

Nº 32
Cuarto trimestre 2022

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 32. Diciembre 2022

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal



D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA INVISIBLE MEJORA REGULATORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. INTANGIBLES PARA MEJORAR EL PROCESO, CONSEGUIR MÁS CALIDAD SIN MAYOR GASTO Y UN ÓPTIMO CONTROL DE EJECUCIÓN D. Bernabé Palacín Sáenz.....	15
--	----

EL DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU GARANTÍA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN D. Carlos María Rodríguez Sánchez.....	74
--	----

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EFECTIVIDAD DE DETERMINADOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL D ^a Sandra Pámpanas Aparicio.....	149
---	-----

LOS TAX RULINGS EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y EUROPEA: ENTRE TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA D. Iván Vega Pedreño	221
--	-----

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL ROMANA CON LA ACTUAL D ^a Sofía Miranda Dochao	318
--	-----



**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

BREVES REFLEXIONES ACERCA DEL DESARROLLO
SOSTENIBLE Y SU CAPITAL IMPORTANCIA EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA
D. Martín Galli Basualdo403

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA INQUIETANTE INADMISIÓN DEL RECURSO ESPECIAL
FUNDADA EN LA EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO
INDIRECTO CONTRA LOS PLIEGOS
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....429

BASES DE PUBLICACIÓN..... 443



EDITORIAL

En el número 32 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a una reseña de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. Bernabé Palacín Sáenz con el artículo que lleva por título "La invisible mejora regulatoria de la contratación pública. Intangibles para mejorar el proceso, conseguir más calidad sin mayor gasto y un óptimo control de ejecución".

El trabajo en palabras de su autor está dirigido a los gestores de la contratación pública, y tiene una vocación eminentemente práctica, que se sitúa en el perímetro de su procedimiento.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez que aborda en detalle el derecho a obtener información pública y su garantía de acceso a la jurisdicción.

A continuación, D^a Sandra Pámpanas Aparicio, ganadora de la Categoría General de la III edición de los premios Gabilex 2022 con el artículo "Consideraciones en torno a la efectividad de determinados derechos de las personas con discapacidad intelectual realiza con brillantez un análisis jurídico sobre la efectividad de ciertos derechos de las personas con discapacidad intelectual.



D. Iván Vega Pedreño Categoría, ganador de la Categoría Masteres, TFG y similares, de la III edición de los premios Gabilex 2022 con el artículo “Los Tax Rulings en la fiscalidad internacional y europea: entre transparencia y seguridad jurídica” realiza una delimitación conceptual de este instrumento jurídico, analiza las medidas de control impulsadas en este contexto por parte de la OCDE y la Unión Europea y, por último, incide en los beneficios derivados del uso de este instrumento jurídico para dotar de seguridad jurídica a los contribuyentes en su actuaciones con incidencia tributaria.

D^a Sofía Miranda Dochao hace en su artículo un análisis exhaustivo del “Estudio comparativo de la función notarial romana con la actual”

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Martín Galli Basualdo sobre “Breves reflexiones acerca del desarrollo sostenible y su capital importancia en la contratación pública”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez “La inquietante inadmisión del recurso especial fundada en la extemporaneidad del recurso indirecto contra los pliegos”.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 32

Diciembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



LA INVISIBLE MEJORA REGULATORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. INTANGIBLES PARA MEJORAR EL PROCESO, CONSEGUIR MÁS CALIDAD SIN MAYOR GASTO Y UN ÓPTIMO CONTROL DE EJECUCIÓN

D. Bernabé Palacín Sáenz

Doctor en Derecho. Director General de Alcaldía del Ayuntamiento de Logroño

Resumen: El trabajo que se presenta está dirigido a los gestores de la contratación pública, y tiene una vocación eminentemente práctica, que se sitúa en el perímetro de su procedimiento. Por tanto, no trata de ahondar en las fases y requisitos de aquél, sobre los que ya existe una extensa literatura jurídica, sino en los que denominamos intangibles de la contratación, tales como la planificación, la calidad de servicio, el control de ejecución material, la profesionalización de los gestores, la innovación del proceso sometido a mejora continua o la medición de impactos, para conseguir más calidad, sin mayor gasto, y un óptimo control de ejecución, objetivos que surgen de las áreas de mejora detectadas en la gestión cotidiana de las compras públicas.



Son aspectos, los citados, que ni siquiera se condicionan a una mejora regulatoria, que no acaba por llegar o no asegura su utilidad, porque se sitúan en otro ámbito, el de la mejora de la gestión orientada a la satisfacción de las necesidades y expectativas ciudadanas. Mejora de gestión, capaz de marcar diferencias entre los distintos poderes adjudicadores, sometidos a una normativa común. Lo que no es baladí, porque tendrá directa consecuencia sobre la captación de fondos europeos, o la más ágil realización de las políticas públicas dependientes de herramientas como la contratación pública.

Abstract: The work that is presented is aimed at public recruitment managers, and has an eminently practical vocation, which is located in the perimeter of its procedure. Therefore, it does not try to delve into the phases and requirements of the former, on which there is already an extensive legal literature, but rather into what we call the intangibles of contracting, such as planning, quality of service, control of material execution, the professionalization of managers, the innovation of the process subject to continuous improvement or the measurement of impacts, to achieve better quality, without greater expense, and optimal control of execution, objectives that arise from the areas of improvement detected in daily management of public purchases.

The above aspects mentioned are not even conditioned to a regulatory improvement, which may not be reached and does not ensure its usefulness, because they are located in another area, that of the betterment of management aimed at satisfying the citizens' needs and expectations. Management improvement, capability of differentiating between the different contracting



authorities, subject to common regulations. Which of what is not trivial, because it will have a direct consequence on the raising of European funds, or the more agile realization of public policies dependent on tools such as public hiring.

Palabras clave: Proceso, área de mejora, partes interesadas, mejora regulatoria, intangibles, planificación, calidad de servicio, control de ejecución, profesionalización, innovación, impactos.

Key words: Process, improvement area, interested parties, regulatory improvement, intangibles, planning, service quality, execution control, professionalization, innovation, impacts.

SUMARIO

Capítulo 1. El proceso de contratación y sus áreas de mejora. 1.1.El enfoque a resultados. del cómo se hacen las cosas, a lo que debe conseguirse. 1.2. Descubriendo áreas de mejora en el proceso de contratación pública. 1.3. Las partes interesadas Capítulo 2. La invisible mejora regulatoria del proceso. sus intangibles 362.1.Introducción 2.2. La planificación 2.3.La calidad de servicio. 2.4. El control de ejecución no formal. 2.5. Profesionalización de los gestores de la contratación pública. 2.6.Innovación del proceso, sometido a mejora continua. 2.7.Medición de impactos. Capítulo 3. Conclusiones propositivas. Bibliografía



Capítulo 1. El proceso de contratación y sus áreas de mejora

La Administración, al igual que las organizaciones privadas funciona como sistema, esto es, como un conjunto de unidades y departamentos interconectados y orientados al cumplimiento de los fines que le son propios, esto es del conjunto de la organización, y no de cada uno de los departamentos. Es así, que, si queremos mejorarla, hemos de partir de entenderla como sistema, considerando cada parte en su relación con el conjunto. Hay que comprender la complejidad dinámica, no la complejidad de los detalles, ver las interrelaciones en vez de concatenaciones lineales de causa a efecto (MURO, 2017)¹.

No podemos desconocer que esta visión sistémica y no lineal o vertical de las organizaciones existe, pese a que en la mayoría de los casos conservemos modelos organizativos de gestión clásica, de corte departamental o vertical, donde las partes se rinden cuentas a sí mismas, eludiendo responsabilidades que corresponden a otros departamentos, impidiendo la proyección de una imagen pública unitaria, homogénea y sólida de la actividad administrativa, capaz de dar solución a las necesidades cambiantes de los ciudadanos y de los grupos de interés.

La norma ISO 9000:2015² confirma esta visión, al referirse al sistema de gestión de la calidad, diciendo

¹ MURO CASTILLO, P., Comité de Dirección Grupo Sesaelec y Experto europeo en gestión de calidad. Consultado en: <http://www.grandespymes.com.ar/2017/02/14/todo-lo-que-nunca-te-dijeron-de-una-empresa-se-trata-de-un-sistema/> (fecha de última consulta: 10 de abril de 2022)

² International Organization for Standardization. Sistema de gestión de la calidad.



«que comprende actividades mediante las que la organización identifica sus objetivos y determina los procesos y recursos requeridos para lograr los resultados deseados». Esta interdependencia entre las diferentes partes que protagonizan la acción administrativa es lo que conocemos como orientación o enfoque a procesos, como un sistema coherente, para conseguir una mejor satisfacción de las necesidades y expectativas de los ciudadanos, tales como el uso eficiente de los recursos, la reducción de las barreras interdisciplinarias, o la posibilidad de generar confianza a las partes interesadas, con el único propósito de materializar la finalidad del objeto del contrato, esto es la realización de una obra, la adquisición de un suministro o la prestación de un servicio.

Resulta de interés rescatar la declaración que hace la Sección Técnica de Procesos de mejora y Sistemas de Medición de la Comisión de Modernización y Calidad de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), al identificar las características de la gestión por procesos. Dice así:

«Entiende las diferencias de alcance entre la mejora orientada a los procesos (qué y para quién se hacen las cosas) y aquella enfocada a los departamentos o a las funciones (cómo se hacen las cosas). Así el departamento no es más que un eslabón de una cadena (el proceso) al que añade valor».

Siendo la cadena, añadiríamos nosotros, tan fuerte como el eslabón más débil de la misma, lo que implica alineamiento departamental para cumplir los objetivos del proceso o del contrato.

Por tanto, podemos definir el proceso como conjunto de actividades administrativas u operativas mutuamente relacionadas, precisas para la prestación de un servicio o realización de un producto, dirigidos al ciudadano o a



un cliente interno, mediante la transformación de elementos de entrada, como son los requisitos (demandas ciudadanas y de servicio interno) y los recursos humanos, tecnológicos y financieros necesarios, en resultados (el producto o servicio de valor añadido), ofrecido al ciudadano o al cliente interno (departamentos y unidades administrativas). Con el proceso se busca la mejora continua, mediante la reingeniería de actividades concurrentes, se usan indicadores, se miden evidencias, tratando de favorecer la transversalidad y la visión corporativa, haciendo posible la participación de las partes interesadas (unidades proponentes, gestores de contratación, órganos de control, licitadores), buscando el compromiso con la calidad prestacional y la satisfacción de necesidades ciudadanas e institucionales.

En la figura siguiente se aprecia la secuencia del proceso, representada en una matriz que combina una estructura funcional y la dinámica del procedimiento de contratación pública, de corte transversal, en esta ocasión referida a un poder adjudicador local. Diagrama con el que se quiere llamar la atención sobre la importancia del alineamiento de las partes interesadas, a las que me he referido con anterioridad. Es precisamente este curso del procedimiento, interdisciplinar, y su buen funcionamiento el que marca la diferencia a la hora de obtener servicios de gran calidad, con la mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos, tan a menudo olvidado como parte de la solución a los múltiples problemas a los que se enfrenta la contratación pública.

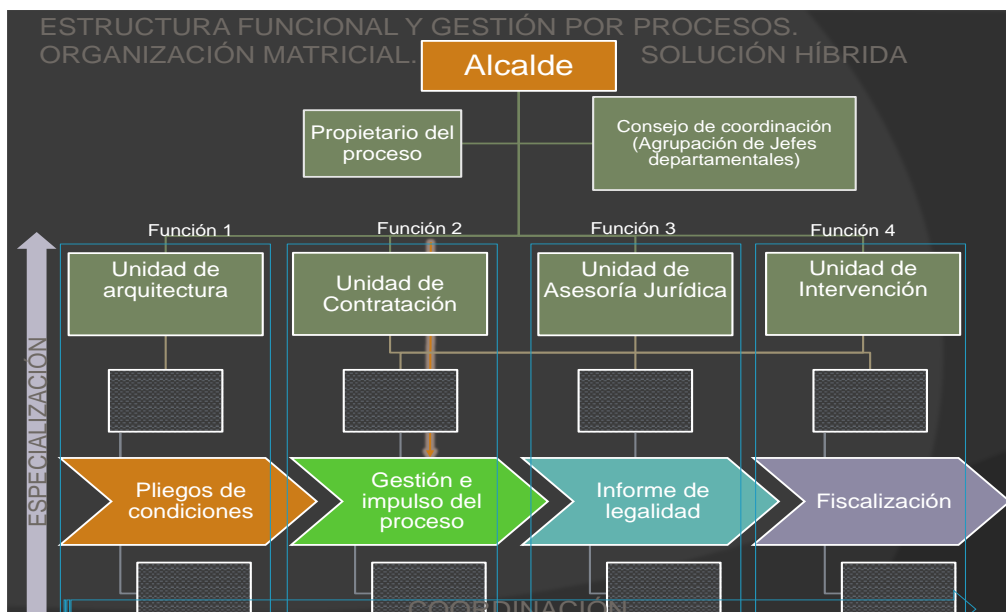


Figura 1. Estructura funcional y gestión por procesos. Fuente propia

De ahí que, hablemos de la «invisible mejora regulatoria», de ahí el planteamiento que constituye el objeto de este estudio, de búsqueda de actuaciones (intangibles del proceso: planificación, gestión por procesos, calidad, control con valor, profesionalización) que son neutras al procedimiento de contratación, que existirían con la vigente regulación y con otra diferente, pero capaces de marcar la diferencia entre organizaciones, sustentando sus propias estrategias competitivas. Por ello, no es baladí, comprobar cómo organizaciones, por ejemplo, locales, sometidas a idéntico régimen normativo, administrativo y contractual, arrojen resultados tan diferentes en la captación de fondos europeos (la negrita es nuestra) y, lo que es más importante, en su real absorción, una vez se han llevado a cabo los procesos de otorgamiento de subvenciones, contratos públicos o Convenios de



colaboración, instrumentos todos ellos de común regulación, aplicados desde, podemos decir, culturas organizativas diferentes.

1.1. El enfoque a resultados. Del cómo se hacen las cosas, a lo que debe conseguirse

Resulta muy elocuente que «Si una organización quiere alcanzar sus metas, primero debe saber cuáles son. Si la estrategia general es clara, todas las partes serán capaces de tirar en la misma dirección y será más probable centrarse en lo que más importa para generar resultados reales [...]»³.

La relevancia del enfoque u orientación a resultados de la gestión ha sido enfatizada por los distintos sistemas de gestión de la calidad, de cumplimiento voluntario por las organizaciones, públicas y privadas, bajo las secuencias o ciclos conocidos, tales como el PDCA de Deming (planificar-hacer-verificar-actuar), o la matriz REDER del modelo E.F.Q.M.⁴ (enfoque-despliegue-evaluar-revisar-perfeccionar), que persiguen el desempeño eficaz del proceso y su mejora para la satisfacción de necesidades y expectativas ciudadanas, de los grupos de interés y de quien aporta la financiación de los proyectos.

³ COMISIÓN EUROPEA. «Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores», 2016. Pág. 72. «Si la estrategia primordial es clara, todo el mundo será capaz de tirar en la misma dirección y será más probable centrarse en lo que más importa para producir resultados reales. Llevar a los empleados a asumir y aplicar una estrategia significa involucrarlos en el proceso, proporcionando a los mandos intermedios y al personal de frontera una retroalimentación significativa sobre el rendimiento.»

⁴ European Foundation Quality Management



En parecidos términos la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, señala en su epígrafe 26, que:

[...] todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones.

No resulta menos clara la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando en su artículo tercero, se refiere a los principios de servicio efectivo a los ciudadanos; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; responsabilidad por la gestión pública; planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados (la negrita es nuestra); economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; y cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas. O el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por R.D. Leg. 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), en su artículo 13, al referirse al personal directivo profesional, al que sujeta a evaluación y a control de resultados, en relación con los objetivos que se les hayan sido fijados. También el artículo 17, al introducir la carrera horizontal y fijar sus reglas, cita de nuevo el resultado de la evaluación del desempeño como rendimiento o el logro de resultados, al que poco más tarde, en su artículo 22, anudará a las retribuciones



complementarias⁵. Igualmente, los principios éticos del artículo 53 se alinean con esta orientación, al recoger su apartado 8 que *actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.*

Sin embargo, pese a estas «sendas normativas» por las que debería conducirse la buena gestión, cuando hacemos una reflexión sobre el «estado del arte» en cada una de nuestras organizaciones, no se detectan evidencias de un trabajo racional, planificado, orientado a los resultados que se quieren conseguir. Si no se introduce la cultura de la planificación, si no se fija la visión como aspiración de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, si no se fijan objetivos para conseguirla e indicadores que testifiquen los avances, si no se evalúan los datos obtenidos y si, finalmente, no se revisan para mejorar las desviaciones que hayan surgido, tendremos una administración meramente reactiva, incapaz de adaptarse a los continuos cambios que demanda la sociedad. Y, en estas circunstancias, es innecesario hablar de control de resultados, de mejora

⁵ La derogada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, decía en su exposición de motivos: [...] *las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio.*

De ello deriva que la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso se ha de hacer depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades.»



continua, de principios como el de servicio efectivo a los ciudadanos, de simplificación, de agilidad, de eficacia y eficiencia.

Las razones son varias y obedecen a administraciones ancladas en una gestión burocrática, poco reactivas a estímulos para conseguir usuarios/administrados/contribuyentes con una mirada más asertiva hacia la razón de ser de sus administradores públicos (PALACÍN, 2017)⁶. Se necesitan estímulos tales como la rendición de cuentas y transparencia; la satisfacción del ciudadano, sin contraponer normas y principios y criterios de simplificación, agilidad, reingeniería, evitación de duplicidades; o la responsabilidad de gestión y evaluación, especialmente del personal directivo, cuya relación no debe ser de mera actividad, y debe caracterizarse por un enfoque a resultados, con capacidad para aceptar las consecuencias de los errores.

En definitiva, la realidad de nuestras administraciones nos habla de resistencias a los citados estímulos, del miedo al cambio y al control, de la falta de una visión estratégica, de la inexistencia de una gestión por procesos y de la cultura de la medición⁷. Y sabemos que

⁶ PALACÍN SÁENZ, B., «La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable», Cap. I. del libro *Calidad, transparencia y ética pública*. Director PINTOS SANTIAGO, Jaime. Colección Monografías. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera ed. 2017. Págs. 29-88

⁷ Sobre la base de la última encuesta de percepción de servicio de contratación pública, realizada en un Ayuntamiento, durante el ejercicio de 2016, y que advertía moderadas variaciones a la baja en aspectos a los que los interesados licitadores dan mucha importancia, como la objetividad, claridad y concreción de los criterios de adjudicación, o la



la gestión del cambio se orienta a resultados en lugar de hacia el cumplimiento de las funciones, y que en esa dinámica se requieren empleados que crean en un servicio público de calidad, generador de la confianza de los ciudadanos.»

Hasta aquí una síntesis de la gestión orientada a procesos, tomando como base el proceso de contratación pública como instrumento para conseguir la eficiencia que buscamos, sin necesidad de acudir a artificios normativos, pero también, sin negar su necesidad cuando la modificación se hace evidente, sino actuando sobre los aspectos que denominamos intangibles, por corresponder a la esfera de la cultura, de las actitudes,

transparencia del proceso; efectuado el análisis pertinente, se extrajo la siguiente conclusión:

«Es preciso ahondar en la búsqueda de una mayor concreción de los criterios de adjudicación, especialmente cuando pueden desagregarse en subcriterios y su correspondiente valoración, haciéndolos no sólo más objetivos, sino más transparentes, más fáciles de interpretar, sin dudas ni lagunas, en aras a conseguir la máxima participación posible, para obtener, en cada momento, la oferta más ventajosa para los intereses municipales. Estamos convencidos de que si nuestros criterios se conocen bien, sin ambigüedades, las empresas se animarán a participar y crecerá la competencia.»

Tras la consulta, se modificó la carta de compromisos y los pliegos tipo que incorporaron una variación sustancial en la definición de los criterios de adjudicación, pasando de definiciones generalistas como «la calidad técnica de la proposición» a otras más completas, distribuidas por subcriterios valorables que recogen distintas áreas del estudio de un proyecto, tales como, planes, programas, metodología, plazos, organización del servicio, aplicación de sistemas de gestión de la calidad, y servicio postventa.

Es un ejemplo de cómo trabajar con datos construye un mejor diagnóstico, fija objetivos de calidad, evalúa las acciones emprendidas y revisa para la mejora continua del proceso.



del liderazgo institucional, y de los principios de buena gestión de las organizaciones públicas. Sin duda, concurren amplias áreas de mejora, que si se trabajan han de servirnos para incrementar la concurrencia, facilitando el acercamiento de PYMES y micro PYMES, reducir los plazos de la licitación, una mayor calidad prestacional o valorización de la inversión, y un mejor control de ejecución, no como una finalidad en sí misma, sino para asegurar, por ejemplo, la mayor absorción de fondos europeos, provenientes del Plan de recuperación, transformación y resiliencia, la implementación de políticas públicas de inversión en términos óptimos de tiempo y de coste, así como unos menores desperdicios de recursos colaborativos, públicos y privados.

1.2. Descubriendo áreas de mejora en el proceso de contratación pública.

Hemos anticipado en el apartado anterior las posibles áreas de mejora sobre las que incidir para mejorar el proceso de la contratación pública. Profundicemos algo más en ello. Los modelos de gestión de la calidad de servicio, cuyos principios básicos comprenden la orientación a resultados, a ciudadanos, el liderazgo y la coherencia en los objetivos, la gestión por procesos y hechos, la implicación de las personas, el aprendizaje, la innovación y la mejora continua, las alianzas mutuamente beneficiosas y la responsabilidad social corporativa, nos hablan de la necesidad de identificar áreas de mejora, fortalezas y debilidades, a través de un determinado patrón.

Nos interesa destacar en este estudio el área de mejora, que podemos definir como un conjunto de características de la organización de una actividad y de sus



interrelaciones que no funciona como se ha previsto, siendo ineficiente, afectando, en consecuencia, a la consecución de los objetivos previstos en el plan de contratación, en las bases de una convocatoria de subvenciones, en un convenio, o en cualesquiera otros instrumentos jurídicos de soporte. Pero no interesa tanto profundizar en la concreción de cada una de ellas, con su respectivo análisis de causas. Este trabajo parte ya de un diagnóstico fiable, hecho por terceras instancias, porque de lo que se trata es de centrarnos en la mejora, en aquellas acciones invisibles al texto de la norma, que la enriquecen, sin necesidad de modificarla (la negrita es nuestra). Como decía Plinio, tenemos menos necesidad de normas que de ejemplos.

Disponemos de diversas fuentes de información a nivel macro, que nos señalan importantes aspectos de la contratación pública que no han tenido el comportamiento esperado, si bien es preciso señalar, que tampoco había fijados, al menos al mismo nivel macro, objetivos generales.

