata de dos decisiones distintas: una, la de iniciar el procedimiento sancionador; la otra, la de publicitar el inicio de ese procedimiento.

Como ocurre en el caso del mercado de valores, la normativa europea indica supuestos en los que no debe difundirse la aplicación de sanciones por los riesgos que ello puede generar respecto de los bienes jurídicos que son protegidos, precisamente, mediante dichas normas, pudiendo extenderse este criterio, sin dificultad, a cualquier otro ámbito sectorial por lo que consideramos que deberá apreciarse, en cada caso concreto, la conveniencia de la publicidad del inicio de un procedimiento sancionador.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El presente trabajo se ha enfocado en un aspecto particularmente preciso del procedimiento sancionador y su análisis ha buscado reflejar algunos problemas derivados de un tratamiento inadecuado del deber de motivación del acto de incoación y su relación con algunos derechos fundamentales, todo ello con el objeto de ofrecer un conjunto de propuestas interpretativas que puedan coadyuvar a enfrentar los problemas identificados y así poder lograr superar las dificultades advertidas.

La razón de base por la cual consideramos que el acto de incoación merece una atención particular se encuentra en su capacidad de afectar, desde el momento de su notificación o publicación, los derechos del imputado, tanto los de carácter procedimental, así como aquellos de naturaleza extra procedimental, además de poder generar efectos sobre otros sujetos que pueden resultar interesados en el procedimiento sancionador distintos del imputado.

En el presente trabajo se han analizado tres situaciones que plantean problemas relevantes respecto de la motivación del acto de incoación: el inicio de procedimientos sancionadores basados en actuaciones inspectoras; la interposición de denuncias que no conducen a la iniciación de procedimiento sancionador alguno; la publicidad del acto de incoación por mandato legal.

El estudio de estos casos nos permite sustentar la capacidad que posee el acto de incoación de afectar derechos fundamentales y, en consecuencia con ello, demuestran la necesidad de exigir su debida motivación, como garantía esencial para el resguardo de los derechos de todo sujeto afectado por la decisión de inicio de un procedimiento sancionador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón Sotomayor, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Thomson – Civitas.
- Barrero Rodríguez, C. (2003). *La prueba en el procedimiento administrativo* (2.ª ed.). Thomson – Civitas.
- Belando Garín, B. (2017). El denunciante en los procedimientos sancionadores de la CNMV: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 6, 415-419. <http://www.revista-aji.com/articulos/2017/415-419.pdf>
- Blanquer Criado, D. (2018). *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*. Tirant lo Blanch.
- Bocanegra Sierra, R. (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas – Thomson-Reuters.
- Cano Campos, T. (2020). La presunción de validez del acto administrativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nueva Época, 14, 6-28. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10851>
- Cano Campos, T. (2013). La presunción de veracidad de las actas de inspección. En J. J. Díez Sánchez (coord.), *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013, (pp. 223-239). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Cuesta Revilla, J. (2014). La acción pública, o popular, en el ámbito urbanístico. En E. Carbonell Porras (dir.), *Intereses colectivos y legitimación activa* (pp. 435-458). Thomson Reuters Aranzadi.
- De Palma del Teso, A. (1996). *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos.
- Esteve Pardo, J. (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- Farrando Miguel, I. (2018). Crítica a la doble publicidad de ciertas sanciones en la Ley del Mercado de Valores. En A. Huergo Lora (dir.), *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 61-100). Iustel.
- Fernando Pablo, M. (2014). La legitimación de terceros en el procedimiento administrativo sancionador. Un intento de reconstrucción en equidad. En J. E. Soriano García (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Volumen II. Garantías del ciudadano en el régimen administrativo* (pp. 1539-1555). Iustel.

- Fernández, T. R. (2008). *De la arbitrariedad de la Administración* (5.ª ed.). Civitas – Thomson Reuters.
- Fernández Ramos, S. (2002). *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Comares.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I* (20.ª ed.). Civitas – Thomson Reuters.
- García-Trevijano, J. A. (1993). *La impugnación de los actos administrativos de trámite*. Montecorvo.
- Gómez Colomer, J. L. (2017). La victimización secundaria de la mujer que ha sufrido acoso sexual, acoso laboral o tratos vejatorios y degradantes, a cargo de su superior jerárquico funcionario público, en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2 [se cita por su versión electrónica]. <https://ojs.ehu.es/index.php/eguzkilore/article/view/17821>
- Gómez Tomillo, M. (2012). El derecho a ser informado de la acusación y los cambios introducidos por la Administración en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 315-321. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13562>
- Gosalbez Pequeño, H. (2012). Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y los denunciados de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?). En E. García de Enterría y R. Alonso García (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández, Volumen I* (pp. 1389-1436). Civitas – Thomson Reuters.
- Huergo Lora, A. (2021). La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa (name and shame). En M. Rebollo Puig, A. J. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador (2021)* (pp. 93-140). Civitas – Thomson Reuters.
- Huergo Lora, A. (2010). Publicidad del nombre de los infractores [sanción de]. En B. Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas* (pp. 938-941). Iustel.
- Hunter Ampuero, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Revista Ius et Praxis*, 23(1), 247-272. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100008>
- Izquierdo Carrasco, M. (2014). Los intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo sancionador. En E. Carbonell Porras (dir.), *Intereses colectivos y legitimación activa* (pp. 333-348). Thomson Reuters. Aranzadi.
- López Benítez, M. (2016). Lección 2. El acto administrativo: concepto, elementos y clases. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración* (pp. 73-97). Tecnos.
- Lozano Cutanda, B. (2016). Derecho Ambiental: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 200, 409-438. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.20>
- Lozano Cutanda, B. (2010). Procedimiento sancionador: iniciación. En B. Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas* (pp. 842-865). Iustel.
- Martín Retortillo, L. (1991). Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores, con especial referencia a la publicidad de las mismas. *Revista de Administración Pública*, 126, 133-188. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=124&IDA=23769>
- Meilán Gil, J. L. (2011). *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*. Iustel. Escola Galega de Administración Pública.
- Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas* (2.ª ed.) BOE.
- Navarro González, R. (2017). *La motivación de los actos administrativos*. Thomson Reuters. Aranzadi.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos.
- Rebollo Puig, M. (2015). El control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora. En J. Guillén y M. Cuerdo Mir (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia* (pp. 407-466). Civitas – Thomson Reuters.
- Rebollo Puig, M. (2005). La presunción de validez. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 128, 587-638.
- Rebollo Puig, M. (1993). Interesados y denunciados en el procedimiento administrativo sancionador. En J. Barnés Vázquez (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (pp. 227-256). Civitas.
- Rivero Ortega, R. (2000). *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Tecnos.
- Sahún Pacheco, R. (2020). El interés moral del denunciante perjudicado por una infracción y su legitimación para recurrir. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 203 [Se cita por su versión electrónica].
- Sánchez Morón, M. (2013). *Derecho Administrativo. Parte General* (9.ª ed.). Tecnos.
- Sendín García, M. (2019). Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública. *Revista Galega de Administración Pública*, 57, 311-345. <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.21>
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (2.ª ed.). Trotta.
- Villar Ezcurra, J. L. (1978). Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular. *Revista de Administración Pública*, 86, 335-386. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=86&IDA=23054>