En primer lugar, la Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación (OIREscon)⁸ que en las conclusiones de su informe 2021, de supervisión de la contratación pública de España, se refiere a:

- Inseguridad jurídica de los gestores, especialmente en aspectos indemnizatorios para los supuestos de suspensión de la ejecución del contrato, y en los contratos tramitados por emergencia.
- Falta de planificación: Grave incumplimiento, un 98,5% no la ha aprobado

⁸ OIREscon, Informe anual de Actuaciones (IAS) 2021.



- Inexistencia de las consultas preliminares: Solo 418 en 2020, y se incumple la emisión del informe de conclusiones y resultados, en un 61%. Mal uso de esta figura.
- Prevención contra el fraude y la corrupción: el contrato de servicios es el más denunciado, con un 68,46%, siendo sus principales causas la adjudicación del contrato y su ejecución.
- Publicidad y transparencia: falta de publicidad de la programación de la actividad contractual, así como de información de la fase final del contrato y su ejecución.
- Predominio del criterio precio: las fórmulas tienen mayor peso que los criterios dependientes de juicio de valor. Aunque de mayor objetividad, debe estar en consonancia con los criterios de calidad, con una valoración que redunde en la mejora de las prestaciones.
- Incumplimiento de la estructura de costes en los pliegos: considerable grado de incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 100.2 de la LEY 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2017), relativo a la configuración del Presupuesto base de licitación (PBL) a partir de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, calculados para su determinación. Este año (2021) el cumplimiento de dicha obligación ha sido del 19,66% en la muestra de contratos que han sido analizados, frente al 62% del IAS 2019 y en el 98% del IAS 2020.
- Falta de profesionalización: generalizada ausencia de diseño de itinerarios de especialización. Poco peso en los temarios de oposición.



- Supervisión directa de la fase de ejecución: confusión entre prórroga y modificación, a efectos de publicidad.

El mismo informe de la OIREscon, recoge las conclusiones de los órganos de control interno:

- CONCLUSIONES DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DEL ESTADO (IGAE): ausencia de programación de la actividad contractual, ausencia de procedimientos propios de los órganos de contratación para enviar y validar la información remitida a la Plataforma de licitación del sector público (PLACSP), necesidad de analizar las licitaciones en las que se ha recibido una sola oferta y la elaboración de instrucciones para elaborar el PBL y el valor estimado del contrato (VEC).
- INTERVENCIONES de las Comunidades Autónomas: En cuanto al control posterior, se destaca que las principales irregularidades son las asociadas al fraccionamiento en la contratación, incluyendo la concatenación de contratos, fundamentalmente en la contratación menor, y su utilización indebida, eludiendo la aplicación de procedimientos de adjudicación que fomentan la publicidad y concurrencia.
- INTERVENCIONES DE ÁMBITO LOCAL: la fase de gasto correspondientes al reconocimiento de la obligación es la que refleja un porcentaje de reparos ligeramente mayor que las fases de autorización del gasto y compromiso de gasto. Coinciden también en la conclusión relativa al control posterior efectuado por estas intervenciones, siendo las irregularidades más frecuentes las asociadas al fraccionamiento en la contratación, en términos similares a las



conclusiones de las intervenciones de ámbito autonómico.

- **ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO (OCEX)**
 - En el ámbito estatal, se detectan irregularidades asociadas a la ausencia de justificación de la naturaleza y extensión de las necesidades a satisfacer, el incumplimiento de las obligaciones de publicidad, la ausencia de justificación suficiente del PBL o VEC, o la incorrecta definición de los criterios de adjudicación
 - En el ámbito autonómico, incumplimiento de las obligaciones de publicidad, insuficiente justificación del procedimiento de adjudicación elegido y del tipo de tramitación del expediente, deficiencias en los informes de valoración, prestaciones sin cobertura contractual, así como ausencia de justificación suficiente de los criterios de adjudicación y su incorrecta definición.
 - En el ámbito local, prestaciones sin cobertura contractual, el incumplimiento de obligaciones de publicidad, la inobservancia del plazo de pago y la superación de umbrales del contrato menor.

También en el Estudio Anual de Contratación Pública en España 2021⁹, se detectan algunas áreas de mejora, entre ellas, que la inflación de precios comienza a trasladarse a la compra pública, probablemente debido a

⁹ GOBIERTO. Estudio Anual Contratación Pública en España 2021. La compra pública se adapta a la «nueva normalidad». <https://www.gobierno.es/blog/publicamos-el-estudio-anual-sobre-contratacion-publica-en-espana-2021> (acceso web visitado el 26 de marzo de 2022)



un aumento de las licitaciones desiertas, a una pérdida de la capacidad de ahorro y una menor concurrencia de licitadores.

Desde un punto de vista más subjetivo y personal se citan, los catalizadores de la transparencia, tales como la planificación, para dar a conocer las necesidades del órgano de contratación, datos claros para ser interpretados de modo uniforme por los licitadores, el binomio calidad-precio, que permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, para dar la mejor respuesta a las necesidades de los ciudadanos; el coste rentabilidad, para obtener la máxima eficiencia en el gasto destinado a la contratación, planteamientos basados en el ciclo de vida, o la economía circular para el aprovechamiento de los materiales tanto como sea posible, las prórrogas excesivas, el fraccionamiento indebido de los contratos, criterios de valoración generalistas sin subcriterios valorados, o la inversión sin causa, por desajustes entre las necesidades de los fines institucionales y el objeto del contrato. Igualmente, una mejorable concurrencia, y la profesionalización de los gestores, no solo en competencias formales jurídicas y procedimentales, sino en materia económica, laboral y medioambiental.

Todas ellas pueden considerarse áreas de mejora, o si se quiere, aspectos de la organización de la contratación que no funcionan bien, y son susceptibles de mejorar, mediante la realización de buenas prácticas de gestión pública, como veremos en el capítulo siguiente.

Antes, detengámonos brevemente en un aspecto poco considerado en nuestros planes de mejora, la voz de la calle, en este caso el conjunto de voces, algunas muy relacionadas con los objetivos que se pretenden, porque forman parte de las soluciones, como los licitadores.



1.3. Las partes interesadas

Todos los modelos de gestión de la calidad de servicio, enfatizan la importancia de las personas en la realización de actividades, capaces de convertir las demandas y expectativas ciudadanas en servicios, mediante la consideración de todas las partes interesadas (CANYELLES, 2011)¹⁰, los ciudadanos, los proveedores, los clientes internos y otros grupos de interés, tales como la Universidad o las Asociaciones profesionales.

La responsabilidad social en el ámbito público pone el foco en el ciudadano, en los grupos de interés, en los proveedores, en su condición de colaboradores financieros y expertos en la satisfacción de necesidades públicas, también en los empleados, en su motivación y compromiso, para conseguir una mayor rentabilidad social de sus políticas y, por tanto, de su reputación y consideración pública.

En el tránsito desde una administración burocrático-reactiva hacia otra que se apoya en políticas de responsabilidad social, o lo que es lo mismo, desde el «cómo» al «para quién» se hacen las cosas, enfocada al resultado y a la satisfacción de las necesidades y expectativas de las partes interesadas, encontramos puntos de apoyo que son principios de actuación facilitadores, tales como la accesibilidad, transparencia, simplificación, racionalización, agilidad de las actividades

¹⁰ CANYELLES, J.M., *Revista de Contabilidad y Dirección*, 2011. Se refiere el autor a los distintos caminos que están llevando a las Administraciones Públicas a la RS, ya sean los modelos de gestión interna, el contexto empresarial, los procesos de diálogo con las partes interesadas, el estilo político y de dirección, etc.



de gestión, concurrencia y competencia, igualdad de trato, y eficiente utilización de los recursos públicos.

Una norma convencional, como ISO 9001:2015, contempla la relación con las partes interesadas para aumentar y crear valor y un *flujo estable de productos y servicios*. Entre estas partes interesadas, cita a los proveedores, socios, clientes, inversionistas, empleados y la sociedad en general, previendo relacionarse con todas ellas, compartiendo información, experiencia y recursos. La razón de la norma se encuentra en la necesidad de asegurar la consecución de unos objetivos que, en el caso de una entidad privada persiguen la estabilidad en la producción de bienes y servicios, y en el caso del órgano de contratación la más solvente y eficiente colaboración del contratista para obtener bienes y servicios de gran calidad con los que satisfacer las legítimas aspiraciones de la comunidad vecinal o de otras partes interesadas.

El concepto de parte interesada resulta así un conglomerado, a veces de intereses contrapuestos, que han de tenerse en cuenta en los procesos de gestión de las administraciones públicas, y en el de contratación especialmente, por contener unos *insumos* sociales, medioambientales y económicos que determinan el mejor acierto de unas prestaciones públicas, derivadas de la realización de los fines institucionales que le son propios. Así, ciudadanos, asociaciones profesionales y económicas, culturales, educativas, religiosas, sindicatos, etc., informan esa fase previa del proceso como es el diseño de la prestación, recogiendo sus necesidades y expectativas; empleados, contratista y proveedores, habilitan las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato y, finalmente, los ciudadanos y otras partes interesadas, reciben el resultado en modo de obras, suministros o servicios,



verificando si corresponden a las necesidades y expectativas planteadas inicialmente.

Comprender esta secuencia no es una cuestión menor, las organizaciones más maduras la tienen en cuenta porque de ella depende su permanencia en el sector. Sin embargo, esto no ocurre habitualmente en las Administraciones Públicas que, como algo excepcional, van a establecer indicadores de medición cuando sean requeridos por terceras instancias, tal es el caso de los fondos Next Generation EU (NGEU), mediante el señalamiento de hitos y objetivos, evaluables periódicamente, y aún así lejos de tener en cuenta a las partes interesadas que comentamos.

También la LCSP 2017 se hace eco, en diversos artículos de la accesibilidad para las partes interesadas, ya sea con ocasión de la acreditación de requisitos mediante certificaciones o etiquetas; en la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales; en la disponibilidad de la información y especificaciones técnicas necesarias para la presentación de electrónica de las ofertas; o en la participación de las estructuras de dirección de la organización que ejecute el contrato para los supuestos de reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud.

A la pregunta de cómo puede un órgano de contratación mejorar sus procesos de compra pública, especialmente en la fase de adjudicación, consiguiendo una mayor concurrencia de licitadores, con los instrumentos que le provee la normativa de contratación, quizá haya que buscar la respuesta en la opinión de los interesados. Cuestiones tales como la inclusión de cláusulas sociales de género, personas con discapacidad, mejora de las condiciones salariales y laborales, conciliación de la vida familiar, laboral y personal, o criterios de compra verde, claridad de los criterios de adjudicación, relación de la



calidad-precio del contrato, adecuación a los precios de mercado, etc.; son algunas que pueden consultarse a los licitadores habituales del órgano de contratación, para tomar con el mejor de los aciertos las decisiones sobre el nuevo diseño de los contratos.

Las consultas preliminares al mercado se aproximarían, por sus beneficios, a esta consulta más amplia que tratamos, ambas preguntan a los operadores económicos con la finalidad de preparar correctamente la licitación, pero éstas presentan un ámbito más reducido, el del futuro contrato, en el que aun resultando de interés cuestiones como las citadas, se circunscribirían solo a éste.

La invisible mejora regulatoria del proceso. Sus intangibles

1.4. Introducción

Descubiertas las áreas de mejora del proceso de contratación, cabe pensar ahora en las fórmulas para llevar a cabo las correspondientes acciones correctoras, sin necesidad de esperar a unas mejoras regulatorias que no llegan o, aunque llegasen, no aseguran su utilidad en una gestión que antes de activarse mediante incentivos legales, reacciona de modo más ágil y efectivo a paradigmas relativos a la planificación, la calidad de servicio, el control de ejecución o la profesionalización de los gestores, entre otros. Es decir, no porque la norma diga lo que ha de hacerse está garantizado su cumplimiento, ni siquiera bajo la amenazante sombra de su régimen sancionador, si no va acompañado de un cambio de cultura organizacional interna (CAMPOS,



2016)¹¹ y de una constante comunicación con los grupos de interés.

De ahí que hablemos de la invisible mejora regulatoria del proceso, de la más eficiente, de la que busca cómo afianzarse en el «tuétano» de la maquinaria administrativa, generando un cambio de cultura organizativa que redunde en una nueva gestión orientada a la satisfacción de necesidades y expectativas ciudadanas y, en definitiva a la buena administración y al bien común. Quizá se imponga un nuevo escenario de abandono de la visión jurídico-formal de la contratación pública, sustituida por una disciplina que exige pautas técnicas, modelos estandarizados, diálogo constante, error y acierto, estadística, retos y fracasos (BLANCO, 2022)¹².

1.5. La planificación

En este contexto de buena administración al que nos referíamos en el apartado anterior, con el objetivo de

¹¹ CAMPOS ACUÑA, M.C., «Una proyección de futuro: Retos de las Entidades Locales ante el nuevo marco normativo y medidas para garantizar su cumplimiento», Capítulo 4, en AAVV del libro *El nuevo procedimiento administrativo Local tras la Ley 39/2015*, (coord. por CAMPOS, M.C.), Wolters Kluwer España, S.A. 1ª edic. (abril 2016). [...] «no será suficiente la aprobación de normas de procedimiento y organización de las AAPP, sino que es precisa una auténtica transformación en el modelo de administración, claramente vinculada a elementos de naturaleza más práctica.»

¹² OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (OBCP), «La organización de la contratación pública estratégica», acceso web visitado el 5 de abril de 2022: <https://obcp.es/opiniones/la-organización-de-la-contratacion-publica-estrategica>



hacer partícipes a los grupos de interés de las intenciones de la Administración de solicitar la colaboración de sus proveedores de servicios, para cumplir con sus fines institucionales, la planificación se erige como principio profesionalizante para la gestión del cambio, la innovación y el emprendimiento público.

Si nos preguntáramos para qué sirve la planificación, la respuesta sería obvia, para fijar objetivos de proceso para un período determinado, tales como la elaboración y licitación de proyectos de obras, de suministros o de servicios, su contratación y ejecución subsiguiente. La planificación pretende fijar los recursos necesarios para proporcionar los resultados previstos, conforme a unas necesidades y expectativas dadas, indicadores y metas.

Lo podemos ver con mayor claridad en la siguiente figura:



Figura 2. Fuente ISO 9001:2015

Donde se representa la secuencia lógica: planificar-hacer-verificar-actuar.



La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹³, la define como *«análisis de necesidades y de potenciales alternativas para la correcta definición de estrategias»*, sugiriendo que la normativa de contratación pública no es especialmente sensible al grado de relevancia que debería ostentar. La CNMC, señala algunas ventajas de la planificación, tales como la identificación de necesidades de la organización categorizándolas, para ajustarlas a los recursos disponibles, la de favorecer la toma de decisiones en cuanto a la estructura y organización internas, la mejora de la gestión económico-financiera derivada de la identificación de necesidades, y la que es más importante, la información al sector privado sobre las necesidades de las entidades del sector público a satisfacer en un marco temporal, *«lo que le permite preparar sus propuestas y facilita el acceso al mercado, especialmente de las pymes.»* Las carencias de planificación, concluye, provocan diferentes patologías en la gestión de la Organización, tales como la utilización abusiva de procedimientos poco favorecedores de la competencia (menores y negociados), falta de transparencia y publicidad, fraccionamiento injustificado de los contratos, y falta de claridad en los criterios de adjudicación, entre otros.

Estas pinceladas básicas sobre planificación en general, nos descubren algo que es obvio cuando se trata de contrastar las técnicas de gestión recogidas por los sistemas de gestión privados con los principios - desgraciadamente solo principios- de buena

¹³ Véase el documento «La Planificación como herramienta para impulsar la competencia y la eficiencia en el aprovisionamiento público (G-2019-02)», acceso web visitado el 29 de marzo de 2022: <https://www.cnmc.es/file/300481/download>



administración que contiene, por todas, la Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 3.1(g (Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas), y es que la técnica de la planificación está prácticamente ausente de la gestión pública. De ahí que, pese al mérito de incluirla en la LCSP 2017, su única referencia sea en el Capítulo I del Título I de la misma, que trata de la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, cuyo artículo 28, en su apartado 4, señala:

«Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada».

Indudablemente nos hubiera gustado una mejor justificación de su porqué, que se intuye, también un mayor desarrollo, que siempre anima al gestor a introducir en su «caja de herramientas», algo de tanto valor.

Por tanto, ahora sí, concretando la respuesta al ámbito de la contratación pública, consiste en dar a conocer a los operadores económicos las necesidades de obras, suministros y servicios que pretenden satisfacerse mediante los contratos proyectados, para que, con la debida anticipación puedan estudiar y preparar sus ofertas, actividad que redundará en una más transparente y no discriminatoria contratación pública y, por ende, en la obtención de ofertas la máxima calidad para el órgano de contratación. La planificación se incluye entre las medidas para facilitar a las PYMES el



acceso a los contratos públicos (MARTÍNEZ, 2018)¹⁴, contribuye a la racionalización del gasto público y a la transparencia (CAMPOS, 2020)¹⁵, y facilita una mayor concurrencia de los licitadores, si conocen con antelación las necesidades (DONCEL, 2020)¹⁶

La vertiente interna del plan preconiza una gestión de la contratación más eficiente, adaptando flexiblemente la estructura administrativa dedicada a la misma, lejos de las rigidices propias de los departamentos estancos, migrando desde un enfoque de espera y reacción, a otro cambiante en función de las necesidades temporales de la actividad contractual. La vertiente externa tiene como objetivo que los operadores económicos prevean, analicen y presenten sus mejores ofertas, compatibles con su propia calendarización de actividades. Si bien, hemos de reconocer, que no existen evidencias que relacionen la mejora de ofertas, incluso una mayor muestra de licitadores por licitación, con la ejecución del

¹⁴ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Medidas para facilitar a las PYMES la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica* nº 153, enero-febrero 2018, Nº 153, 1 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer. Indica el autor que: «una de las limitaciones que se ha señalado para que las pymes puedan preparar adecuadamente sus ofertas es precisamente el «reducido plazo para presentar las ofertas», por eso, si conocen con antelación las licitaciones que se van a convocar a lo largo de un año, tendrán más opciones de presentarse con una oferta adecuada».

¹⁵ CAPOS ACUÑA, C., ¿Cómo afecta el COVID19 al Plan anual de contratación?, acceso web visitado el 29/03/2020: <http://concepcioncampos.org/como-afecta-el-covid19-al-plan-anual-de-contratacion/>

¹⁶ DONCEL RODRÍGUEZ, C., «El plan de mejora de contratación pública local. Una oportunidad para los pequeños y medianos municipios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2020. Marzo, Nº 3, 1 de marzo de 2020, Editorial Wolters Kluwer.



plan. Y ésta sí que es una debilidad, la evaluación debe arrojar datos sobre la mayor eficiencia que se busca, y sirve para corregir las desviaciones detectadas.

A tener en cuenta, finalmente, algunas recomendaciones para la elaboración del Plan, que repercuten directamente sobre su eficacia, tales como: estar atentos a las resistencias propias de la gestión del cambio, necesario para migrar desde una cultura burocrático-garantista hacia una nueva gestión, orientada a resultados y centrada en los ciudadanos y partes interesadas; armonizar su confección con el presupuesto, ambos de benefician de las sinergias propias de una actividad que es económica; el plan ha de ser completo, huyendo de interpretaciones restrictivas limitadas a los contratos sometidos a regulación armonizada, pues de este modo se pierde su principal valor como herramienta para la mejora de las ofertas y del acceso de PYMES; prevenir períodos «valle» en la sucesión de contratos, al preparar los expedientes con suficiente antelación; y evaluar, para revisar continuamente las desviaciones que se detecten.

1.6. La calidad de servicio

¿Qué entendemos por calidad de servicio, qué sentido tiene hoy aplicar calidad a la Administración Pública, sirve para algo?, son preguntas un tanto retóricas, pero que continuamos haciéndonos cuando se trata de mejorar nuestros servicios públicos a través de las herramientas, entre ellas una portentosa, la de la contratación pública que, como en este trabajo se intenta demostrar, para asegurar una respuesta eficaz y eficiente en la adquisición de bienes y servicios o para



garantizar los derechos ciudadanos, a menudo son insuficientes e ineficientes (MORENO, 2014)¹⁷.

La Guía de la Calidad de la Administración Pública de la Comisión Europea¹⁸ dice que:

«La calidad de la administración pública es importante para la competitividad económica y el bienestar social. En el marco de demandas crecientes y recursos menguantes, las organizaciones del sector público deben ser más eficaces y eficientes. La Gestión de la Calidad Total¹⁹ (GCT) trata de la movilización permanente de todos los recursos para mejorar

¹⁷ MORENO MOLINA, J.A., «La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano: una excelente manifestación del derecho fundamental a la buena Administración». Actualidad Administrativa, núm. 3, (marzo de 2014). En referencia al art. 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA. «Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores. Versión resumida 2016». Editada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública. La versión original de esta obra, Quality of Public Administration. A Toolbox for Practitioners, ha sido elaborada por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea. Traducción: Departamento de Calidad de los Servicios de AEVAL (Joaquín Ruiz, Enrique Sánchez, Rosa Vargas).

¹⁹ JUANES, B., BLANCO, J., *El Gato de Alicia. Modelos de calidad en la Administración Pública*. Galgano España, Consultores de Dirección. Galgano España, (2001), p. 10. «La gestión de Calidad total es una estrategia de gestión cuyo objetivo es que la organización satisfaga de una manera equilibrada las necesidades y expectativas de sus clientes, tanto a los que compran sus productos o servicios, como a los que trabajan en la empresa, así como los accionistas o la sociedad en general y todo ello respetando el entorno medioambiental y colaborando en su desarrollo. La Calidad Total es, por tanto, una filosofía, una opción de vida, una estrategia, un estilo de gestión.»



todos los aspectos de una organización, la calidad de los bienes y servicios prestados, la satisfacción de sus grupos de interés y su integración con el medio ambiente.»

Esta calidad, no preceptiva sino voluntaria, de la que hablan los modelos de gestión la encontramos en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública. Su Capítulo I, nos descubre ese contenido finalista de las herramientas:

«una gestión pública se orientará a la calidad cuando se encuentre referenciada a los fines y propósitos últimos de un Gobierno democrático, esto es, cuando se constituya en: a. Una gestión pública centrada en el servicio al ciudadano y, b. Una gestión pública para resultados».

En el sentido propuesto, los beneficios son evidentes: desde un elemento facilitador del cambio cultural de sustitución de un cultura burocrática en exceso garantista y despreocupada de la atención al ciudadano y a los grupos de interés, que planifica sus actividades, racionaliza, simplifica y normaliza los procedimientos, que los somete a control de resultados y revisa favoreciendo la mejora continua, mediante el análisis de desviaciones y realización de acciones preventivas y correctoras; hasta la mayor motivación de los empleados mediante el trabajo en equipo, la asunción de responsabilidades y compromisos, y la escucha activa de las partes interesadas. Con todo ello se pretende conseguir una ventaja competitiva frente a otras Administraciones, y pese a que, en la mayoría de los casos, los ciudadanos son «clientes cautivos» sin posibilidad de elección alternativa de servicios, no es baladí la opinión que éstos tienen de su Ayuntamiento, por ejemplo, frente a otras Entidades próximas, y tampoco es una cuestión menor, la de poseer una maquinaria administrativa mejor dispuesta para captar los fondos NGEU, frente a otras de similares características.



Después de esta breve introducción, referida a la calidad de servicio en general, montada la infraestructura, mediante este «intangible» que nos predispone a la adquisición de obras, suministros y servicios de gran calidad como objetivo, es momento de centrarnos en la herramienta de la contratación pública, cuyos aspectos cualitativos no tienen por qué suponer un mayor gasto, ni cuestionar el fundamento del principio de eficiencia exigible en toda contratación pública (GIMENO, 2018)²⁰

¿Pero cómo incluimos calidad en la contratación pública?, (GONZÁLEZ, 2021)²¹, la concreción afecta a aspectos exógenos al proceso de licitación nos dice el autor (la negrita es nuestra), refiriéndose a la calidad de la organización que adjudica el contrato, entrando en juego el precio y las condiciones de prestación, bajo el criterio de obtener más valor por el dinero invertido. Y aunque la calidad manifiesta su utilidad en el momento de la planificación y diseño del contrato, en la admisión de licitadores, en la fijación de las especificaciones técnicas, y en la ejecución y revisión de la experiencia obtenida; es en la fase de adjudicación, mediante la concreción del binomio calidad-precio, donde causa un mayor impacto.

La calidad, considerada en su concepción clásica (valor intrínseco o por sí mismo) o finalista (capacidad para

²⁰ GIMENO FELIU, J.M., «50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública». Club Excelencia en Gestión. noviembre de 2018. Señala el autor que «*el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos [...]»*

²¹ GONZÁLEZ, J.V., acceso web visitado el día 31 de marzo de 2022, en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2021/09/24/calidad-contratacion-publica/>



satisfacer unas necesidades, específicas del contrato o relacionadas con él) no puede desligarse del precio que la modula y le da proporcionalidad, estableciéndose una relación directa entre la graduación de calidad del objeto del contrato y el precio pagado por la misma, sin desechar otras amplias combinaciones que, por posicionamiento en el mercado, economías de escala, estocaje, transporte, cercanía al lugar de producción, etc., los operadores económicos estén en condiciones de ofrecer mejores y más baratos productos y servicios. No es lo habitual. Cuando se les pregunta a las PYMES cómo pueden competir con los grandes operadores económicos, responden que en calidad, y cuando ésta no interesa tanto al órgano de contratación y, en consecuencia, no se valora suficientemente, fijando una mayor ponderación en el precio, desaparecen de la escena y con ellos la mejor calidad productiva, comercializadora o de prestación.

A otros sistemas de retribución de los contratos, como los incentivos a una mejor ejecución, se refiere GIMENO, poniendo como ejemplo el sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir las cosas correctas), que supone la sustitución del pago por volumen por el modelo del «pago en salud por resultado conseguido», para ayudar a obtener una mayor calidad en prestaciones sensibles²². En realidad, consiste en asegurar que una compra resulta de una combinación de

²² GIMENO FELIU, J.M., «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 202, 2019, págs. 325-340.



eficiencia, eficacia y economía (GARCÍA, 2021)²³, basada en competencia e innovación.

De todo ello se deduce que, si pretendemos esa «gran calidad», deberemos hacer un esfuerzo adicional en ponderar a la baja el criterio precio, para que la «batalla» de la concurrencia se libere en el campo de la calidad, sin los típicos riesgos inducidos-ocultos por ofertas que esconden la necesidad de obtener un contrato con la expectativa de que será modificado, o incumplimientos de normativas sociales, laborales o medioambientales (PALACÍN, 2019)²⁴. Pero cuidado, la distinta solvencia de las empresas, tanto técnica como económica, asociada a la pericia de los equipos que ejecutarán el contrato, así como la capacidad de innovar, su posición en el mercado y aprovechamiento de infraestructuras, puede revelarse como un elemento de óptimo rendimiento para la prestación a contratar, propiciando ofertas de gran calidad a precios muy competitivos. De ahí el rendimiento comparado de las ofertas, requerido en el considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE, inseparablemente unido a los criterios de adjudicación y su vinculación al objeto del contrato. El rendimiento comparado de las ofertas, combina criterios y ponderaciones previamente diseñados por el órgano de

²³ GARCÍA MOLINERO, A., «La mejora del «value for money» en las compras públicas, algunas propuestas», acceso web visitado el 2 de abril de 2022: <https://reflexionesdeuninterventor.com/2020/06/05/la-mejora-del-value-for-money-en-las-compras-publicas-algunas-propuestas/>

²⁴ PALACÍN SÁENZ, B., «La eficiencia en el gasto público y su relación con las características sociales, medioambientales y de innovación de los contratos» del libro *Guía de integridad en la contratación pública local*, , Bloque II, Cap. III, coordinación CAMPOS ACUÑA, C., FEMP. Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, 2019, pág. 82.



contratación y son directamente responsables de la obtención de la oferta más ventajosa en calidad-precio, según la competencia e innovación de las empresas concurrentes a la licitación. Las denominadas por LÓPEZ, J. y GADEA, A.²⁵ *tres E* (economía, eficiencia y eficacia), óptimamente combinadas, como señala GARCÍA, han de servir a este propósito, y para ello, la variable precio (economía), fruto de la reducción del coste de los recursos empleados, tendrá en cada caso, en cada contrato, una ponderación adecuada que no ponga en riesgo los estándares de calidad requeridos, de los que el value-for-money, no es sino una variable de rendimiento (eficiencia) de la prestación.

Finalmente, que el programático artículo primero de la LCSP 2017, sostenga el convencimiento de que la incorporación de criterios sociales y medioambientales, proporciona una mejor relación calidad-precio, y pese a la falta de evidencias (PALACÍN, 2022)²⁶, nos conduce a la búsqueda de la calidad de servicio, en aspectos exógenos, aunque vinculados al objeto del contrato, tales como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética, las fuentes renovables, el mantenimiento de los recursos naturales, o las finalidades sociales, entre otras, de fomento de la integración social de personas con discapacidad, desfavorecidas o en riesgo de exclusión social, la igualdad entre mujeres y hombres, el fomento de la contratación femenina, la mejora de las condiciones salariales y laborales, la estabilidad en el empleo, la

²⁵ LÓPEZ, J. y GADEA, A., «Una nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno», IVAP, 2001. Pág. 25.

²⁶ PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la Contratación Pública*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Administrativo, 2022, pág. 581.



formación, la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social, el comercio justo, y la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato.

Una vez más este intangible, constituido por el binomio calidad-precio, hay que buscarlo, como dice GONZÁLEZ, en la calidad de la organización y en la profesionalización de los gestores (la negrita es nuestra), especialmente en el diseño del contrato, conociendo bien el mercado, la combinación de las *tres E*, y la consideración de los aspectos sociales y ambientales que pueden introducirse en el contrato. Y esto, no lo encontramos siguiendo el articulado de la LCSP 2017, ni el de sus normas de desarrollo.

1.7. El control de ejecución no formal.

Seguimos desgranando el conjunto de intangibles asociados a la contratación pública que, sin formar parte de su contenido normativo, estrictamente considerado, nos ayudan a obtener unos servicios de calidad, marcando diferencias cualitativas entre los órganos de contratación, que siguen un mismo procedimiento, el administrativo de la compra pública.

Como sabemos, no existen requisitos precisos, mucho menos claros, para el ejercicio de la función de supervisión, lo que de suyo genera una importante área de mejora en esta función, al incrementar ineficiencias y costes intolerables, especialmente derivados de la falta de atención de los aspectos estratégicos del contrato, como los beneficios sociales y medioambientales comprometidos. Realidad que tiene origen en la falta de una auténtica responsabilidad social, cuya causa cercana se encuentra en la falta de profesionalización que caracteriza a la contratación pública.



El control, en su concepción formal, deja entreverse en el artículo primero de la LCSP 2017, ligado al gasto público y persigue el objetivo de la eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, aunque no se relaciona todavía con la ejecución del contrato. Y, sin embargo, la eficiencia, al margen del control financiero interno y el realizado por los órganos de control externo, requiere de un eficaz control de ejecución material de las prestaciones por el responsable del contrato, el director de la obra, o la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, resultando rentable por la mejor adecuación entre el precio pagado y la prestación obtenida, sin los «desperdicios» típicos de una confiabilidad a ciegas en el operador económico, contratista.

Rigor para no apartarse de lo contratado, funciones concretas, control material y formal (MARTÍNEZ, 2016)²⁷, diseño de mecanismos de control (SOLORZANO, NAVÍO Y CONTRERAS, 2015)²⁸, límites a la actuación inspectora (ORTEGA, 2014)²⁹ y control de objetivos primarios y estratégicos (GORDO, 2021)³⁰, sin control, no hay competencia real, sino «meros juegos de artificio» (GALLEGO CÓRCOLES, 2017)³¹; son requisitos

²⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer 2016. Pág. 298.

²⁸ SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, *Real Nueva Época*. Núm. 4, julio-diciembre de 2015.

²⁹ ORTEGA OLIVENCIA, Luis, «El coste de los servicios públicos locales». *El Consultor* 5-2014, Wolters Kluwer, pág. 5.

³⁰ GORDO CANO, D., *Contratación Administrativa Práctica* nº 171, enero-febrero 2021.

³¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación



demandados por la doctrina sobre un eficiente control de la fase de ejecución de las prestaciones.

La importancia de la función de control ha sido puesta de manifiesto también por el Tribunal de Cuentas Europeo³², sobre la posibilidad de realizar controles o auditorías; la Comisión Europea³³, criticando la falta de un órgano independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento legal en la contratación pública; el Consejo de Europa³⁴, interesando la mejora de los mecanismos de control en los procedimientos de contratación pública en todos los niveles de gobierno; los órganos de control externo, diciendo que sería recomendable un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos³⁵, o que la figura del responsable del contrato está muy poco utilizada de cara a comprobar la plena satisfacción de las necesidades y reportar al órgano de contratación criterios para la mejora en futuras contrataciones³⁶; y la

pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, enero - diciembre 2017, págs. 92-113.

³² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Condiciones Generales de los Contratos de suministros, servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo-Junio 2016*

³³ COMISIÓN EUROPEA, Brussels, 27.7.2016, Recomendación (14)

³⁴ COM (2018) 408/3, Recomendación del Consejo. Recomendación relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España.

³⁵ Tribunal de Cuentas, «Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus Organismos dependientes durante el ejercicio 2013»

³⁶ Informe de fiscalización de la actividad contractual de la Administración y del resto de Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluidas en el ámbito subjetivo de la ley 30/2007, de 30 de octubre, ejercicio 2011.



OIREscon³⁷, considerando que la ejecución del contrato es la fase en la *«que tradicionalmente ha existido menos acento en estudio, seguimiento y control, sin perjuicio del control económico presupuestario ejercido por las intervenciones y órganos responsables que conlleva la ejecución del presupuesto.»*

Esta afirmación de la OIREscon resume con precisión el tipo de control, no formal, que da título a este apartado, y explica por qué no es suficiente la supervisión reglada atribuida a los órganos de control interno y externo, reclamándose la necesidad de acometer actuaciones que vayan más allá de la mera comprobación de un acta de recepción y de su factura (GARCÍA, 2019)³⁸. Se necesitan reformas en la función de supervisión que conducen a una revisión del modelo mayoritario de control existente, de órgano unipersonal dedicado en la mayoría de los casos a la realización de un control muy formal, documental, pero lejos de una comprobación material, especialmente referida a los beneficios sociales comprometidos en el contrato.

De los diferentes modelos organizativos estudiados (DONCEL, 2020)³⁹ sobre la creación de unidades de supervisión estable, desempeñadas por empleados públicos especializados, que desarrollan mecanismos de

³⁷ OIREscon. Informe anual de supervisión de la Contratación Pública de España (Diciembre 2019)

³⁸ GARCÍA MOLINERO, A., «Sobre el control de la fase de ejecución de los contratos públicos: evasión o responsabilidad!», acceso web visitado el día 1 de abril de 2022 en:

<https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>

³⁹ DONCEL RODRÍGUEZ, C., *Código de Buenas Prácticas en Contratación*, (FEMP), 2020, págs. 171-182.



evaluación; puede extraerse un conjunto de funciones que apoyan el plus prestacional en materia de control de ejecución que perseguimos. En este sentido, como complemento de las funciones atribuidas a los responsables de contrato en los pliegos tipo, en Instrucciones o protocolos, pueden definirse las siguientes:

- Colaborar en la fase de diseño del contrato, aportando conocimientos técnicos para valorar la oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.
- Velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el PCAP u ofertadas por el adjudicatario en su proposición, de tipo estratégico, relacionadas con beneficios sociales y medioambientales.
- Recepcionar los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
- Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

El aumento de los recursos dedicados a la supervisión se justifica por los ahorros derivados de una contratación de calidad y también eficiente, que proyecta sus efectos



sobre la ausencia de modificados no justificados, mayor calidad prestacional, derivada de los compromisos tal y como han sido pactados, mayor número de usuarios atendidos, en su caso, menos reclamaciones, mayor motivación de los trabajadores al servicio del contrato, hitos reputacionales de carácter social por la creación de empleo indirecto para los más vulnerables y eliminación de los impactos que en el medio ambiente tiene el consumo de bienes y servicios, etc. Pero esta ecuación entre costes y beneficios o ahorros procedentes de la supervisión, es difícil de cuantificar. La falta de evaluación de la fase de ejecución de los contratos, nos lleva a establecer una mera presunción a favor de la creación de esta estructura autofinanciada, si bien, susceptible de demostración, mediante comparación de contratos similares en diferentes períodos, con y sin estructura de supervisión.

1.8. Profesionalización de los gestores de la contratación pública

Que las administraciones públicas necesitan personas con vocación de servicio, no es una novedad, aunque el cambio y la mejora transformadora de las mismas depende igualmente de las actitudes, del liderazgo y de no acomodarse *«en un nicho ambiental que condiciona su comportamiento futuro y al que ha de adaptar sus intenciones iniciales»* (NIETO, 1988)⁴⁰

Pero este cambio no ocurrirá por la propia inercia de los entes públicos, sino que requiere, en primer lugar, atraer a los profesionales que se necesitan, estimularlos para el cumplimiento eficiente de sus funciones, proporcionar la formación adecuada, también su promoción, y facilitar

⁴⁰ NIETO, A., *La Organización del Desgobierno*. Ed. ARIEL, S.A., 4ª edición 1984. Pág. 107



una gestión ágil y flexible del personal, capaz de adaptarse a un entorno cambiante, condicionado por las necesidades de los ciudadanos. Así lo reconoce la exposición de motivos del EBEP, al considerar al personal como pieza clave para contar con unas administraciones adaptadas a las complejas exigencias sociales de nuestro tiempo, que debe responder a *«una nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo ésta como el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación, responsabilidad, eficacia y coherencia»*⁴¹. La norma estatutaria básica tiene como finalidad la de mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la administración, y ésta podrá cumplir las funciones que le son propias si las personas que en ella trabajan lo hacen desde el compromiso con el servicio al interés general (RODRÍGUEZ-ARANA, 2013)⁴². Tarea, por otra parte, nada fácil, debido a los procesos selectivos de tipo memorístico, en los que algunas competencias actitudinales están ausentes, a que tampoco se ha producido una auténtica involucración de las personas en la gestión, de modo que se sientan partícipes de los procesos y, por último, a que algunos requerimientos sociales van más allá de las competencias profesionales y generan desprotección e impotencia (SERRANO, 2013)⁴³

⁴¹ Introducción del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005.

⁴² RODRÍGUEZ-ARANA, J. *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*. INAP, Netbiblo, S.L. 2013. Pág. 18

⁴³ SERRANO CANÓN, M. «Calidad instrumento facilitador del cambio en las Administraciones Públicas». Ayuntamiento de Málaga, (2013)



La manera de «apuntalar» el compromiso de los gestores es la profesionalización del empleo público, que responda a las competencias y valores de eficiencia, transparencia, integridad, y calidad, para acortar el *gap* existente entre expectativa y satisfacción de los ciudadanos. La calidad, como bien dice el epígrafe 32 de la Carta Iberoamericana de Calidad, *«la construyen las personas, y el éxito de una Administración Pública depende del conocimiento, habilidades, creatividad innovadora, motivación y compromiso de sus autoridades, directivos y demás funcionarios públicos»*

Todos los modelos de gestión de la calidad, entre ellos los ya citados, ISO y E.F.Q.M., se refieren a organizaciones excelentes que valoran a las personas, las integran y crean una cultura que permite lograr los objetivos personales y de la organización, incentivando su compromiso. Con ello se consigue atraer, desarrollar y retener el talento necesario para satisfacer sus necesidades, secuencia que nos recuerda la introducida en el EBEP, de atraer, motivar y retener a los empleados públicos, como garantía de la prestación de servicios de calidad, respecto de los que la contratación pública es un instrumento que activan profesionales de diferentes áreas del conocimiento.

Sabemos que la contratación pública se ha vuelto poliédrica, por la necesidad de especialización, laboral, económica, social, jurídica y medioambiental, pero también en el ámbito de la planificación estratégica, la gestión de proyectos y riesgos (GIMENO, 2018)⁴⁴ principales basamentos todos ellos de la preparación, adjudicación y ejecución del contrato, necesarios para la

⁴⁴ GIMENO FELIU, J. M., *50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública*, Club Excelencia en Gestión, noviembre de 2018, pág. 10.



obtención de los mejores resultados, acordes con las necesidades y expectativas ciudadanas y fines institucionales.

Se precisa, por tanto, analizar las necesidades profesionales desde las distintas fases del proceso (GONZÁLEZ, 2017)⁴⁵. El gestor de la contratación pública, viene a ser un Director de la contratación, y además de sus funciones tradicionales, debe asumir la planificación, la gestión de proyectos, la evaluación y gestión de riesgos, etc. (SANMARTÍN, 2011)⁴⁶

La OCDE, en el documento «Integridad en la contratación pública»⁴⁷, de 2009, desafío 2: «Cómo convertir la contratación pública en una profesión estratégica», expresa que *«la contratación pública es un factor significativo para gestionar correctamente los recursos públicos y, por ello, deberían considerarse como una profesión estratégica y no sólo como una función administrativa [...]»* Esta profesión, añade, desempeña una función central en la prevención de la mala gestión, minimizando las posibilidades de corrupción en el uso de los fondos públicos. El responsable de la contratación, a los que el estudio denomina, «gestores contractuales», deben poseer nuevos conocimientos, complementarios de los tradicionales, que abarquen la gestión de

⁴⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L., «El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España» *Contratación Administrativa Práctica*, nº 148, 2017. Pág. 4.

⁴⁶ SANMARTÍN MORA, M.A., «El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública», Observatorio de Contratación Pública. Acceso web visitado el 5 de abril de 2022:

<https://obcp.es/opiniones/el-reto-pendiente-hacia-la-profesionalizacion-de-los-gestores-de-la-contratacion-publica>

⁴⁷ Acceso Web visitado el día 5 de abril de 2022, <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>



proyectos y aptitudes de gestión de riesgos, ante mercados globalizados y, en muchos casos, inestables. Visión que refuerza el organismo en la Recomendación de 2015⁴⁸, sobre contratación pública, en la que insta a sus Estados miembros a disponer de un personal dedicado a la contratación pública, con capacidad de aportar en este ámbito la debida rentabilidad, lo que traduce en un alto nivel de capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito, así como el fomento de la colaboración con Universidades, think tanks o centros políticos, a fin de mejorar las capacidades y competencias.

Por su parte, la Comisión Europea, en su Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre, sobre la profesionalización de la contratación pública, se refiere a una política eficaz de profesionalización en torno a los objetivos de lograr respaldo político, mejorar la formación y la carrera de los profesionales de la contratación pública y proporcionar herramientas y metodologías de apoyo a la práctica profesional. Y el Manifiesto por una compra pública responsable⁴⁹, solicita de los poderes adjudicadores una adecuada gestión del cambio que permita garantizar la profesionalización de los compradores públicos.

Ya en nuestro derecho interno, el art. 334 de la LCSP 2017, relativo a la Estrategia Nacional de Contratación Pública, documento que ha de aprobar la OIREscon, se refiere a la promoción de la profesionalización, mediante actuaciones de formación del personal del sector público

⁴⁸ Acceso Web visitado el día 5 de abril de 2022, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

⁴⁹ Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable. Acceso web visitado el día 5 de abril de 2022 en: <https://www.obcp.es/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>



que participa en los procesos de contratación, en el marco de un plan específico.

Sin embargo, la realidad, una vez más, se muestra tozuda, y pese a la relevancia que la profesionalización de los gestores tiene para apuntalar su compromiso con la calidad de servicio, se detectan importantes áreas de mejora. Así, la Comisión Europea⁵⁰, nos indica que el bajo nivel de profesionalización de los compradores públicos, constituye un problema sistémico en muchos estados miembros, siendo de vital importancia la mejora de las competencias en todas las etapas del proceso, incluidas las competencias electrónicas y estratégicas, que requieren del conocimiento de los mercados y herramientas innovadoras

La propia OIREsCon, en su informe anual de 2021, detecta: una generalizada ausencia itinerarios de especialización, la formación impartida, pese al esfuerzo llevado a cabo, se muestra insuficiente para cubrir las necesidades demandadas, los temas incluidos en los temarios de acceso al empleo público son irrelevantes en número, y aconseja: la revisión de la programación de la actividad formativa para abordar las necesidades existentes, el refuerzo de la formación especializada para permitir la creación de itinerarios acordes a la complejidad de la materia, establecer en los cursos selectivos de acceso al empleo público, una formación específica en el ámbito contractual con alto contenido

⁵⁰ Véase la Comunicación de la Comisión Europea, «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», de 3 de octubre de 2017, COM(2017) 572 final. Según un estudio (Bandiera, Prat, Valletti, 2008), la falta de competencias profesionales en el ámbito de la contratación es un problema incluso más importante que la corrupción: el 83 % de los recursos malgastados en adquisiciones públicas es consecuencia de la falta de profesionalización y de incentivos y solamente el 17 % se debe a la corrupción.



práctico, y aumentar el contenido de los temas sobre contratación pública en las pruebas selectivas de acceso a la Administración Pública.

Relevante factor el de la profesionalidad en el conjunto de intangibles de la contratación pública, capaz de marcar la diferencia entre los órganos de contratación para conseguir la mejora de la calidad de servicio, obteniendo bienes y servicios que acreditan una eficiente utilización de los recursos públicos, y un mayor valor por el mismo precio, sin variar un ápice el procedimiento administrativo.

1.9. Innovación del proceso, sometido a mejora continua.

Cuando nos referimos a la excelencia en la gestión pública, necesariamente hemos de citar conceptos tales como añadir valor para los ciudadanos, transformando sus necesidades y expectativas en prestaciones y servicios útiles, sostenibles y competitivos, el desarrollo de la capacidad de la organización mediante la simplificación de los procesos, la racionalización y planificación, la creatividad y la innovación como fórmula para mejorar las herramientas existentes, liderar con visión e integridad, promoviendo la profesionalización de los gestores, mejorar el desempeño de los empleados, su neutralidad y objetividad, gestionar con agilidad las actividades, la dirección por objetivos, datos e indicadores, la gestión por competencias, y mantener en el tiempo los resultados sobresalientes.

La Comisión Europea insiste en el espíritu de la mejora continua aplicada a la innovación del sector público, sugiriendo la utilización de modelos de gestión de la calidad, sobre la base de realizar ajustes continuos derivados de la evaluación de la calidad de servicio.



Fijémonos en la innovación, la Administración necesita innovar porque las necesidades de los ciudadanos a los que se dirige, son cambiantes y se suceden con rapidez. Y para hacer frente a las mismas, la innovación ofrece nuevas herramientas para acercar los servicios públicos a los ciudadanos que interaccionan en el diseño y mejora, reduciendo plazos y cargas administrativas, en mejores condiciones de seguridad (CAMPOS, 2018)⁵¹. Podríamos decir que la innovación en la Administración Pública representa un oximorón, aunque lejos de ser una contradicción, Administración e innovación son elementos que se complementan (RAMIÓ y SALVADOR, 2018)⁵². Ambos autores consideran que las Administraciones innovan «*casi siempre*», teniendo en cuenta las políticas públicas cambiantes que despliegan, producto de la atención a una sociedad compleja que presiona constantemente.

En ningún caso debe confundirse innovación con la implementación, únicamente, de sistemas tecnológicos que sustituyen, sin mayores análisis, los procedimientos mecánicos soportados en papel, antes bien, la innovación debe ser tecnológica, sobre la base de la reingeniería de los procesos, y también organizativa (GIMENO, 2021)⁵³

El motor de innovación propulsado por las Administraciones Públicas, despliega sus efectos en los

⁵¹ CAMPOS ACUÑA, C., «Verdades y mentiras sobre la innovación en la Administración Pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, mayo 2018, pág. 3.

⁵² RAMIÓ MATAS, C. y SALVADOR SERNA, M., *El Consultor de los Ayuntamientos*. Ed. Especial, mayo 2018, Pág. 6.

⁵³ GIMENO FELIÚ, J.M., «Los fondos «Next Generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *Revista española de Derecho Administrativo* 214, Julio-Septiembre 2021, págs. 39-74.



ámbitos social, económico, educativo, medioambiental y sanitario y se apoya en las herramientas de la contratación pública como medio para incentivar determinados comportamientos de los operadores económicos, para fomentar una sociedad más justa, un medio ambiente mejor, una mayor calidad en el empleo de las personas más vulnerables, la igualdad de género, y la mejora de las condiciones laborales y salariales; es decir un crecimiento económico sostenible. En definitiva, la innovación desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios, respondiendo a desafíos fundamentales para la sociedad, como nos dice el considerando 47 de la Directiva 2014/24/UE. En su artículo 2.1. «Definiciones», apartado 22:

«introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.»

La innovación, incide igualmente en la transformación de las ciudades. SINDE (2018)⁵⁴ nos habla de cómo abordarla para construir un modelo basado en *«tecnología, sostenibilidad, integración e innovación [...]»*, atribuyéndoles la condición de motor del cambio, *«como un gran proceso de transformación cultural que permita la apropiación de tecnología para mejora de los servicios públicos [...]»*, introduciendo el concepto de mapa de demanda temprana, útil para orientar al

⁵⁴ SINDE CANTORNA, S., *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 3/2018. Marzo, Nº 3, págs. 3-9.



mercado sobre las necesidades de las entidades contratantes.

Finalmente, interesa resaltar en este apartado el papel de la innovación del proceso de gestión de la contratación pública, claramente diferenciado del procedimiento específico de asociación para la innovación, introducido en la LCSP 2017, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Lo que aquí queremos destacar es la necesidad de someter continuamente a revisión los intangibles que analizamos, sobre la base de la secuencia planificar-hacer-verificar-actuar. Para ello se precisan acciones de anticipación del corto y medio plazo en la ejecutoria de la contratación pública, llevar a cabo los procedimientos bajo las mejores prácticas que nos ayuden a conseguir la óptima calidad-precio de las prestaciones a contratar, fijar indicadores cuantitativos y cualitativos y medir para obtener evidencias de las actuaciones (ajustes expectativa-percepción) y, por último, revisar para mejorar continuamente la experiencia de los gestores.

1.10. Medición de impactos

Si como decíamos en la introducción de este Capítulo, una vez descubiertas las áreas de mejora del proceso de contratación, cabía pensar en las acciones correctoras, sin necesidad de esperar a unas mejoras regulatorias que no llegan o no aseguran su utilidad, y proponíamos complementarlas mediante paradigmas relativos a la planificación, la calidad de servicio, el control de ejecución, la profesionalización de los gestores o la innovación, augurando un nuevo escenario de



superación de una estricta visión jurídico-formal de la contratación pública; llega el momento de referirnos a la medición de impactos sobre los que construir la revisión continua de los procedimientos para adaptarlos a los cambiantes fines institucionales.

Para que la compra pública socialmente responsable cale en los contratos, para que la participación de las PYMES en la contratación pública sea un hecho, para que la innovación pública en general, y en particular en la contratación, se comporte como cabeza tractora de múltiples sinergias del mercado, alimentadas mediante el fomento público como técnica de intervención administrativa; para todo ello es preciso incorporar mediciones de impacto, a fin de garantizar su cumplimiento, la transparencia y rendición de cuentas (Carta de Zaragoza).

La La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, en su epígrafe 26, señala:

«que todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones».

Pero veamos qué es esto de la medición de impacto. Siguiendo a DÍAZ PULIDO, *«la evaluación de impacto consiste en aislar [y medir] los efectos del programa público (Henry, 2010)»*, como por ejemplo, la mejora de la empleabilidad de las mujeres en los sectores de actividad en los que se encuentra subrepresentada. Se trata de un indicador, el de impacto, indirecto, dependiente de otros relevantes que lo integran, como son el número de mujeres que en un año han encontrado trabajo en el sector de la construcción, en trabajos operativos, o las que han incrementado, en ese mismo tiempo, su jornada de trabajo, pasando de tiempo parcial a tiempo completo, o las que han encontrado un mayor



acomodo para la conciliación. Resulta importante destacar, a este efecto, la necesidad de efectuar mediciones reales, mediante revisión «in situ» del cumplimiento de los compromisos contractuales, ya sean cláusulas de género, utilización de productos respetuosos con el medio ambiente, la gestión de los residuos mediante la trazabilidad de las intervenciones de los diferentes agentes implicados, etc. Solo de este modo, garantizaremos las evidencias necesarias para tener una imagen fiel del impacto de las políticas.

En este momento, traigo a colación la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013⁵⁵, cuando dice:

«sigue sin estar claro en qué medida las autoridades públicas han adoptado realmente las sucesivas modificaciones de la normativa europea en materia de contratación pública y qué impacto global se ha logrado en cuanto a la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas y al impulso de la RSE; pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto que se traduzcan en unas recomendaciones claras para ofrecer incentivos fácilmente comprensibles a las empresas; pide que esto incluya un análisis de la práctica, cada vez más habitual, de las empresas de incorporar cláusulas de RSE en sus propias adquisiciones privadas, es decir en contratos entre empresas, y pide que se determinen las buenas prácticas en este ámbito».

El Parlamento Europeo, acaba solicitando más investigaciones y evaluaciones de impacto para que,

⁵⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora (2012/2097(INI)) (2016/C 024/07).



sobre la base de los resultados obtenidos, se realicen recomendaciones claras para las empresas.

Sin la debida información, relevante y sistematizada, resulta difícil obtener la garantía y acierto de toda decisión administrativa, generando «desperdicios» de gestión que influirán directamente en la eficiencia de nuestras compras públicas. Por el contrario, una correcta medición, real, de las distintas fases del procedimiento administrativo de la contratación pública, mediante indicadores simples de rendimiento y satisfacción, o complejos de impacto, nos ayudarán a establecer hitos de cumplimiento y con ellos a mejorar continuamente el desempeño profesional de los gestores y de las compras públicas, por su mayor eficiencia.

Aunque hoy tengamos controladas las tareas, las condiciones y las reglas del juego varían, apareciendo nuevas necesidades de los ciudadanos o nuevos fines públicos que cumplir. Tal es el caso de los fondos Next Generation EU, cuyo sistema de gestión requiere del seguimiento de hitos y objetivos para los que es necesario medir; sin datos de los subproyectos no pueden compilarse los de los proyectos generales y se pone en peligro la captación de los propios fondos por el Estado y por el resto de las Administraciones.

La medición, junto al seguimiento y control de la ejecución de los contratos, se torna en función necesaria si queremos alcanzar la eficiencia en la ejecución de las políticas públicas, lejos de su consideración pretérita de «folleto informativo», no sometida a control de terceros, europeos o estatales.

Conclusiones propositivas

A modo de recapitulación se extraen a continuación las siguientes conclusiones propositivas, que no dejan de ser



unas meras recomendaciones para la práctica, pensando en la mejora de la experiencia de los gestores de la contratación pública, desde una mirada peculiar, distinta, enfocada a lo que en este trabajo consideramos los intangibles de la contratación pública, como agentes no formales, no procedimentales, invisibles, ajenos a la regulación jurídica, pero absolutamente necesarios para conseguir la mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, ya sean destinados a la contratación pública, como es el caso de este trabajo, las acciones de fomento o los Convenios de colaboración.

1. El proceso de la contratación pública se erige como instrumento para conseguir eficiencia, actuando sobre aspectos intangibles que corresponden a la esfera de la cultura organizacional, las actitudes, el liderazgo institucional y los principios de buena gestión de las administraciones públicas.
2. Se detectan importantes áreas de mejora en el ámbito de la contratación pública, tales como la inseguridad jurídica de los gestores, la falta de planificación, la prevención contra el fraude y la corrupción, el predominio del criterio precio, el incumplimiento de la estructura de costes en los pliegos, la falta de profesionalización de los gestores, la falta de supervisión directa de la fase de ejecución, el fraccionamiento del contrato, la utilización indebida del contrato menor, el incumplimiento de las obligaciones de publicidad, la incorrecta definición de los criterios de adjudicación, y las prestaciones sin cobertura contractual.
3. La opinión de los interesados cuenta para mejorar los procesos de compra pública, consiguiendo una mayor concurrencia de licitadores.
4. La planificación se erige como principio profesionalizante para la gestión del cambio, la



- innovación y el emprendimiento público. Su causa más importante reside en la anticipación, especialmente de las PYMES, para preparar las licitaciones en las que participarán, con mayores garantías, responsabilidad y mejores ofertas.
5. La calidad no puede desligarse del precio, que le da proporcionalidad, aunque éste puede modularse para que la «batalla» de la competitividad se libere en el campo de la calidad, sin perjuicio de lo que constituyen las propias fortalezas y oportunidades de las empresas, que las situarán, precios aparte, en mejores o peores condiciones que sus competidoras.
 6. Se necesitan reformas en la función de supervisión, en la mayoría de los casos, limitada a un control muy formal, pero alejada de la comprobación material de la prestación, especialmente en lo relativo a los beneficios sociales comprometidos en el contrato.
 7. Atraer, motivar y retener a los gestores de la contratación pública, se erigen en acciones necesarias para incrementar su profesionalización y, por ende, la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la administración. La calidad de servicio la construyen las personas, y el éxito de las administraciones públicas depende del conocimiento, habilidades, innovación y compromiso de aquéllas. La de la contratación pública es una profesión estratégica y no solo una función administrativa. Sin embargo, el bajo nivel de profesionalización de los compradores públicos requiere de la mejora de sus competencias, electrónicas y estratégicas que, a su vez, necesitan del conocimiento de los mercados y de herramientas innovadoras.
 8. La innovación no es solo tecnología, antes es reingeniería de procesos y de la organización. La innovación estudiada se refiere a la necesidad de



someter continuamente a revisión los intangibles analizados sobre la base de la secuencia planificar-hacer-verificar-actuar, o lo que es lo mismo, anticipación en la ejecución de los contratos, óptima relación calidad-precio, fijación de indicadores, medir con la intención de reducir el «gap» expectativa-percepción, y revisar para mejorar la experiencia de los gestores.

9. Lo que no se mide, no se puede mejorar. La garantía en el acierto de toda decisión administrativa depende de la información de los datos, relevante y sistematizada, evitando la generación de desperdicios de gestión que influyen en la eficiencia de las compras públicas.
10. Se precisan mediciones de impacto para que la compra pública socialmente responsable cale en los contratos, para que la participación de las PYMES sea real y efectiva, y para que la innovación haga de cabeza tractora de sinergias del mercado, a fin de garantizar su cumplimiento, la transparencia y la rendición de cuentas.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS ACUÑA, M.C., «Una proyección de futuro: Retos de las Entidades Locales ante el nuevo marco normativo y medidas para garantizar su cumplimiento», Capítulo 4. En AAVV del libro *El nuevo procedimiento administrativo Local tras la Ley 39/2015*, (coord. por CAMPOS, M.C.), Wolters Kluwer España, S.A. 1ª edic. (abril 2016).

CAMPOS ACUÑA, C., «Verdades y mentiras sobre la innovación en la Administración Pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, mayo 2018, pág. 3.



CANYELLES, J.M., *Revista de Contabilidad y Dirección*, 2011.

DONCEL RODRÍGUEZ, C., «El plan de mejora de contratación pública local. Una oportunidad para los pequeños y medianos municipios», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2020. Marzo, Nº 3, 1 de marzo de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Código de Buenas Prácticas en Contratación, (FEMP), 2020, págs. 171-182.

GÁLLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, enero - diciembre 2017, págs. 92-113.

GARCÍA MOLINERO, A., «La mejora del «value for money» en las compras públicas, algunas propuestas», acceso web visitado el 2 de abril de 2022: <https://reflexionesdeuninterventor.com/2020/06/05/la-mejora-del-value-for-money-en-las-compras-publicas-algunas-propuestas/>

GIMENO FELIU, J.M., *50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio*, que aportan valor en la Contratación Pública, Club Excelencia en Gestión, noviembre de 2018, pág. 10.

- «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema» en la *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 202, 2019, págs. 325-340.
- «Los fondos «Next Generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *Revista española de Derecho Administrativo* 214, Julio-Septiembre 2021, págs. 39-74.



GONZÁLEZ, L., «El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España» *Contratación Administrativa Práctica*, nº 148, 2017. Pág. 4.

GONZÁLEZ, J.V., acceso web visitado el día 31 de marzo de 2022, en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2021/09/24/calidad-contratacion-publica/>

GORDO CANO, D., *Contratación Administrativa Práctica* nº 171, enero-febrero 2021.

JUANES, B., BLANCO, J. *El Gato de Alicia. Modelos de calidad en la Administración Pública*. Gálgano España, Consultores de Dirección. Gálgano España, (2001), p. 10.

LÓPEZ, J. y GADEA, A., «Una nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno», *IVAP*, 2001. Pág. 25.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer 2016. Pág. 298.

«Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica* nº 153, enero-febrero 2018, Nº 153, 1 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

MORENO MOLINA, J.A. «La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano: una excelente manifestación del derecho fundamental a la buena Administración». *Actualidad Administrativa*, núm. 3, (marzo de 2014).

NIETO, A., *La Organización del Desgobierno*. Ed. ARIEL, S.A., 4ª edición 1984. Pág. 107



ORTEGA OLIVENCIA, L., «El coste de los servicios públicos locales». *El Consultor* 5-2014, Wolters Kluwer, pág. 5.

PALACÍN SÁENZ, B., *A la responsabilidad social por la Contratación Pública*, Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Administrativo, 2022, pág. 581.

- «La eficiencia en el gasto público y su relación con las características sociales, medioambientales y de innovación de los contratos» del libro *Guía de integridad en la contratación pública local*, Bloque II, Cap. III, coordinación CAMPOS ACUÑA, M.C., FEMP, 2019, pág. 82.
- «La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable», Cap. I. del libro *Calidad, transparencia y ética pública*. Director PINTOS SANTIAGO, Jaime. Colección Monografías. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera ed. 2017. Págs. 29-88

RAMIÓ MATAS, C. y SALVADOR SERNA, M., *El Consultor de los Ayuntamientos*. Ed. Especial, mayo 2018, Pág. 6.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*. INAP, Netbiblo, S.L. 2013. Pág. 18

SERRANO CANÓN, M., «Calidad instrumento facilitador del cambio en las Administraciones Públicas». Ayuntamiento de Málaga, (2013)

SINDE CANTORNA, S., *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 3/2018. Marzo, Nº 3, págs. 3-9.

SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, *Reala Nueva Época*. Núm. 4, julio-diciembre de 2015.



EL DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU GARANTÍA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez

Técnico Superior JCCM. Doctor en Derecho

Resumen: En el presente trabajo se hace un estudio de la regulación legal del derecho de acceso a la información pública así como el procedimiento administrativo para su ejercicio para descubrir algunos aspectos de su regulación actual que podrían impedir o condicionar restrictivamente su tutela jurisdiccional, con una eventual afectación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE en su modalidad de acceso a la jurisdicción y de correcta designación del juez ordinario. Como resultado de este análisis se sugieren determinadas modificaciones, tanto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estas modificaciones parecen especialmente oportunas por la próxima ratificación por el Estado español del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos y los propios compromisos de modificación de la LTAIPBG asumidos por España frente a la ONU en su IV Plan de Gobierno Abierto (2020-2024).

Abstract: In the present work, a study is made of the legal regulation of the right of access to public



information as well as the administrative procedure for its exercise, to discover some aspects of its current regulation that could prevent or restrictively condition its jurisdictional protection, with an eventual affectation to the constitutional right to effective judicial protection of art. 24 CE in its modality of access to jurisdiction and correct appointment of the ordinary judge. As a result of this analysis, certain modifications are suggested, both in Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information and good governance and in Law 29/1998, of July 13, regulating the contentious-administrative jurisdiction. These modifications are particularly opportune due to the forthcoming ratification by the Spanish State of Convention 205 of the Council of Europe on Access to Public Documents and the commitments to modify the LTAIPBG assumed by Spain face to the UN in its IV Open Government Plan (2020-2024).

Palabras clave: derecho de acceso a la información pública, garantía de acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva, juez ordinario, procedimiento administrativo, proceso judicial.

Keywords: right of access to public information, guarantee of access to jurisdiction, effective judicial protection, ordinary judge, administrative procedure, judicial process.

Sumario: I.- PLANTEAMIENTO GENERAL II.- LA TITULARIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO DE ACCESO. III.- EL IMPACTO DE LA "UNIVERSALIDAD" DEL DERECHO DE ACCESO EN LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. IV.- LA NECESIDAD DE RECONFIGURAR LOS SUPUESTOS DE INADMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACCESO: EL ART. 18 Y LA DA 1ª LTAIPBG. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN



DEL ARTÍCULO 18 LTAIPBG. LAS "INADMISIONES FORMALES" DE LA DA 1ª LTAIPBG. V.-EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE CONCEDEN LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN CASO DE INEJECUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO. VI.- ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y "JUEZ ORDINARIO DEL DERECHO DE ACCESO" LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA HETEROGENEIDAD DE SUJETOS EN LA LTAIPBG. LA DIVERGENCIA ENTRE LA LTAIPBG Y LA LPACAP RESPECTO DEL "DIES A QUO" PARA EL CÁLCULO DEL PLAZO MÁXIMO DE RESOLUCIÓN. EL PAPEL INSTITUCIONAL DEL CTBG EN EL CONTROL DEL DERECHO DE ACCESO

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Con carácter general hemos de recordar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE no opera, en principio, durante la tramitación de los procedimientos administrativos pues, en palabras de CARRASCO DURÁN, tal y como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el citado derecho fundamental *"es aquel que tienen las personas a recibir una respuesta razonable de los órganos judiciales a las pretensiones de tutela de sus derechos e intereses legítimos cuando se vean afectados por controversias en las que aquéllas se encuentren involucradas en sus relaciones sociales o con la Administración, teniendo en cuenta que la exigencia de razonabilidad se plasma de diferente forma, dependiendo de la fase del proceso o de la actuación a la que se aplique"*¹.

¹ CARRASCO DURAN, M. "La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva". *Revista de Derecho Político*. UNED. Enero-abril 2020. Pág. 23.



De esta manera, el derecho a la "*tutela judicial efectiva*" se concreta en diferentes garantías en el trascurso del "*iter*" procesal. La primera de ellas – y la que asimismo condiciona el resto – es la de acceder a la jurisdicción a través del juez ordinario predeterminado por la ley. Una vez conseguido este acceso, el derecho fundamental del art. 24 CE va desgranando su contenido sucesivamente con las garantías de un adecuado desarrollo del proceso, la obtención en el mismo de una resolución judicial razonada y fundada, la del acceso al recurso judicial y, por último, la referida al pleno y total cumplimiento del contenido de la resolución judicial mediante el adecuado proceso de ejecución.

En el presente trabajo vamos a centrar nuestras reflexiones de manera exclusiva en la conexión entre el derecho de acceso a la información pública – regulado como derecho ordinario actualmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTAIPBG) – y la garantía del acceso a la jurisdicción, incluida la del juez ordinario, como una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Sin duda sería muy interesante estudiar también estos vínculos respecto a las demás garantías del citado precepto constitucional, pero la necesidad de ajustarnos a las limitaciones de extensión que condicionan las bases del premio al que aspiramos con la redacción de estas líneas nos imponen una perspectiva menos ambiciosa.

Analizaremos, pues, las cuestiones de la LTAIPBG que convendría perfilar más adecuadamente, o que no deberían mantenerse en sus actuales términos, si queremos que el derecho de acceso a la información pública obtenga, en sede judicial, un acceso a la



jurisdicción equiparable al que se le dispensa en los ordenamientos jurídicos más avanzados de nuestro entorno europeo. Ello, con independencia de que tal derecho sea reconocido legalmente o no, "*de lege data*", como derecho fundamental, cuestión ésta que tampoco podemos abordar en este momento, y para cuya defensa remitimos a los abundantes y contundentes argumentos que ya baraja la más autorizada doctrina mayoritaria².

Resulta, en efecto, indudable que una defectuosa regulación legal de los titulares, del objeto y del procedimiento de acceso a la información pública, puede condicionar, e incluso impedir, la garantía de acceso efectivo a la jurisdicción. Obviamente, como nos recuerda la STC 42/1989, de 16 de febrero, esta garantía no puede trasladarse, sin más, a las actuaciones administrativas "*...salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales...*" ya que, "*En los demás casos... la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción competente en aplicación de las leyes*"³.

En efecto, la resolución judicial de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo derivada de una mala regulación legal del procedimiento de acceso a la información pública no puede tacharse inmediatamente de inconstitucional pues, para que eso ocurra, sería necesario agotar la vía judicial procedente sin haber

² Por todos: FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "*Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*". Thomson Reuters Aranzadi. 1ª ed. Año, 2014. Pág. 27. Nota 21.

³ STC 42/1989, de 16 de febrero, FJº 5º, primer párrafo.



obtenido la debida tutela, y a partir de aquí, plantear el correspondiente recurso de amparo, como nos recuerda el art. 43.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴.

Nuestro planteamiento, por tanto, es llamar la atención sobre aquellos aspectos que, por su defectuosa regulación en la LTAIPBG, podrían conllevar la inadmisión judicial de un recurso contencioso con posibilidades de que, a la postre, fueran susceptibles de ser declaradas contrarias al art. 24 CE en el correspondiente recurso de amparo. Porque si partimos de una configuración legal rigurosa del derecho, no tendremos que someter después a los ciudadanos a prolongados y costosos itinerarios judiciales posteriores en su ejercicio. Y, a su vez, las sugerencias de modificación que a este respecto propondremos pueden ser de utilidad en un momento como el actual en el que, por aplicación de los compromisos asumidos en el vigente IV Plan de Gobierno Abierto (2020-2024), el Estado español se ha comprometido con la ONU, tanto a la ratificación del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (C205), como a la reforma de la LTAIPBG y a su desarrollo reglamentario⁵.

⁴ *"Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente".*

⁵

https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24e10d/IVPlanGobiernoAbierto-ES_2020-2024.pdf



Intentaremos demostrar que, en ocasiones, la garantía de acceso a la jurisdicción tiene mucho que ver con la naturaleza ordinaria del derecho de acceso y que dicha garantía podría mejorar con su eventual regulación "*de lege ferenda*" como derecho fundamental. Aunque ya hemos advertido que no podemos terciar en esta polémica doctrinal, queremos al menos demostrar que una u otra opción – derecho ordinario vs. Derecho fundamental – no resulta simplemente teórica o constituye un mero prurito académico como algunos sostienen, sino que condiciona asimismo la dimensión práctica que el derecho debiera tener en nuestra moderna sociedad del siglo XXI, imbricada íntimamente en las tecnologías de la información y la comunicación.

II.- LA TITULARIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO DE ACCESO

La garantía de acceso a la jurisdicción se concreta para el TC en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas⁶, por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos⁷.

⁶ STC 167/2014, de 22 de octubre, FJº 4º, 2º párrafo.

⁷ Por todas: SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJº 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJº 3; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJº 3.



Esta doctrina nos conduce a una primera reflexión sobre lo que “pierde” el derecho de acceso a la información pública en la medida en que no se considere derecho fundamental y, por tanto, se entienda ubicado en el art. 20.1 d) CE. Y, en particular, procede esta consideración respecto del principio de “universalidad” reflejado en el art. 12 LTAIPBG según el cual “*Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública...*”, manifestando con ello la amplitud con la que se configura la titularidad del derecho de acceso, previsión, por otra parte, generalizada en el derecho comparado⁸.

En la anterior expresión deberían, en principio, tener cabida tanto las personas físicas como las personas jurídicas, nacionales o extranjeras. Y, por supuesto, en el caso de las personas jurídicas, tanto a las sujetas al derecho privado como a las que actúan en régimen de

⁸ En Francia, por ejemplo, la redacción inicial de la Ley 78-753, de 17 de julio de 1978 se reformó al año siguiente para suprimir la equívoca expresión de “administrado” y, siguiendo la estela de esa reforma, en la redacción actual, al pasar los preceptos de la Ley 78-753 al “Código de Relaciones entre el público y la Administración”, el artículo L 300-1 dispone literalmente que el derecho a acceder a los documentos administrativos se garantiza a “*toute personne*”. En Alemania, la Sec. 1 parágrafo 1, de la “*Informationsfreiheitsgesetz*”, utiliza la expresión “*Jeder*”, es decir, “cualquiera”, para referirse a los sujetos que pueden recabar información de las autoridades del Gobierno Federal. Asimismo, la “*Freedom of Information Act*” estadounidense, concreta que los expedientes del Gobierno Federal deberán estar “*disponibles to any person*”. Y, en fin, el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de próxima ratificación por España, establece en su art. 2.1 que “*Cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas*”.



derecho público, si bien más adelante haremos alguna importante precisión respecto de estas últimas.

En nuestra opinión, sin embargo, esta universalidad predicable del derecho de acceso podría perder una buena parte de su relevancia si consideramos, como refleja literalmente el propio art. 12 LTAIPBG, que éste se regula tomando sólo como fundamento el art. 105 b) CE. Este precepto, como es sabido, reconoce la titularidad del derecho de acceso a archivos y registros administrativos a "*los ciudadanos*". Pues bien, una interpretación estricta de este concepto podría limitar su titularidad a los nacionales españoles, lo que no repugnaría a la lógica si tenemos en cuenta que, en el derecho comparado, existen legislaciones que limitan formalmente la titularidad del derecho a los nacionales del propio país, con exclusión de los extranjeros⁹. Pero aun aceptando como titulares a los extranjeros podría constituir una interpretación asimismo razonable excluir a los no residentes legales defendiendo la idea de que, en tanto el acceso a la información pública tiene por objeto el control ciudadano de las instituciones públicas españolas, los extranjeros que ilegalmente se pudieran

⁹ Es el caso de la legislación de Suecia, país que a pesar de haber sido pionero en el mundo de la transparencia con la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa de 2 de diciembre de 1766 (*Tryckfrihetsförordning*), en la versión actual de la norma que regula el derecho a acceder libremente a los documentos oficiales, alude específicamente a "*todo ciudadano sueco*". Y, en parecidos términos se encuentra Canadá, cuya Ley de Acceso a la Información de 1985, Sección 4.1, restringe dicha titularidad a los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes, si bien admite que el poder ejecutivo podría acordar la extensión del derecho (sección 4.2).



encontrar en territorio español no debieran ostentar ninguna facultad al respecto¹⁰.

Por el contrario, si sostenemos que el derecho de acceso ha de entenderse como manifestación del derecho a la libertad informativa reconocida en el art. 20.1 d) CE – en su vertiente de “*recepción libre de información*” – toda restricción legal que se hiciere de la titularidad del derecho resultaría inconstitucional, pues dicha titularidad aparecería ligada a la dignidad de la persona, con independencia de sus derechos políticos. Así nuestro TC ha dejado bien claro que el derecho a informar corresponde a todos los sujetos, sin distinción, aunque admita garantías específicas para los profesionales de la información¹¹.

¹⁰ Recuérdese que el TC reconoce la adecuación constitucional de resoluciones de inadmisión o desestimación en la medida en que no incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad, error patente o aquellas que no se basen en criterios que, por su rigor, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican. Por todas: SSTC 135/2008, de 27 de octubre, FJº 2; 220/2012, de 26 de noviembre, FJº 2; y 106/2013, de 6 de mayo, FJº 4.

¹¹ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJº 4º “La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se



Lo mismo habría que decir de la capacidad para el ejercicio del derecho de acceso. El no establecimiento en la LTAIPBG de ningún requisito de edad mínimo para ejercerlo podría abocarnos a un nuevo debate de mera legalidad en el que se ligara dicha capacidad a la mayoría de edad, en lugar de admitirse también a los menores, aunque sólo fuese por "*analogía*" con la solución que se da, tanto para la prestación válida del consentimiento al tratamiento de los datos personales, reconocida a los menores a partir de los 14 años en el actual art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales¹², como con la que se desprende de las reglas generales de capacidad de los menores en el procedimiento administrativo general que, en nuestro país, recoge el art. 3 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP)¹³.

Habría, sin embargo, otro matiz respecto al principio de universalidad en la titularidad del derecho de acceso, relacionado en este caso no con su negación, sino con la articulación de vías alternativas y preferentes de

encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica;...".

¹² MESEGUER YEBRA, J. "La transparencia en las Administraciones Públicas". Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2013, p. 16.

¹³ FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "El Derecho al Acceso a la Información Pública en España". Thomson Reuters Aranzadi. Año 2017. Pág. 114.



obtención de la información, que a nuestro juicio no deberían ser inexcusablemente las previstas en la LTAIPBG. Nos referimos al supuesto del ejercicio del acceso por parte de las personas jurídico-públicas.

Como ya hemos visto, en el derecho comparado las normas suelen utilizar denominaciones muy genéricas para poner de manifiesto la universalidad del derecho de acceso, en las que cabe reconocer su titularidad también a las personas jurídico-públicas. Es, indudablemente, el caso español, donde el tenor literal del art. 12 LTAIPBG permite tenerlas por incluidas, aunque no se las mencione expresamente.

Otras normas, sin embargo, no dejan resquicio a la duda sobre dicha inclusión. En Guatemala, por ejemplo, se dispone como sujeto activo del acceso a "*... toda persona individual o jurídica, pública o privada, que tiene derecho a solicitar, tener acceso y obtener la información pública que hubiere solicitado conforme lo establecido en esta ley*"¹⁴. Por su parte, en Argentina se advierte asimismo que "*Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado*"¹⁵.

Vemos así que en el derecho comparado no hay, al menos, problema alguno para que las personas jurídico-públicas puedan ser titulares del derecho de acceso. La profesora BARRERO, por su parte, al comentar la LTAIPBG, apunta asimismo que "*En consecuencia, tanto las personas físicas, como las jurídicas, tanto las públicas*

¹⁴ Decreto 57-2008 del Congreso de la República. Artículo 5.

¹⁵ Decreto 1172/2003, Anexo VII, art. 6



*como las privadas, tanto las nacionales como las extranjeras pueden ejercer este derecho sin necesidad de acreditar ningún interés al respecto...*¹⁶. Más dudas al respecto expresan los profesores FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ¹⁷.

La cuestión, en efecto – y respecto estrictamente a los sujetos públicos – no es tan evidente, en tanto sostengamos que el fundamento de la transparencia lo constituye el fomento de la participación ciudadana y el control del poder público, ya que éstas no son misiones que, en principio, podamos decir que incumban a unos entes públicos respecto de otros de la misma naturaleza.

En particular cuando los sujetos públicos solicitantes tengan la consideración de administración pública, sus relaciones con la administración que dispone de la información solicitada se debería enmarcar preferiblemente en el ámbito del deber de colaboración interadministrativo, una de cuyas manifestaciones, conforme al art 141.1 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) es la de: *"Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias o que sea necesaria para que los*

¹⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C. "El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva". En GUICHOT REINA, E (Coord). *"Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"*. Tecnos, 2014. Pág. 218.

¹⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *"El Derecho al Acceso a la Información Pública en España"*. Thomson Reuters Aranzadi. 1ª edición, 2017. Pág. 112, nota a pie nº 91.



ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia”.

Esta es la vía que debería ser interpretada como preferente para la tramitación de información que unas Administraciones reclaman a otras¹⁸. Pero, obviamente, sin negar por ello a estos entes públicos la posibilidad de ejercitar el derecho de acceso. El tratamiento, a nuestro juicio, debería ser el siguiente: si un sujeto que tenga naturaleza de administración pública solicita información a otra y no dispone expresamente su sumisión a la LTAIPBG, la entrega de la información debe tener como cauce ordinario el del régimen “horizontal” del principio de colaboración interadministrativo, y no el régimen del derecho de acceso, en el que la Administración solicitante sería simplemente parte de un procedimiento administrativo ante la Administración que posea la información solicitada.

En efecto, la “colaboración”, tal y como se regula al menos en nuestro ordenamiento jurídico, no es una simple facultad, sino que constituye un “deber” para todas las Administraciones Públicas, impuesto con carácter básico en la LRJSP. Por lo tanto, la Administración que reclama información a otra para el ejercicio de sus competencias – una de cuyas finalidades puede ser precisamente su ulterior transmisión a los

¹⁸ Es posible incluso referenciar algún pronunciamiento jurisdiccional en este sentido. Así, la STSJ del País Vasco de 20 de diciembre de 2016 en el marco de un conflicto entre dos Ayuntamientos por un enclave, declara literalmente que: “Ley – por referencia a la LTAIPBG – que de una parte no está llamada a regir las relaciones informativas y de intercambio de datos entre Administraciones públicas en general, y locales en particular, sino que, en la senda del artículo 37 LRJPAC, legitima a “los ciudadanos” a los efectos de los derechos que en dicha legislación se reconocen”.



ciudadanos – se encuentra en el ámbito del ejercicio de un derecho y es dicha Administración, por tanto, la que debe decidir cómo lo ejerce. Cuestión distinta es que, desde el ordenamiento jurídico, se le habiliten dos o más cauces para esa materialización.

En conclusión, cuando una administración pública solicita información a otra, salvo que expresamente decida someterse al procedimiento administrativo de acceso – y al régimen jurídico que de él se deriva en cuanto a recursos – la regla general debe ser la de entender que la solicitud se hace en el ejercicio del principio de colaboración, pues la renuncia de la administración solicitante a actuar en pie de igualdad con aquella que dispone de la información no debe presumirse: ha de ser expresa, indicando inequívocamente la voluntad de someterse a la legislación de transparencia.

La diferencia apuntada no es baladí: la falta de cumplimiento de un eventual deber de colaboración para la Administración que la solicita no se resuelve utilizando la vía de los recursos administrativos, sino por el trámite previsto en el art. 44 LJCA, que al regular los litigios entre Administraciones públicas precisamente los sustituye por un requerimiento potestativo previo. Sería conveniente, por tanto, una previsión en la LTAIPBG – ahora inédita – de este tipo específico de situaciones.

III.- EL IMPACTO DE LA “UNIVERSALIDAD” DEL DERECHO DE ACCESO EN LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La universalidad que se reconoce a la titularidad del derecho de acceso a la información pública no es sino una característica que se deriva de la propia finalidad de la transparencia, es decir, la posibilidad de que los particulares, mediante un más profundo conocimiento de



la forma en que actúan o toman decisiones las instituciones públicas, puedan ejercer un adecuado control de la actividad administrativa y participar con verdadero conocimiento de causa en la adopción y perfil de las políticas públicas.

Como ocurre con la transparencia, es muy reseñable en nuestros días la tendencia que se observa en el ámbito del derecho público de abrir a los ciudadanos posibilidades de intervención que les facultan a diversas actuaciones en vía administrativa para la estricta defensa de la legalidad, sin que se necesite, por tanto, la concurrencia de un interés personal legítimo o la titularidad de un derecho subjetivo que habilite para ser parte en el procedimiento administrativo correspondiente. Pues bien, cuando se otorgan este tipo de facultades de actuación en los procedimientos administrativos en defensa de la legalidad, no parece tener sentido mantener incólumes los principios tradicionales en que se sustenta la legitimación, ligada a la titularidad de derechos subjetivos e intereses legítimos, cuando se plantean recursos o reclamaciones administrativas, ni tampoco en sede jurisdiccional.

Pues bien, esta incongruencia es posible apreciarla en la regulación que hace la LTAIPBG respecto del derecho de acceso, hasta el punto de que, como bien observan FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, el derecho de acceso parece un organismo extraterrestre que hubiera venido a parar a un universo jurídico hostil a su desarrollo¹⁹, ya que, en efecto, la expresión "*todas las personas*" del art. 12 LTAIPBG nos remite primariamente a un derecho en el que no son exigibles los requisitos de legitimación del art. 4.1 a) LPACAP, sino que se ejerce

¹⁹ "Op. cit". Pág. 118.



con un mero interés general en la defensa de la legalidad²⁰.

Pero esto sólo es así en vía de solicitud del acceso. En el ámbito de la reclamación, por el contrario, la legitimación que no se ha exigido en aquélla, vuelve a requerir el concepto de interesado, en la medida en que los arts. 23.1 y 24.3 LTAIPBG la consideran, respectivamente, sustitutiva de los recursos administrativos y remiten en su tramitación a la aplicación de las reglas de los recursos en la LPACAP. Y, por supuesto, también es así en sede jurisdiccional, donde resultan plenamente vigentes los requisitos de legitimación del art. 19.1 a) LJCA, que liga el ejercicio de la acción a la titularidad de derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de los limitados casos de ampliación por la existencia de "intereses difusos".

Esta situación provoca, a nuestro juicio, contradicciones difíciles de justificar. Así por ejemplo, en España, la norma que regula específicamente la información ambiental, es decir, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (en lo sucesivo, LAIMA), si bien considera que todos pueden acceder a la información ambiental²¹, cuando en el artículo 22 LAIMA

²⁰ De modo muy parecido, por tanto, al funcionamiento de una acción popular, cuyas manifestaciones más evidentes en nuestro ordenamiento patrio se darían en materia medioambiental o urbanística.

²¹ Esta es, en efecto, la solución del artículo 3.1 a) LAIMA según la cual: todos pueden "acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén



proclama la acción popular en la defensa del medio ambiente lo hace estrictamente en relación con la participación en la elaboración, modificación y revisión de las disposiciones de carácter general que versen sobre las materias del art. 18 LAIMA. No reconoce, correlativamente y en idénticos términos, una acción popular aplicable en el ámbito del derecho de acceso a la información pública medioambiental lo cual, a nuestro juicio, carece de lógica, dadas las profundas interrelaciones entre "*transparencia*" y "*participación*".

En nuestra opinión, por tanto, la universalidad del sujeto activo del derecho de acceso debería conllevar, en efecto, un cierto reconocimiento de la acción popular tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional, particularmente en esta última, donde la asistencia de organizaciones sin ánimo de lucro para apoyar y fundamentar el recurso contencioso puede ser decisiva a la hora de decidir interponerlo o renunciar a él por miedo a la imposición de costas que pudieran resultar disuasorias. Pero, incluso sin el anterior matiz económico en el ámbito de la reclamación administrativa (por la gratuidad consustancial a la misma), el argumento resulta también extensible, en la medida en que ayudaría a enfocar adecuadamente el planteamiento de unas cuestiones que muchas veces reclaman conocimientos técnicos especializados y que, en definitiva, predeterminan el objeto del ulterior recurso contencioso.

De esta forma entendemos que "*de lege ferenda*" sería deseable reconocer acción popular para reclamar en vía administrativa o para recurrir ante la jurisdicción a determinadas entidades sin ánimo de lucro, particularmente aquellas que tuvieran como objeto la

obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede".



promoción de debates democráticos públicos, y consiguientemente permitir a estas entidades la posibilidad de recurrir las correspondientes resoluciones.

Con ello, sin duda, se abrirían nuevos caminos de desarrollo a la transparencia que, particularmente en sede judicial, complementarían la garantía de gratuidad de la reclamación en sede administrativa, porque el solicitante, sobre todo cuando es una persona física a título individual, no suele tener ni el interés ni los recursos económicos necesarios para proseguir el ejercicio de una acción cuya pretensión final, incluso en caso de ser satisfecha, por el estructural retraso en el despacho de asuntos de los órganos jurisdiccionales españoles, supondría la obtención de una información tardía, desfasada y de escaso valor económico, que muy posiblemente impediría compensar los gastos necesarios para afrontar el recurso.

IV.- LA NECESIDAD DE RECONFIGURAR LOS SUPUESTOS DE INADMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACCESO: EL ART. 18 Y LA DA 1ª LTAIPBG

Sin duda, una de las cuestiones que condiciona más radicalmente el acceso a la jurisdicción es la de las causas de inadmisión administrativa de las solicitudes de información pública.

La vigente LTAIPBG provoca en realidad dos grandes problemas al respecto: uno directo, que se deriva de la falta de taxatividad de las expresamente denominadas "causas de inadmisión" reflejadas en el artículo 18 LTAIPBG; y otro, indirecto, provocado por la también cuestionable laxitud del tenor literal de la DA 1ª LTAIPBG, que impide la tramitación de las solicitudes por el régimen general que la citada norma establece, provocando la remisión a regímenes especiales de la



transparencia que, o no son tales, o resultan menos garantistas que la propia LTAIBG. Resulta especialmente relevante el tenor literal de su apdo. 2 cuando dispone que *"Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información"*.

Hay, sin embargo, una sustancial diferencia entre casi todos los supuestos de inadmisión del art 18 LTAIPBG²² frente a los de la DA 1ª LTAIPBG. En el primer caso, la inadmisión se convierte en mecanismo impeditivo tanto para la tramitación de un procedimiento administrativo como también, desde la perspectiva del artículo 24 CE, para su posterior tutela judicial. En el segundo caso no se excluye, obviamente, la tramitación de la solicitud de acceso sobre la que puede, por tanto, recaer un pronunciamiento de fondo. No obstante, la remisión del "iter" procedimental a un régimen especial que contase con menores garantías administrativas o procesales también resultaría trascendente desde la misma perspectiva de obtener la tutela judicial efectiva y, adicionalmente, para el respeto a los estándares mínimos que en toda reclamación de acceso impone el artículo 8.1 C205, una vez que el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2021 puso en marcha el proceso de ratificación de dicha norma internacional²³. Por esta razón, plantearémos seguidamente los criterios

²² En el supuesto del artículo 18.1 d) LTAIPBG, la inadmisión no impide que el derecho de acceso se satisfaga por el órgano que dispone de la información, si el solicitante acude al mismo.

²³ Y a resultas de este mandato, el 23 de noviembre de 2021, el C205 fue firmado por el plenipotenciario español ante el Consejo de Europa en Estrasburgo.



con que, a nuestro juicio, debieran ser modificados ambos preceptos.

En lo que respecta a los supuestos de inadmisión del artículo 18 LTAIPBG, también es necesario plantearse su compatibilidad con el tenor literal del C205, de inminente ratificación. Y es que, con la incorporación al derecho interno de este instrumento internacional, pasará a ser regla general de todo procedimiento de acceso un principio ahora inexistente en la LTAIPBG y que, sin embargo, encontramos en el artículo 5.1 C205, sobre la ayuda activa que han de prestar los sujetos obligados a la identificación del documento solicitado, por lo que ninguna inadmisión que se produzca sin la debida prestación de este auxilio deberá considerarse legítima. En efecto, el artículo 5.5 i) C205 prevé el rechazo de la solicitud con carácter subsidiario "*...si a pesar de la ayuda de la autoridad pública la petición sigue siendo demasiado vaga para permitir que el documento oficial sea identificado*".

A) ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DEL ARTÍCULO 18 LTAIPBG

Como ya hemos dicho, la falta de taxatividad de las causas de inadmisión del artículo 18 LTAIPBG resulta poco compatible con la adecuada tutela del derecho a obtener información pública y podría asimismo suscitar contradicciones con las exigencias que al Estado español le impondrá la próxima ratificación del C205.

En efecto, como advierte la profesora RAMS RAMOS, muchas de las causas de inadmisión constituyen un genuino obstáculo para que prospere la naturaleza expansiva del concepto de "*información pública*" y, por otra parte, la proliferación en ellas de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de ser aplicados



abusivamente por los sujetos obligados o por la jurisdicción, podría vaciar o mediatizar restrictivamente el propio contenido del derecho de acceso²⁴. En la misma línea recuerda la profesora BARRERO que *"... Nunca se dudó, dada la importancia y amplitud de estas causas, que en su interpretación iba, en buena medida, a jugarse la extensión real de ese derecho de acceso a la información tan ampliamente configurado..."*²⁵.

Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de los límites sustantivos al derecho de acceso (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores etc), cuya aplicabilidad exige el art. 14.2 LTAIPBG que sea razonada y proporcionada al objeto y finalidad de protección, obligando al intérprete a apreciar la eventual *"...conurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso"*, la constatación de la existencia de cualquier causa de inadmisión ex art. 18 LTAIPBG exime, aparentemente, de todo análisis sobre el fondo de la solicitud y, por ende, de la ponderación anteriormente citada²⁶. El derecho no se reconoce sencillamente porque no existe y, en este sentido, el

²⁴ RAMS RAMOS, L. "El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública". *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 41. Enero, 2016. Pág. 21.

²⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, C. "Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes de transparencia". *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46. Iustel, octubre 2017.

²⁶ En la R (CTBG) 450/2019, de 19 de septiembre, admite, sin embargo, el CTBG que esta misma ponderación del artículo 14.2 LTAIPBG pueda también aplicarse eventualmente a las causas de inadmisión del artículo 18 LTAIPBG.



precepto opera en la práctica como correctivo de la definición general de "información pública" contenida en el art. 13 LTAIPBG en sus más amplios términos²⁷.

Sorprende, sin embargo, que como causa de inadmisión, el art. 18 LTAIPBG no haya enumerado la más evidente de ellas: la inexistencia de información pública que suministrar, ya que esta circunstancia impide materializar el derecho por su falta de objeto. La primera de las causas de inadmisión establecida, en efecto, en el art. 18.1 a) LTAIPBG – que incluye en realidad dos supuestos distintos – es la de aquella información "...que esté en curso de elaboración o de publicación general...".

Con independencia de todas las acertadas interpretaciones efectuadas por la doctrina sobre esta causa de inadmisión²⁸, entendemos que se trata de un supuesto de limitación de acceso de discutible compatibilidad con el C205, puesto que, por su automatismo, nos resulta incongruente con el principio de ayuda activa que ha de imperar en toda solicitud de información ciudadana. En nuestra opinión debiéramos estar ante un simple supuesto de "entrega deferida de la información", distinción que ya ha acogido la propia LTAIPBG en su art. 22.2 LTAIPBG, cuando la resolución

²⁷ Según este precepto: "Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

²⁸ Por todas: FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "El Derecho de Acceso a la Información Pública en España". Aranzadi. 1ª ed, 2017. Págs. 265-268. GUICHOT, E y BARRERO RODRÍGUEZ, C: "El Derecho de Acceso a la Información Pública". Tirant lo Blanc, 2020. Págs. 546-553.



de concesión se refiera a información que contenga datos de terceros afectados²⁹.

Consiguientemente, la solicitud de información en curso de elaboración o de publicación general debiera tratarse, a nuestro juicio, con el mismo criterio de no impedir la resolución estimatoria, si bien con eficacia demorada o, en su defecto, como una mera posibilidad de ampliación potestativa del plazo de resolución, equiparándola a la única causa ahora vigente de ampliación en el art. 20.1, párrafo 2º, LTAIPBG³⁰. Esta última solución tendría la ventaja de que la entrega no pudiera demorarse "*sine die*" al ciudadano.

El art. 18.1 b) LTAIPBG permite asimismo inadmitir las solicitudes "*Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas*".

Aun reconociendo que no resulta fácil, creemos que sería necesario perfilar más adecuadamente el concepto jurídico indeterminado de "*información auxiliar o de*

²⁹ En el caso de que la información verse sobre terceros afectados que se hayan opuesto a su entrega por el sujeto obligado el precepto dispone que "*... el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información*".

³⁰ Este precepto sólo contempla como causa de ampliación por otro mes adicional el caso de que "*... el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante*".



apoyo”, pues la exclusión de una categoría tan extensa de documentos también nos resulta de dudosa compatibilidad con el C205, cuyo art. 1.2 b) define documento público como *“Toda información archivada de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas”*³¹, sin excluir, en principio, ningún tipo de información por su naturaleza auxiliar.

Más que una mera enumeración ejemplificativa de las fórmulas en que puede contenerse la información auxiliar como hace el legislador estatal, que conduce al desaliento por el hecho de que la misma nunca podrá ser abarcada con un *“numerus clausus”*, creemos que el precepto debiera concretar aspectos más sustanciales, alguno de los cuales se cita ya en el Criterio Interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) 6/2015, de 12 de noviembre³².

Así el concepto se ha de circunscribir a documentos de trabajo interno, cuya condición auxiliar no la determina su denominación formal, sino la irrelevancia de su contenido material para conocer la toma de decisiones administrativas, el manejo de los fondos públicos o el funcionamiento de las instituciones. Sería deseable, por tanto, una fórmula como la utilizada por el art. 29.1 a) de la ley de transparencia catalana³³, que acota la causa

³¹ En su versión oficial inglesa: *“b) “official documents” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities”*.

³² Se trata del órgano de garantía del derecho de acceso en la AGE y el que también conoce las reclamaciones de aquellas CCAA que han formalizado convenio con él.

³³ Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.



de inadmisión a la solicitud de "... *notas, borradores, resúmenes, opiniones o cualquier documento de trabajo interno sin relevancia o interés público...*", aspectos estos cuya concurrencia deberá interpretarse siempre en sentido favorable a la transparencia y, probablemente, contando con la intervención de los solicitantes quienes, a pesar de no estar obligados a motivar sus solicitudes, debieran ser requeridos para una explicación de sus argumentos, en caso de que al sujeto obligado le surgieran dudas sobre el interés público de la información solicitada³⁴.

En segundo término, sería muy importante aclarar que esa información no tiene que estar ligada a procedimiento administrativo alguno, de modo que, aunque pueda ser excluida del concepto de expediente administrativo contenida en el artículo 70.4 LPACAP, ello no condiciona en absoluto su aptitud para ser considerada información pública. En este error creemos que incurre el Criterio Interpretativo (CTBG) 6/2015, cuando enumera como ejemplos de "información auxiliar" las "*comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento*" y los "*...informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final*"³⁵.

Muchas "*comunicaciones internas*", en efecto, bajo la capa de esta anodina denominación, constituyen auténticas circulares que explican el funcionamiento interno de las organizaciones mejor que la motivación

³⁴ Véase la confirmación de esta circunstancia en la Sentencia de la Audiencia Nacional 46/2017, de 25 de julio de 2017.

³⁵ Apartado II, nº 2, puntos 4º y 5º del Criterio Interpretativo 6/2015.



formal de las propias resoluciones. Y, por lo que se refiere a los informes no preceptivos, se podrían imaginar, sin duda, múltiples informes solicitados internamente o dirigidos espontáneamente a los superiores jerárquicos de las AAPP y que, pese a no determinar una ulterior actividad administrativa, acaban constituyendo un importante acervo de información a disponibilidad de los sujetos obligados, que no debiera ser sistemáticamente hurtado a los ciudadanos. No se olvide que, soluciones hoy susceptibles de ser desechadas, pudieran ser perfectamente el fundamento de exitosas políticas públicas futuras de las que estos, aparentemente irrelevantes informes, constituirían la eventual justificación.

En todo caso, hemos de insistir en que la técnica adecuada para esta causa de inadmisión es configurarla evitando la cita de ejemplos concretos que, en ningún caso, pueden ser elevados a categoría. Crítica que, como ya hemos visto, resulta imputable, en particular, al Criterio Interpretativo (CTBG) 6/2015 cuando, aparte de los ejemplos antes citados, enumera una serie de ellos enormemente cuestionables. Sería el caso, por ejemplo, de los documentos que constituyan "*...un texto preliminar o borrador sin la consideración de final*"³⁶, pues resulta evidente la transcendencia de este tipo de documentos en la secuencia de la denominada "*huella normativa*" de los anteproyectos de ley y los proyectos de decretos. También es censurable la cita de la "*...información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud*"³⁷, porque esta

³⁶ Apartado 2, punto tercero, nº 2 del Criterio Interpretativo 6/2015.

³⁷ Apartado 2, punto tercero, nº 3 del Criterio Interpretativo 6/2015.



genéricamente denominada "*información preparatoria*" puede resultar sustancial respecto de los órganos colegiados para determinar la constitución correcta de los mismos o la puntual recepción de la información por sus miembros, aspectos ambos que condicionan la validez de sus resoluciones.

La tercera causa de inadmisión afecta a aquellas informaciones "... *para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración...*" (art. 18.1 c) LTAIPBG). Esta causa de inadmisión ha sido tan determinante para el Consejo de Ministros que, en su acuerdo de 6 de julio de 2021, en el que se autoriza el procedimiento de ratificación y firma del C205, se ha consignado expresamente la reserva de que "... *considera específicamente como solicitud de difícil cumplimiento al amparo del art. 5.5.ii aquella que se refiera a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración*".

Tal reserva nos resulta especialmente preocupante si tenemos en cuenta que la interpretación del concepto jurídico indeterminado de "*reelaboración*" por parte de la jurisprudencia de nuestro TS hasta ahora recaída al respecto resulta defectuosa, además de casuística y apegada al caso concreto. Desde el punto de vista técnico, parece confundir – a nuestro juicio desacertadamente – la "*reelaboración*" con la circunstancia de que se pida una información muy voluminosa o que la información solicitada no se encuentre en su totalidad en poder del sujeto obligado y deba ser recabada de otros órganos o entes. Estas cuestiones no equivalen, a nuestro juicio, a la reelaboración sino que, en todo caso, justificarían más



bien una ampliación del plazo de resolución previsto en el artículo 20.1 LTAIPBG.

En la STS 1547/2017, de 16 de octubre de 2017³⁸, se planteó por primera vez como cuestión de interés casacional, a propósito de los gastos de la participación española en el festival de Eurovisión que habían sido objeto de solicitud de información pública, la interpretación del artículo 18.1.c) LTAIPBG. Y en el caso de autos, advirtió ya acertadamente el TS que *"Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1..."*³⁹. Y, como consecuencia de ello, resolvió en contra del sujeto obligado – la Entidad Pública Empresarial Corporación RTVE – por el hecho de que, en ningún momento, demostró la necesidad de reelaborar esa información.

La STS 306/2020, de 3 marzo (rec 600/18) aprecia, sin embargo, la concurrencia de esta causa de inadmisión en un caso en el que la información solicitada era la de proporcionar la lista de pasajeros que acompañaron a las autoridades transportadas por la flota del Grupo 45 de la Fuerza Aérea Española u otras unidades que las hubieran transportado. El hecho de que el solicitante interesara la entrega de la información con un determinado desglose⁴⁰

³⁸ Sala 3ª, Sección 3ª. R. cas. 75/2017.

³⁹ FJº 4 STS 1547/2017.

⁴⁰ Se pedían concretamente: Fechas de vuelo/ciudad/aeropuerto de origen y de destino desde el año 1976 o desde el primer año disponible.



y un concreto formato⁴¹ hizo cuestionarse al TS si ello habría de constituir "reelaboración".

Con buen criterio, afirma el órgano jurisdiccional que *"...Ciertamente, el suministro de información pública, a quien ha ejercitado su derecho al acceso, puede comprender una cierta reelaboración, teniendo en cuenta los documentos o los datos existentes en el órgano administrativo. Ahora bien, este tipo de reelaboración básica o general, como es natural, no siempre integra, en cualquier caso, la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013..."*⁴². Sin embargo, a la postre la reelaboración es apreciada, en una nueva confusión del concepto de "reelaboración" con el de simple "recopilación" por el hecho de que *"... se trata de una documentación (cuya) procedencia no se encuentra en su totalidad en el propio órgano al que se solicita, pues parte de tal información corresponde y se encuentra en la Casa Real, con el añadido de que parte de tal información se encuentra clasificada, según la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978. Además del extenso límite temporal de la información solicitada de los vuelos militares desde 1976"*⁴³.

Pues bien, no es este un concepto muy depurado, a nuestro juicio, de lo que deba entenderse por reelaboración y, en este sentido, preferimos la doctrina

⁴¹ El solicitante interesaba que el formato (o una copia) de la información fuese un archivo reutilizable como XLS, CSV o similar.

⁴² FJ 5º, párrafo 2º.

⁴³ FJ 5º, párrafo 3º



establecida en el Criterio Interpretativo (CTBG) 7/2015, de 12 de noviembre de 2015⁴⁴, que no se conforma con la complejidad que pueda suponer la mera recopilación de datos o documentos, derivada de su posesión por distintos órganos administrativos o de la extensión de su secuencia temporal, sino que exige que la información deba *"elaborarse expresamente para dar una respuesta al solicitante"* y, en segundo lugar, introduce un criterio subjetivo – este más criticable, por cuanto implica la eventual ruptura del principio de igualdad – en el sentido de que *"se carezca de los medios técnicos para la obtención o explotación de la información"*, con la corrección de que no proceda apreciar en ningún caso reelaboración cuando el tratamiento de la información se pueda verificar con *"programas informáticos de uso corriente"*.

En cuarto lugar, el art. 18.1 d) LTAIPBG establece como causa de inadmisión la de aquellas solicitudes *"Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente"*. En el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir esta causa, el art. 18.2 LTAIPBG dispone que *"... el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud"*. A su vez, ambos preceptos se relacionan con lo dispuesto en el art. 19.1 LTAIPBG cuando advierte que *"Si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante"*.

44

[https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/Actividad/criterios.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html)



La única interpretación efectuada hasta ahora por el TS en relación con el deber de remisión de la solicitud ha sido la afirmación, en la ya citada STS 306/2020, de 3 de marzo, de que la LTAIPBG no obliga al solicitante a *"...una búsqueda, localización y remisión de información. La Ley, según los casos vistos, obliga al órgano ante el que se presenta la solicitud a indicar quien es, a su juicio, el órgano competente, o bien a remitirlo al competente"*⁴⁵.

El problema, sin embargo, no está en el incuestionable deber de remisión que incumbe al órgano administrativo, sino en que, de la confusa redacción de los anteriores preceptos resulta que, como acertadamente apunta RAMS RAMOS, literalmente podría el órgano que reciba la solicitud incumplir su deber de trasladarla aun cuando pudiera formarse un juicio razonable sobre quién sea el órgano competente que dispone de la información⁴⁶. Obsérvese, en todo caso, que estamos ante una causa de inadmisión que no produce necesariamente, como las anteriores, una falta de procedimiento y de pronunciamiento de fondo de la solicitud, pues el rechazo de un sujeto no implica la satisfacción de la solicitud por el que disponga de la información. Sin embargo, por la multiplicidad de sujetos obligados a la transparencia, la interpretación laxa de esta causa de inadmisión haría víctima al ciudadano de un *"peloteo interinstitucional"* en

⁴⁵ FJ 7º.

⁴⁶ RAMS RAMOS, L. "Cuestiones problemáticas en el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje a Luis Cosculluela*. Iustel. Pág. 648.



detrimento de la pronta y eficaz satisfacción de su derecho.

En relación con ello habría que reiterar la necesidad de colaboración activa que el C205 impone a los sujetos obligados a la hora de proporcionar la información solicitada, cuestión ésta que debería conducir a derogar la particularidad inadmisiva del artículo 18.2 LTAIPBG, puesto que entre el conocimiento sobre quién sea el órgano titular de la información o la falta de aquél no parece serio refugiarse en posibilidades intermedias como la "sospecha" cuya concurrencia, al menos, exigiría la interlocución previa entre el órgano que recibió la solicitud y aquel que probablemente pudiera disponer de la información para despejar las dudas competenciales que pudieran existir. En esta misma línea de colaboración, la LTAIPBG debería contemplar asimismo mecanismos de acercamiento proactivo al ciudadano, como la habilitación de un trámite de conciliación entre el sujeto obligado y el solicitante de información, para deslindar con claridad la información en poder de aquél, así como la imposición a todas las administraciones públicas de disponer de "*Catálogos de Datos de Información Pública*", que permitan la constancia general y pública del tipo, contenido y extensión de la que información que se encuentra a disposición de cada sujeto obligado y sus órganos y unidades.

Por último, el art. 18.1 e) LTAIPBG permite la inadmisión de aquellas solicitudes "*Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley*". Nuevamente nos encontramos aquí con una doble causa de inadmisión: la de las solicitudes "*repetitivas*" y las de naturaleza "*abusiva*", cuya concreción, en ambos casos,



se ha realizado por el CTBG en su Criterio Interpretativo 3/2016, de 14 de julio⁴⁷.

Coincidiendo sustancialmente con los postulados de tal Criterio, creemos que para que haya reiteración debe darse la concurrencia de una triple identidad: subjetiva (varias solicitudes formuladas por un mismo individuo o ente, frente a un mismo sujeto obligado, sin que tengan esta consideración solicitudes objetivamente idénticas formuladas por pluralidad de sujetos, salvo para aquellos que pudieran haber obtenido respuesta con anterioridad); objetiva (contenido idéntico de la información pública solicitada o sustancialmente similar a la de su solicitud anterior); cronológica (que el tiempo transcurrido no determine variación de circunstancias); y formales (en el sentido de que la solicitud anterior ha de haber generado una respuesta expresa del sujeto obligado, sea ésta estimatoria o denegatoria, de naturaleza firme).

Habría que hacer, sin embargo, al Criterio Interpretativo CTBG una serie de precisiones respecto de estas resoluciones reiterativas. La primera de ellas es que, según afirma el citado órgano de garantía, se debería tratar como "*solicitud reiterada*" aquellas que "*...coincidan con otra u otras dirigidas al mismo órgano en periodos de tiempo inferiores a los plazos de tramitación legalmente previstos, de tal forma que las solicitudes presentadas previamente no hubieran finalizado su tramitación*"⁴⁸.

47

[https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/Actividad/criterios.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html)

⁴⁸ Apartado II, 2.1, guión 4º del Criterio Interpretativo 3/2016.



No estamos de acuerdo. En estos casos, las solicitudes no deben ser inadmitidas de plano sino acordar su acumulación por la vía del art. 57 LPACAP porque, de no hacerlo así, se incurriría en la incongruencia administrativa de inadmitir una solicitud cuando el órgano administrativo en realidad no se ha pronunciado sobre la pertinencia de la principal, con la que guarda sustancial relación. Por tanto, la causa de inadmisión de "reiteración" sólo puede darse cuando la solicitud similar ya ha sido resuelta administrativamente, y no antes.

Lo que tampoco deja claro el Criterio Interpretativo es cómo debe ser el pronunciamiento administrativo que habilite a apreciar la "reiteración". Si la resolución no fuera firme en vía administrativa y con posterioridad se formula una nueva solicitud repetitiva de la anterior habría que distinguir, a su vez, tres supuestos:

- Que la resolución anterior fuese estimatoria: supuesto en que, efectivamente procedería apreciar la causa de inadmisión de "reiteración".

- Que la resolución anterior fuese desestimatoria. En este caso, si la solicitud posterior se presentare durante el plazo de reclamación ante el órgano de garantía no creemos posible que procediera la inadmisión, sino la correcta calificación de la nueva solicitud como reclamación, con su tramitación subsiguiente ante el órgano de garantía. Y lo mismo hay que decir si la segunda solicitud se formulare transcurrido el plazo de reclamación ante el órgano de garantía, porque lo procedente sería en este caso la inadmisión pero también por el órgano de garantía y, ciertamente, no por "reiteración" sino por "extemporaneidad", calificándola nuevamente como reclamación. Sólo en caso de presentarse una tercera solicitud idéntica posterior a las



dos anteriores cabría que el sujeto obligado aplicase, por tanto, la causa de inadmisión del art. 18.1 e) LTAIPBG.

- Si la primera resolución no se resolvió expresamente, dada la naturaleza negativa del silencio administrativo y la inexistencia de plazo para resolver, la segunda solicitud idéntica debe tramitarse, necesariamente, como reclamación ante el órgano de garantía.

Todas estas son precisiones que, a nuestro juicio, debieran tenerse en cuenta en la aplicación de la causa de inadmisión por "reiteración".

Por último, en cuanto a la causa de inadmisión del ABUSO, nos interesa destacar la problemática ligada a la misma, en el sentido de que requiere de una interpretación teleológica para constatarlo. En efecto, si como dice el CTBG el abuso hay que definirlo por remisión al art. 7.2 del Código Civil, es evidente que tal supuesto se producirá cuando "*... por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero...*". Ello estaría, por tanto, en conexión con el apartado I, párrafo 1º de la Exposición de motivos de la LTAIPBG al advertirnos que: "*Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos*".

Indudablemente, la introducción de estos elementos subjetivos, configuran el límite del "abuso" como una



acotación a la misma definición de información pública del art. 13 LTAIPBG precepto que, sin aludir nunca a este criterio finalista, define de forma objetiva dicha información como los *"...contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones"*.

Nos interesa profundizar en esta tensión normativa porque, precisamente por esta circunstancia, el CTBG en su Criterio Interpretativo 3/2016 ya llegó a la conclusión de que podían ser inadmitidas todas las solicitudes de información pública que no tuvieran como objeto someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, conocer cómo se manejan los fondos públicos o conocer bajo qué criterios actúan las instituciones. Limitaciones éstas que hacen observar a los profesores FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, con toda razón, que: *"Sin embargo, en nuestra opinión, esta conclusión es excesiva, pues si bien es evidente que tales fines responden a la 'finalidad de la ley', pueden no ser l(o)s únic(o)s..."*⁴⁹.

Al amparo de esta acotación finalista del concepto de información pública se han producido una serie de interpretaciones del CTBG que presentan un potencial indebidamente restrictivo de dicho concepto, hasta el punto de que, alguna de ellas, ha sido expresamente desautorizada por la jurisprudencia del TS.

⁴⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *"El Derecho de Acceso a la Información Pública en España"*. Aranzadi. 1ª ed. Año 2017. Pág. 282, primer párrafo.



Por citar algunos ejemplos, la R (CTBG) 485/2017, de 25 de enero de 2018, sin negarse a reconocer el derecho de los representantes de los trabajadores que reclamaban información pública, hace, sin embargo, una acotación peligrosa que pretende desalentar a los reclamantes sobre el uso futuro de la LTAIPBG, al advertir que *"... esta norma no está pensada, en ningún caso, para ejercer la actividad sindical, que dispone de sus propios cauces procedimentales específicos y que, en último extremo, puede ser defendido ante los organismos de arbitraje existentes o los Tribunales de Justicia competentes, no debiendo utilizarse la vía de la Reclamación ante este Consejo de Transparencia como medio usual para el ejercicio de esos derechos de representación laboral"*⁵⁰.

Pero esta consideración *"obiter dicta"* fue el origen de una sucesiva brecha, ya que entre los sujetos obligados se fue abriendo paso una línea argumental que, fundamentada en las específicas finalidades de la transparencia regulada en la LTAIPBG, pretendió haber hallado en las solicitudes de los representantes sindicales de los empleados públicos un motivo de inadmisión, en este caso recurriendo a la DA 1ª LTAIPBG, posición que, como veremos en el siguiente epígrafe, tuvo que ser atajada por la jurisprudencia en la STS 748/2020, de 11 de junio, que más adelante comentaremos.

Por otra parte, en la R (CTBG) 333/2017, de 6 de octubre de 2017, creyó el órgano de garantía encontrar otra causa de inadmisión basada en las finalidades de la LTAIPBG, con motivo de la solicitud al Ministerio del Interior de un listado de la correspondencia enviada y recibida por el interesado, durante su tiempo de reclusión en el Centro Penitenciario de Aranjuez.

⁵⁰ FJ 9º.



Sostenía en este caso el CTBG que *"...A juicio de este Consejo de Transparencia, lo solicitado, aunque sea información pública, realmente es una información que difícilmente puede incardinarse dentro de la finalidad citada, ya que persigue la elaboración de un listado que no sirve para comprobar cómo se toman las decisiones en la Administración o cómo actúan los representantes públicos y que no es una finalidad, en resumen, de control público o de rendición de cuentas... La finalidad de la solicitud es establecer una correlación que valga de justificante para su presentación al órgano correspondiente. Se trata pues de un mero interés privado, que no encajaría, a nuestro juicio, con la finalidad perseguida por la LTAIPBG"⁵¹.*

En este caso, la negativa a entregar la información contó inicialmente con el apoyo de los órganos jurisdiccionales, tanto del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 2, en su sentencia 94/2018, de 9 de julio de 2018, como de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7ª de la AN, que confirmó la anterior en su Sentencia de 27 de mayo de 2019. Nuevamente tendrá el TS quien en la STS 3870/2020, de 12 de noviembre negase asimismo la posibilidad de que la mera existencia de un interés personal permitiera por sí misma la denegación de la información⁵².

Una tercera vía de denegación fundamentada en los fines de la transparencia – en este caso no atajada por el momento por el TS – ha sido la iniciada en la RT (CTBG) 121/2021 de 9 de junio. La reclamación resuelta lo era

⁵¹ FJ 4º.

⁵² Esta sentencia será también comentada más detenidamente con posterioridad.



contra la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la que se denegó la solicitud de un ciudadano que pedía copia de los exámenes al Cuerpo de Profesores de Educación Secundaria de diversas convocatorias, en las especialidades de biología y geología. Los argumentos para la desestimación son, en este caso, de tan grosero trazo que parecen rayar en lo delirante.

A pesar de reconocer el CTBG que hasta ahora ha venido avalando la entrega de este tipo de informaciones, considera como punto de inflexión en sentido contrario la Sentencia 120/2019, del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 5, que denegó una petición similar. Reproduciendo literalmente los argumentos esgrimidos en dicha sentencia, el CTBG anuncia que a partir de este momento considerará inadmisibles este tipo de requerimientos por abusivos y no justificados en los fines de la LTAIPB, en tanto no ponen en entredicho la actuación del órgano de selección (pues las convocatorias son firmes y no pueden ser revisadas), sino que sólo buscan conseguir una posición personal de privilegio con la confección de bases de datos que permitan a los solicitantes encontrarse en mejor situación que sus eventuales competidores en futuras convocatorias de empleo público⁵³.

Nos parece que este tipo de pronunciamientos constituyen un paso atrás en la transparencia pues, en primer lugar, confunden lo que es la finalidad de control de la actividad pública con la actividad de control del singular acto administrativo en que aquélla eventualmente se materializa. Con este razonamiento, por tanto, dejarían de formar parte de la información pública todos aquellos contenidos no susceptibles de ser

⁵³ FJ 4º.



revisados en vía administrativa o judicial, conclusión ésta en palmaria contradicción con la propia LTAIPBG. Pero es que, además, la transparencia no puede situarse a espaldas de la reutilización de la información pública, que es lo que se está poniendo en cuestión al negar la legítima finalidad de la confección de bases de datos por los interesados. Es evidente, en fin, que esa supuesta desigualdad para procesos selectivos futuros más que como causa de denegación de la información a quien la solicite, debería verse como un argumento para la publicación proactiva de los cuestionarios correspondientes en beneficio general de la ciudadanía.

Como conclusión, creemos que hay mucho que mejorar en la acotación e interpretación del "abuso" como fundamento para la inadmisión de las solicitudes de información pública y, de hecho, estamos asistiendo a una relajación de los requisitos que el propio CTBG impuso en su día en el Criterio Interpretativo 3/2016.

B) LAS "INADMISIONES FORMALES" DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª LTAIPBG

Además del ajuste de las causas de inadmisión del art. 18 LTAIPBG, es necesario referirse asimismo a la limitación que debe producirse a la hora de aplicar los regímenes especiales de acceso, particularmente en los casos en que, con la remisión a los mismos, se anulan o minoran las garantías del derecho de acceso a la información de la ley general de transparencia.

Afortunadamente en este sentido la jurisprudencia del TS se puede considerar muy acertada. Esta se ha suscitado con motivo de la interpretación que habría de darse a la DA 1ª, apartado 2 LTAIPBG, según la cual: "*Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan*



previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”.

Como ya hemos anticipado en el epígrafe anterior, el conjunto de resoluciones administrativas que originaron la controversia tenían que ver asimismo con el hecho de si la finalidad de la transparencia regulada en la LTAIPBG sería incompatible con las solicitudes de información suscitadas por los representantes sindicales de los empleados públicos. En concreto, las resoluciones administrativas cuestionadas resolvían sendas reclamaciones presentadas por el representante de la Junta de Personal de la AEAT de Valencia, en las que pedía al Delegado especial de la AEAT que le informase sobre determinadas cuestiones relativas al reparto de bolsas de productividad durante los años 2015 y 2016.

La AEAT dictó una resolución expresa en la que se inadmitía su solicitud, alegando entre otros argumentos, que las Juntas de Personal y los Delegados de Personal son órganos de representación de los funcionarios públicos, y que tienen un régimen propio de acceso a la información contenido en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), por lo que las previsiones de la LTAIPBG no les resultaban aplicables, en virtud de lo establecido en la DA 1ª de esta última norma.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por la AEAT, el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 4, estimó el recurso del solicitante, en su Sentencia de 27 de marzo de 2018, argumentando que el art. 40 EBEP, en efecto, no contenía, respecto del derecho de información de las Juntas de Personal, un régimen jurídico específico susceptible de desplazar la aplicación de la LTAIPBG. Este argumento fue



confirmado en apelación en la Sentencia de la AN de 23 de noviembre de 2018⁵⁴.

Pues bien, planteado recurso de casación por la AEAT, la polémica fue zanjada por la STS 748/2020, de 11 de junio de 2020⁵⁵ con la afirmación de que:

"... En respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debe afirmarse que las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre...

El art. 40.1 del Real Decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público, no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información que las Juntas de Personal pueden tener en relación con aquellas materias relativas a los empleados que representan y a la información que les atañe"⁵⁶.

⁵⁴ Sección 7ª. Rec. 53/2018.

⁵⁵ Sala 3ª, Sección 3ª. R. Cas. 577/2019.

⁵⁶ STS 748/2020, de 11 de junio. FJ 4º.



Esa misma es la conclusión que obtiene el Alto Tribunal en la STS 1565/2020, de 19 de noviembre, que tuvo su origen en la negativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) a entregar las resoluciones administrativas sancionadoras dictadas contra determinadas entidades de crédito. La CNMV invocaba, al respecto, la aplicación de un presunto régimen especial derivado del actual Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores que, en opinión de la CNMV, debería tener prevalencia sobre el de la LTAIPBG.

El TS, sin embargo, rechaza categóricamente tal planteamiento y, tras analizar las normas legales invocadas concluye que *"...no se desprende la realidad de un régimen específico completo sobre el acceso a la información o transparencia pasiva, que desplace al general de la LTAIPBG..."*⁵⁷. Según el TS el grueso de las innovaciones del Real Decreto Legislativo 4/2015 se centran específicamente en la publicidad activa y, por tanto, no afectan al ámbito de la DA 1ª LTAIPBG.

La reciente STS 312/2022, de 10 de marzo de 2022⁵⁸ ha ido más allá al admitir que, incluso la existencia de un régimen específico de acceso – era el caso de diputados provinciales que solicitaban información al presidente de la entidad para el desempeño de sus funciones representativas, régimen cuya especialidad se deriva del art. 77 de la Ley 7/1985 y los arts. 14-16 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre – no impide la aplicación supletoria de la LTAIPBG, por la vía del apartado 2 de su

⁵⁷ STS 1565/2020, de 19 de noviembre. FJ 2º.

⁵⁸ R. Cas. 3382/2020



DA 1ª, para abrirles la vía de la reclamación administrativa ante el órgano autonómico de garantía de la transparencia, aunque la misma no venga expresamente prevista en la legislación especial. Con ello se consigue que no sean de peor condición los representantes locales en el ejercicio de su derecho constitucional de representación política que los ciudadanos corrientes, interpretación que consideramos extensible a todos aquellos regímenes especiales – como el de la LAIMA – que por ser anteriores a la LTAIPBG no contemplaron otra posibilidad de recurso, contra las denegaciones de acceso, que los recursos administrativos ordinarios o el recurso contencioso-administrativo.

En esta misma línea habría que hacer también una reflexión final, siquiera breve, sobre el supuesto de inadmisión que se deriva del propio nº 1 de la DA 1ª LTAIPBG, cuando establece que *"La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo"*.

La justificación que se ha dado a esta DA es la de que parece lógico que, en el curso del procedimiento administrativo, se reconozca a quienes tienen en él la condición de interesados un derecho de acceso a la información pública de superior rango al de los ajenos a aquél, pues sólo los titulares de derechos e intereses legítimos tienen la facultad de impugnar las correspondientes decisiones que se tomen por la administración. De ahí que, con la firmeza del acto resolutorio, el derecho de acceso pasase a tener ya su acomodo en el propio régimen general de la LTAIPBG pues, hayan sido o no interesados los solicitantes de



información, en este momento todos quedan igualados al régimen común reconocido a la generalidad de los ciudadanos.

El problema sin embargo de este planteamiento es la circularidad que provoca que la LPACAP se la pretenda convertir en una norma de procedimiento especial mediante un "mandato de retorno" hecho específicamente desde la LTAIPBG y que, lógicamente, la primera no está en condiciones de asumir por su misma naturaleza de "ius commune itineris". Así, han tenido que surgir autores que en un loable esfuerzo – pero a nuestro juicio con más voluntarismo que con sujeción al derecho positivo – han intentado concretar qué aspectos específicos de la LPACAP se han de aplicar al acceso de los interesados en el curso de los expedientes⁵⁹.

A nuestro juicio, sin embargo, la pendencia de un procedimiento administrativo no justifica, en ningún caso, la configuración de un régimen especial de acceso pues, como ocurriría con el régimen de los representantes locales, el acceso cuya especialidad se derive exclusivamente de la titularidad individual de un derecho específico que pueda reforzarlo, no afectaría al elemento objetivo del derecho (el concepto de información pública) sino a la mayor o menor extensión en la aplicación de algunos de sus límites. Límites que, desde el punto de vista genérico, no pueden ser distintos en uno u otro caso, sino que sólo habrán de adaptarse a las circunstancias subjetivas concurrentes.

⁵⁹ MIR PUIGPELAT, O. "Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública". Civitas, 2019.



Para esta modalización serían suficientes las llamadas que hoy hacen los arts. 14.2 y 15.3 b) LTAIPBG a la ponderación en la aplicación de dichos límites, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, o a la justificación del solicitante, fundamentada en el ejercicio de un derecho. Estos preceptos, a nuestro juicio, bastan para que el sujeto obligado a la información pública tenga en cuenta la particular condición de interesado, sin necesidad de configurar un régimen de acceso separado de la LTAIPBG. Cuestión distinta es que, por la conexión con el expediente, los órganos encargados de proporcionar la información debieran ser los órganos gestores. Pero para esto tampoco hace falta configurar un régimen especial, sino revestirlos, en este caso, de la condición de unidades de transparencia.

En último término, volvemos a insistir que, en los términos actuales, la LTAIPBG al regular el acceso de los interesados a los procedimientos en curso con exclusión de toda posibilidad de reclamación ante un órgano de garantía independiente, no parece resultar compatible con el art. 8.1 C205.

V- EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE CONCEDEN LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN CASO DE INEJECUCIÓN DEL SUJETO OBLIGADO

Otra cuestión que nos suscita el derecho de acceso a la jurisdicción respecto del derecho a la información pública tiene que ver con el supuesto – muy frecuente en la práctica – de que no se ejecuten en vía administrativa las resoluciones que otorgan el derecho de acceso. Obsérvese que este es un problema distinto del de la inejecución de sentencias judiciales firmes (que formaría parte de otra garantía diferente a la que aquí



analizamos)⁶⁰. El supuesto que nos interesa, pues, tiene su origen cuando los órganos de garantía reconocen al ciudadano el derecho a acceder a determinada información pública denegada en vía de solicitud por la Administración

Pues bien, en estos casos, la Administración al interponer recurso contencioso contra la estimación administrativa del órgano de garantía y, sin plantear judicialmente medida cautelar alguna de suspensión de la ejecutividad del acto que agotó la vía administrativa, acude a dirimir el pleito ante los tribunales sin entregar al particular la información que ya tiene reconocida, por considerar que el acto dictado por el órgano de garantía carece de eficacia ejecutiva. Conste que, este caso, no es precisamente un supuesto hipotético o excepcional ya que, en realidad, la cuestión resulta más grave.

En efecto, si examinamos las estadísticas del propio CTBG del año 2020 en relación con la AGE, en este año se da un total del 13,9% de resoluciones del CTBG cuyo cumplimiento no le consta a este órgano. El porcentaje, sin embargo, de litigio ante el contencioso-administrativo de esa administración es mucho menor, es decir, del 5,1 %. Este decalaje porcentual no puede ser sino la constatación de que la AGE ni siquiera cumple resoluciones del CTBG que no ha recurrido en vía

⁶⁰ Este supuesto, en efecto, forma parte de la "garantía de ejecución" que asimismo brinda el derecho a la tutela judicial efectiva y que también tiene una problemática especial por el hecho de que las sentencias firmes que estiman el recurso proclamando la ilegalidad del acto de denegación tienen, en principio, naturaleza meramente declarativa, y suscitarían la interesante cuestión de su ejecución impropia.



contenciosa, es decir, que han devenido firmes⁶¹. De hecho, se han dado casos, incluso, en los que algún Ministerio ha incumplido el deber de entregar una información pública cuya obligación de entrega ya había sido confirmada en casación por el TS, en la que, casi un año después, el órgano jurisdiccional a quien corresponde la ejecución – el que conoció en instancia – ha tenido que dirigir al Ministerio en cuestión un requerimiento para que informara sobre las actuaciones practicadas en orden a la debida ejecución⁶².

No es nuestro propósito aquí, sin embargo, centrarnos en la ilegalidad evidente que suponen estas actuaciones. Nos parecen, en efecto, afirmaciones evidentes que las resoluciones del CTBG, así como las del resto de órganos de garantía, son actos administrativos que deben gozar, desde el momento en el que se dictan, de la presunción de validez y eficacia que reconoce el artículo 39.1 LPACAP a los restantes actos de las Administraciones Públicas y que, en consecuencia, los sujetos obligados deben cumplirlas en sus propios términos, salvo que los órganos jurisdiccionales competentes lo impidan con la adopción de la medida cautelar de suspensión o las revoquen en sentencia de fondo. Y, en fin, no menos obvio nos resulta que todas estas malas prácticas tienen una relación muy directa con las insuficientes facultades de control que se han otorgado en la LTAIPBG y en las leyes de transparencia autonómicas a los órganos de

⁶¹https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/Resoluciones/Cumplimiento/Cumplimiento-AGE.html
(Consultado el 23 de abril de 2021)

⁶² <https://civio.es/tu-derecho-a-saber/2021/02/19/defensa-expone-a-funcionarios-y-altos-cargos-a-multas-por-no-entregar-una-informacion-publica/> (Consultado el 23 de abril de 2021)



garantía de la transparencia, cuestiones, todas ellas, que ya han sido tratadas por una parte de la doctrina más brillantemente de lo que podríamos hacer nosotros⁶³.

Nos interesa específicamente centrarnos, por tanto, en cuestiones que, salvo error u omisión por nuestra parte, han pasado desapercibidas a los diversos tratadistas de la transparencia pero que, a nuestro juicio, tienen una gran relevancia específicamente respecto a la garantía de acceso a la jurisdicción por los ciudadanos. Nos referimos a las limitaciones que presenta el artículo 29.2 LJCA para poder judicializar la omisión de entrega de la información por parte del sujeto obligados en los dos supuestos siguientes:

1º.- Cuando en vía de solicitud el sujeto obligado ha estimado la pretensión del solicitante.

2º.- Cuando, no habiéndose estimado la solicitud del ciudadano, el reconocimiento del acceso se haya producido por el órgano, estatal o autonómico, de garantía de la transparencia y, en este caso, la resolución no se haya recurrido en vía contencioso-administrativa por el sujeto obligado a la entrega.

En los dos casos anteriores, los interesados que, transcurrido un plazo prudencial, no hayan obtenido la

⁶³ Por todos, MARTÍN DELGADO, I. "La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control". *Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Dilemata*, nº 27, 2018, págs. 281-309; JIMÉNEZ ASENSIO, R: "Instituciones de garantía de la transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 68, año 2017, pp. 60-75; BARRERO RODRÍGUEZ, C en GUICHOT REINA, E y BARRERO REDRIGUEZ, C: "*El Derecho de Acceso a la Información Pública*". Tirant lo Blanc, 2020, pp. 698-738.



información sólo pueden judicializar la omisión del deber de entrega por la vía prevista en el art. 29.2 LJCA que, como es sabido, dispone que: *"Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78"*. Esta vía, sin embargo, por las peculiaridades de la LTAIPBG, nos conduce a dos reflexiones.

En primer lugar, literalmente la vía del art. 29 LJCA está prevista para accionar contra las *"Administraciones Públicas"*. Y, en relación con ellas, el supuesto de hecho lo determinan vicisitudes propias del acto administrativo tradicional como son la *"inejecución"* y la *"firmeza"*. El hecho, sin embargo, de que no todos los sujetos obligados del art. 2 LTAIPBG tengan la consideración de administraciones públicas podría plantear dudas cuando el recurso contencioso-administrativo se plantease directamente contra las resoluciones de dichos sujetos no administrativos – por ejemplo, las sociedades mercantiles públicas o las fundaciones de sector público, obligadas al acceso por el art. 2.1 g) y h) LTAIPBG.

No sirve argumentar que, en todo caso, se evitaría esta duda acudiendo a la reclamación ante el órgano de garantía de la transparencia que, al ser un órgano inequívocamente administrativo, ya estaría comprendido sin duda en el supuesto del art. 29 LJCA. Y ello por dos razones. Primera, porque en principio es posible acudir a la vía judicial sin necesidad de acudir al órgano de garantía (dado el carácter potestativo que concede a la reclamación el art. 24.1 LTAIPBG); pero, en segundo lugar, porque, como anteriormente advertíamos, es muy posible que la inejecución se pudiera plantear contra



eventuales resoluciones estimatorias del propio sujeto obligado no administrativo.

En estas circunstancias es preciso reconocer que el hecho de que la actividad de sujetos no administrativos se haya convertido, por ministerio de la ley, en acto administrativo, obliga al juez a admitir el recurso contencioso contra la inejecución de las decisiones de aquéllos, porque, de lo contrario, se estaría imposibilitando el acceso a la jurisdicción, en contradicción con el principio de tutela efectiva, ya que el art. 29 LJCA se plantea de hecho como la única posibilidad que existe para acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de inejecución administrativa. Por tanto, sería deseable la modificación del tenor literal del art. 29 LJCA de forma que este aludiera no sólo a las Administraciones Públicas, sino a todo ente que se encuentre sujeto al derecho administrativo, modificación que no sólo sería interesante para la adecuada tutela del derecho de acceso a la información sino, con carácter más general, para todos aquellos casos en que las leyes otorgasen potestades administrativas a los sujetos privados.

Pero, en segundo lugar, aparte del anterior, hay que tener en cuenta que el art. 29 LJCA impone al recurrente, en los casos de omisión administrativa, observar una especie de "*denuncia de la mora*", pues en efecto, antes de acudir a la jurisdicción, se exige a los afectados que requieran el cumplimiento de la obligación a la Administración correspondiente y si éste no se produce en el plazo del mes siguiente al requerimiento, y sólo entonces, será posible presentar el recurso contencioso-administrativo. La duda que podría plantearse es la siguiente: está claro que al particular no se le impone un plazo para el requerimiento previsto en el artículo 29.2 LJCA pero que, cuando lo realiza, deberá esperar un mes



para entender desatendido el requerimiento (pues de lo contrario, la acción judicial se inadmitiría por extemporánea). Ahora bien, después del requerimiento desatendido, puesto que, conforme al art 46.2 LJCA, el plazo para interponer el recurso será de los dos meses siguientes a la expiración del citado plazo de gracia a la Administración, ¿quiere esto decir que tras los dos meses posteriores a la expiración del plazo del primer requerimiento la acción procesal habría caducado y ya no se podría sostener ante los tribunales la pretensión de que se ejecute el acto administrativo?

Afortunadamente la respuesta es negativa. Con buen criterio, las SSTs 1080/2018, de 26 de junio y, posteriormente, las sentencias 139/2020, de 5 de febrero, 537/2020, de 28 de mayo y 887/2020 de 25 de junio, han aclarado que mientras persista la situación de inactividad administrativa que habilita para el ejercicio del recurso por inactividad al amparo del art. 29.1 LJCA, el obligado puede efectuar sucesivos requerimientos con el consiguiente reinicio de los plazos procesales previstos para el ejercicio de dicho recurso y habilitando así la posibilidad de un nuevo recurso. Lo que en mi opinión no aclaran estas sentencias – y que resulta asimismo relevante – es si estos sucesivos requerimientos también deben esperar un mes a ser atendidos antes de interponer recurso c-a, lo que carecería de la más mínima lógica, pues el plazo de gracia concedido al sujeto inejecutor debería ser único. Quizá también estas cuestiones deberían obligar a retoques en el citado art. 29 LJCA.

Por tanto, las mismas razones que llevaron en el caso del silencio desestimatorio a no entender producida la caducidad de la acción procesal para obligar a la Administración a resolver han llevado al Tribunal



Supremo a concluir la misma ausencia de caducidad para instar la falta de ejecución.

VI.- ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y "JUEZ ORDINARIO DEL DERECHO DE ACCESO"

A) LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA HETEROGENEIDAD DE SUJETOS EN LA LTAIPBG

El control jurisdiccional de las resoluciones de acceso a la información pública, tanto de las que dictan los correspondientes sujetos obligados, cuando se recurren directamente ante la jurisdicción, como las que puedan recaer contra las resoluciones de los órganos de garantía cuando se interpuso previamente la reclamación potestativa, han de ser controladas por quien, en el art. 24.1 CE, se denomina "*juez ordinario predeterminado por la ley*". Aunque técnicamente ésta sea una garantía distinguible del estricto acceso a la jurisdicción, creemos que debemos concluir con ella nuestro trabajo, por la íntima conexión que ambas presentan.

La interpretación que hace el TC del concepto de juez ordinario, destaca como elementos sustanciales del mismo que dicho órgano judicial haya sido creado – y su composición determinada previamente – por la ley; que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional⁶⁴ y, asimismo, que en la designación de los miembros que para cada caso concreto hayan de constituirlo o sustituir

⁶⁴ STC 238/1998, de 15 de diciembre, FJº 3º, párrafo 2º.



a los titulares del mismo, se siga el procedimiento legalmente establecido⁶⁵.

La primera consideración que debemos hacer, pues, sobre el "juez ordinario" del derecho de acceso se deriva de la heterogeneidad de sujetos obligados que se establecen en la LTAIPBG y que determina, asimismo, la multiplicidad de órganos jurisdiccionales competentes para conocer los recursos contencioso-administrativos que se puedan plantear, bien directamente frente a las resoluciones de los sujetos obligados o, como resultará más frecuente, frente a las resoluciones de las reclamaciones de los órganos de garantía.

Instalados, como estamos, ante el derecho de acceso a la información pública, debemos excluir de partida el análisis de los sujetos privados de la transparencia regulados en el art. 3 LTAIPBG, ya que éstos, en principio, sólo vienen obligados, respectivamente a la publicidad activa y, por consiguiente, nunca podrán ser sujetos demandados por resoluciones de acceso a la información pública.

Más dudas nos caben respecto de la articulación del recurso contencioso-administrativo con respecto a los sujetos del art. 4 LTAIPBG. En efecto, este precepto coloca a los interesados en obtener la información pública que esté a su disposición en un claro supuesto de indefensión, que podría tener, a nuestro juicio, repercusiones constitucionales.

El argumento es el siguiente: como es sabido, las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, si no están incluidos entre

⁶⁵ STC 47/1983, FJº 2º.



los sujetos del art. 2 LTAIPBG, no pueden ser destinatarios de la solicitud en vía administrativa, que por imperativo del art. 4 LTAIPBG, habrá de dirigirse exclusivamente al sujeto del art. 2.1 LTAIPBG al que se encuentren vinculados. A su vez, el sujeto del art. 2.1 LTAIPBG, si se diera el caso de que no dispone de la información solicitada, ha de efectuar el oportuno requerimiento para que el sujeto del art. 4 LTAIPBG se la facilite, a fin de que el primero pueda proporcionársela al solicitante. Pero, para imponer este requerimiento, el sujeto del art. 2.1 LTAIPBG carece de cualquier mecanismo de ejecución forzosa – al menos en la legislación básica estatal, ya que no así en algunas leyes autonómicas, que contemplan mecanismos como el de la "*multa coercitiva*".

De esta manera, si por las razones que fuesen, el sujeto del art. 2.1 LTAIPBG no acabase recibiendo la información, debería dictar una resolución denegatoria del acceso, aun a sabiendas de que dicha información tiene carácter público y de que obra en poder del sujeto requerido. En estas condiciones, por mucho que el particular formulase la oportuna reclamación o, frente a ella, un eventual recurso contencioso-administrativo, no nos parece posible que pueda obtener una sentencia judicial que haga efectivo su derecho, pues dicha sentencia, como mucho, podría obligar al sujeto del art. 2.1 LTAIPBG, pero no a quien nunca ha sido sujeto pasivo del procedimiento administrativo del que el recurso trae causa. Asimismo, en estos casos, sería poco útil una sentencia que ordenara la retroacción de las actuaciones, ya que del incumplimiento del deber de proporcionar la información solicitada no ha sido responsable el propio sujeto obligado, por la vía del art 2.1 LTAIPBG, sino el del art. 4 LTAIPBG que se negó a proporcionarla.



Esta situación, además, de no ser corregida coloca a España ante un incumplimiento flagrante del C205, pues para este instrumento internacional, de próxima ratificación por nuestro país, los prestadores de servicios públicos y los que ejercen potestades administrativas tienen la consideración de "*autoridades públicas*". De este modo, España debería integrar a los actuales sujetos del art. 4 LTAIPBG en la categoría de sujetos obligados del art 2 LTAIPBG, es decir, entre aquellos a quienes la información se puede reclamar directamente pues, ocultar bajo el paraguas de un sujeto distinto la condición innegable de autoridad que tienen para el C205 los sujetos del actual art. 4 LTAIPBG, no sería a nuestro juicio compatible con el tenor literal de aquél.

En cualquier caso, la peculiar posición de los sujetos del art. 4 LTAIPBG debería haber supuesto la previsión en nuestras leyes procesales de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, de forma que, al ser demandados estos sujetos conjuntamente con los del art. 2.1 LTAIPBG con los que estuvieran relacionados, los efectos de la sentencia judicial pudieran ser extendidos también a aquéllos.

B) LA DIVERGENCIA ENTRE LA LTAIPBG Y LA LPACAP RESPECTO DEL "DIES A QUO" PARA EL CÁMPUTO DEL PLAZO MÁXIMO DE RESOLUCIÓN

Centrándonos ya exclusivamente en los sujetos del art. 2 LTAIPBG, hemos de recordar que, respecto de todos ellos, el art. 23 LTAIPBG unifica en la jurisdicción contenciosa el control judicial de las resoluciones administrativas que pueden producirse en materia de acceso⁶⁶. Esto significa, por lo pronto, que resulta

⁶⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "*Op. Cit.*". Págs. 378 y ss.



irrelevante la naturaleza jurídico-formal de la entidad y su eventual sumisión, en el resto de sus actividades, al derecho privado, porque la jurisdicción contenciosa resultará igualmente competente para conocer las resoluciones que, en materia de acceso a la información, se planteen contra los sujetos privados integrantes del sector público, como es el caso de las sociedades mercantiles públicas o de las propias fundaciones públicas.

Ahora bien, es característica de la LTAIPBG, el haber sentado una regla específica sobre el "*dies a quo*" desde el que hay que computar el plazo máximo de resolución de los procedimientos de acceso. Esto lo hace en el art. 20.1 LTAIPBG, cuando dispone que "*La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados... en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver*". Esta regla es divergente, en efecto, de la establecida en el art. 21.3 b) LPACAP donde el "*dies a quo*" que determina dicho plazo máximo de resolución y notificación lo constituye, en el caso de los procedimientos iniciados a instancia de parte – y el derecho de acceso estaría entre este tipo de procedimientos – "*... la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación*".

Obviamente, este cambio tiene relevancia en el acceso a la jurisdicción, por la vía indirecta, en este caso, de condicionar el plazo máximo de resolución de los procedimientos de acceso y, por tanto, de delimitar el momento en que resulta posible acudir a la reclamación administrativa y la propia tutela judicial de las resoluciones recaídas en materia de derecho de acceso. La cuestión se suscita por el hecho de que la LTAIPBG,



como es lógico, para no interferir en la potestad auto-organizativa ajena, se ha abstenido de fijar cuál es el órgano que, en cada una de las Administraciones territoriales y sus respectivos sectores públicos, ha de resolver las solicitudes de acceso.

En principio, la única *"pista indirecta"* nos la proporciona el art. 17.1 LTAIPBG cuando afirma que la solicitud de acceso *"...deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información"*. Este es, razonablemente, el órgano o la entidad que asimismo debiera ser competente para resolver. Y así suele ocurrir en los casos ordinarios. Pero esto no tiene que ser así necesariamente.

El hecho cierto, en efecto, es que, en función de la autonomía organizativa de cada Administración territorial, podría ocurrir que fueran distintos los órganos o entes a los que se debe dirigir la solicitud y aquellos que se determinen como competentes para resolver. Y, además, como por imperativo del art. 20.1 LTAIPBG, el inicio del cómputo del plazo máximo para resolver ha de tener como referencia el último de ellos, es evidente que tal regulación abre en la LTAIPBG la posibilidad de distinguir entre el *"órgano o ente al que se dirige la solicitud"* (es decir, el que dispone de la información) y el *"órgano o ente competente para resolver"*.

Dicho de otra manera, la regulación de la LTAIPBG no impide que una Administración autonómica pudiese centralizar en un órgano o ente especializado la resolución de todas las reclamaciones de acceso y que, al mismo tiempo, ese órgano o ente no fuera el que ha recibido en su inicio la solicitud de acceso, por no ser el que disponía primariamente de la información.



En este caso, se produciría la incongruencia de que, habiéndose presentado la solicitud de acceso ante el órgano competente para tramitarla, los interesados no tendrían asimismo garantizado que el plazo de resolución comenzase a correr ese mismo día, como ocurriría en el procedimiento administrativo común, por aplicación del artículo 21.3 b) LTAIPBG. Esto plantearía una diferenciación, en contra del solicitante de información pública respecto de los interesados en el resto de procedimientos administrativos, que carece de toda justificación y, por esta razón, consideramos, que en este la especialidad regulatoria impuesta por la LTAIPBG carece de toda justificación y, aunque la divergencia pueda entenderse por la prioridad temporal de esta ley sobre la básica de procedimiento, ello debería corregirse.

La indefinición del órgano competente para resolver tiene trascendencia también a la hora de determinar el órgano judicial competente para conocer el recurso contencioso-administrativo, pues por aplicación de las reglas vigentes en los arts. 8 y ss. LJCA, dicho órgano jurisdiccional está en función de la entidad y del órgano autor de la resolución expresa o presunta.

En la práctica esto implica que, al final, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa carecen de criterios firmes para determinar si el órgano que denegó la información o la restringió indebidamente era formalmente el designado por esa Administración. Y así, se dan situaciones como la provocada por la AGE, donde para conocer cuál es el órgano competente en la resolución de las diversas reclamaciones de acceso, hay que acudir a una simple "*Guía metodológica*" elaborada por la Dirección General de Gobernanza Pública en la que nos informan de que el órgano competente para resolver en esa Administración es el que disponga de la información y que, en caso de tratarse de "*centros*



directivos", éstos han de tener el rango mínimo de "Dirección General", sin que sepamos cuál es el fundamento normativo en que se basa esta última exigencia⁶⁷.

Por otra parte esta dicotomía entre "*órgano competente para recibir la solicitud*" y "*órgano competente para resolverla*" ha sido utilizada en ocasiones por los sujetos obligados que, sirviéndose interesadamente de la anterior distinción, alargan irregularmente sus plazos de resolución o establecen indebidamente ampliaciones que jurídicamente no tendrían cabida,⁶⁸ triquiñuelas

⁶⁷ "Guía Básica de Tramitación de Solicitudes de Acceso a la Información Pública". Pág. 14. En <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:0428af3f-70aa-496a-831b-230227d1d1df/guia-basica-tramitacion-solicitudes.pdf>

⁶⁸Téngase en cuenta, por ejemplo, la Resolución CTBG nº 342/2018, de 3 de septiembre, cuyos antecedentes fácticos fueron los siguientes: un ciudadano solicitó al Ministerio de Defensa, el 21 de marzo de 2018, al amparo de la LTAIPBG, una relación de contratos de compraventa de cualquier tipo de armamento, con sus relativos importes y países de destino. El Ministerio, dictó una primera Resolución el 23 de abril de ese mismo año, emitida cuando había transcurrido más del mes desde la fecha de la presentación de la solicitud de información pública ante el Ministerio. Esa resolución, además, no era de fondo, sino que se limitaba a acordar una prórroga del plazo máximo para resolver. Pues bien, para evitar que dicha prórroga pudiera ser extemporánea, el Ministerio alegó ante el CTBG que sólo a partir del 2 de abril "...se determinó que la competencia correspondía a la Dirección General de Asuntos Económicos...". Se jugaba así interesadamente con la disyuntiva "...titular del órgano administrativo o entidad que posea la información...", previsto en el artículo 17.1 LTAIPBG como simplemente aquél a quien ha de ir dirigida la solicitud, con el "órgano competente para resolver", que es el único con capacidad para determinar el "dies a quo" del cómputo del



procedimentales éstas que suelen pasar desapercibidas al órgano jurisdiccional encargado de controlar la actuación administrativa, más preocupado de resolver sobre la pertinencia de fondo de la acción que sobre su misma adecuación al régimen legal de competencias.

C) EL PAPEL INSTITUCIONAL DEL CTBG EN EL CONTROL DEL DERECHO DE ACCESO

Una de las cuestiones que, a nuestro juicio, demuestra la extraordinaria ligereza con la que los tribunales tratan su condición de "*jueces naturales*" de la transparencia la encontramos, en fin, en la determinación del papel que ha de cumplir el CTBG como órgano de control de la transparencia y, en particular, si este control ha de limitarse a la AGE o, por el contrario, habría de extenderse también, con carácter supletorio en este caso, a las CCAA que, careciendo de órgano de garantía propio, no hubiesen suscrito con el CTBG el Convenio administrativo previsto en la DA 4ª LTAIPBG, lo que en este caso plantearía también la extensión, por "*arrastre*" de las competencias de resolución de aquél frente a las reclamaciones formuladas contra actos de los EELL de los respectivos territorios autonómicos.

La LTAIPBG es bastante contradictoria al respecto. En el ámbito de la publicidad activa la cuestión parece resuelta pacíficamente⁶⁹. Con respecto, sin embargo, al control

plazo máximo en el procedimiento, conforme al artículo 20.1 LTAIPBG.

⁶⁹ Pues, por un lado, el artículo 9 LTAIPBG otorga inequívocamente el control de dichas obligaciones, en el caso de la AGE, al CTBG. Este precepto, puesto a su vez en conexión con el artículo 38.2 b) LTAIPBG, sobre las funciones del CTBG,



de las reclamaciones de acceso, la cuestión no está tan clara, porque el art. 38.2 c) LTAIPBG otorga al CTBG simplemente la facultad de "*Conocer de las reclamaciones que se presenten en aplicación del artículo 24 de esta ley*", precepto que, en principio, se refiere a todas las reclamaciones y no sólo a las formuladas contra la AGE.

Desde el punto de vista doctrinal podría argumentarse con el profesor FERNÁNDEZ RAMOS que, en virtud del carácter básico del art. 24.6 LTAIPBG, el CTBG resulta competente para conocer las reclamaciones suscitadas contra las resoluciones recaídas en solicitudes de información ciudadanas en todo el territorio nacional, con la única excepción de las CCAA que atribuyan dicha competencia a un órgano específico, conforme a lo dispuesto en la DA 4ª LTAIPBG. En la medida en que no lo han hecho, por tanto, este profesor parece sugerir que el CTBG resolvería con competencia propia⁷⁰.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple. Para aceptarla habría que poder afirmar que el CTBG resuelve asimismo, por ministerio de la ley, todas aquellas reclamaciones planteadas contra los órganos y entes de aquellas CCAA que, con la vigencia de la LTAIPBG⁷¹, no

al remitirse de nuevo al artículo 9 LTAIPBG, parece llevarnos a la conclusión de que este órgano limita su función de garantía de la publicidad activa a la AGE.

⁷⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. "*La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública*". Revista General de Derecho Administrativo, nº 45. Mayo, 2017.

⁷¹ Es decir, a los dos años de la publicación de la LTAIPBG, contados desde el 10 de diciembre de 2013 (DF 9ª, guión tercero).



hubieran creado sus órganos independientes propios para conocer las reclamaciones ni se la hubieran asignado al CTBG por vía convencional. O, dicho de otra manera, que la inexistencia de Convenio no supusiera una laguna legal en el régimen de resolución de reclamaciones sobre transparencia.

Pero esta afirmación – admitida también por autores como GUICHOT por remisión al modelo de la AEPD⁷² – no es fácilmente sostenible "*de lege data*". A nuestro juicio la clave se encuentra en la debilidad del título competencial del art. 149.1.18ª CE en el que sustenta la LTAIPBG y en la propia doctrina del TC sobre el principio de supletoriedad del derecho estatal, que impediría que la falta de regulación por una Comunidad Autónoma respecto de su propio órgano independiente de transparencia permita al CTBG cumplir la función institucional de ser órgano de garantía "*por defecto*".

Esta circunstancia posiblemente se hubiera evitado si, como debiera haberse hecho, el legislador español hubiese reconocido la "*iusfundamentalidad*" del derecho de acceso, porque entonces la Ley Orgánica que hubiese configurado el órgano de garantía sí creemos que estaría legitimada para configurar, a nivel estatal, un CTBG al que se asignara un papel similar al que GUICHOT encuentra respecto de la AEPD.

Ciertamente, negar al CTBG su condición de órgano de garantía en caso de omisión normativa autonómica produce indeseables conflictos negativos de

⁷² GUICHOT, E (Coord.). "*Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*". Tecnos, 2014. Págs. 244-246.



competencia⁷³. El problema se originó con el Informe de la Abogacía General del Estado que negó la posibilidad de que el CTBG resolviese las reclamaciones provenientes de una Comunidad Autónoma que no hubiese configurado su propio órgano de garantía ni suscrito Convenio con la AGE⁷⁴. Y esa misma interpretación es la que se deriva de la más reciente STC

⁷³ De hecho, esta fue la causa de la desprotección de los ciudadanos murcianos para recurrir a un órgano independiente de garantía las resoluciones de acceso, al no haber previsto la norma autonómica de transparencia su aplicación a los EELL de la Región y al carecer, por otra parte, la Comunidad Autónoma de Convenio con el CTBG. Difícilmente, reiteramos, esta desprotección hubiera sido asumible en caso de que el derecho de acceso fuese un derecho fundamental, pues en este supuesto el régimen de garantías formaría parte del contenido esencial mínimo del derecho previsto en el artículo 81 CE y, por consiguiente, el nivel de garantías no podría quedar sin efecto en cualquier parte del territorio nacional, aunque fuese por la omisión legislativa de las CCAA.

⁷⁴ Informe Abogacía del Estado, Ref: A.G. Entes Públicos 35/15, de 12 de junio de 2015. Según la dicción literal del Informe: *"Si llegado el 10 de diciembre de 2015 alguna o algunas CCAA no hubiesen desarrollado lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LTBG, la competencia para resolver las reclamaciones previstas en el artículo 24 de dicha Ley en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las CCAA y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial no podrá ser ejercida por el CTBG, puesto que dicha competencia está atribuida por ley al órgano correspondiente que determinen las CCAA, con la única excepción de que se atribuya la misma por la correspondiente Comunidad al CTBG mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en las que la Comunidad sufragará los gastos derivados de dicha asunción de competencias"*



68/2021, de 18 de marzo, que ha enjuiciado la constitucionalidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), respecto del recurso especial sobre contratación pública, al considerar el Alto Tribunal contrario al orden constitucional de competencias el párrafo 2º del artículo 46.4 LCSP que pretendía establecer el órgano competente para resolver dicho recurso especial respecto de los EELL integrados en su territorio, cuando la Comunidad Autónoma no contuviese previsión expresa al respecto.

Pues bien, respecto de este supuesto – muy similar al que estamos aquí tratando sobre el papel del CTBG – el TC ha advertido que *"... Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el Tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8). Por consiguiente, al proceder, en el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP del modo descrito, se ha vulnerado tanto la configuración constitucional de la supletoriedad (art. 149.3 CE) como, de resultas, el orden constitucional de competencias. Se ha de declarar inconstitucional y, por consiguiente, nulo, el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP..."*⁷⁵.

⁷⁵ FJ 9º, letra c), párrafo final de la STC 68/2021.



Ahora bien, aunque haya que aceptar que el CTBG no puede ser órgano competente para resolver las reclamaciones contra las resoluciones de las CCAA y EELL de sus respectivos territorios que no hayan regulado sus propios órganos de garantía ni suscrito Convenio con la AGE, lo que a nuestro juicio no resulta admisible es que, si esto ha de ser así, se pueda seguir manteniendo que el CTBG resuelve en todo caso las reclamaciones con competencias propias y que, por tanto, los órganos jurisdiccionales que han de ser competentes para el conocimiento del recurso contencioso sean los mismos que los que controlarían las reclamaciones del CTBG provenientes de la AGE.

Nos sorprende, sin embargo, la ligereza de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, al no cuestionarse nunca su condición de "*jueces naturales*" en los casos en los que la facultad de resolución del CTBG proviene de un Convenio administrativo, pues teniendo en cuenta que un Convenio no puede alterar la titularidad de la competencia – que seguiría residenciándose, por tanto, en la correspondiente Comunidad Autónoma – el control de las reclamaciones del CTBG en ejercicio de esta potestad atribuida por Convenio debiera corresponder al juez natural para el control de las resoluciones de la Comunidad Autónoma o de sus EELL, es decir, en cada caso, los juzgados de lo contencioso-administrativo o la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Lo cierto, sin embargo, es que este planteamiento erróneo lo podemos ver, incluso, en su aceptación incondicionada por algún legislador autonómico. Este es el caso específico de la Comunidad Foral de Navarra. Debemos recordar que esta Comunidad Autónoma disponía de ley de transparencia con anterioridad incluso a que se publicara la LTAIPBG. Esta norma era la Ley



Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de la Comunidad Foral de Navarra (en lo sucesivo, LFTGAN).

Originariamente el artículo 31.4 LFTGAN no había previsto la existencia de ningún órgano de garantía administrativo para el control de las resoluciones de acceso y, en consecuencia, éstas quedaron sometidas al régimen general de los recursos administrativos y, en su caso, al recurso contencioso-administrativo procedente.

Sin embargo, con la entrada en vigor para todo el territorio nacional de la LTAIPBG, el sistema así diseñado no tenía cabida, al establecerse, por el juego conjunto del artículo 24.6 y la DA 4ª LTAIPBG, la necesidad de que dichas reclamaciones se resolvieran por un órgano independiente designado por ellas. De esta forma, la omisión hubo de subsanarse con la publicación de la Ley Foral 5/2016, de 28 de abril, de modificación de la LFTGAN, que atribuyó este papel al Consejo de Transparencia de Navarra, órgano que conocerá las reclamaciones contra las resoluciones de acceso a la información pública emanadas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, así como de las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial y los órganos y entes que integran los respectivos sectores públicos de ambas.

La creación de este órgano, no obstante, se fundamentó, en una argumentación jurídicamente discutible – que no vuelve a reproducirse en la reforma de la LFTGAN con la vigente Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen



gobierno⁷⁶ – al afirmarse literalmente en el penúltimo párrafo del apartado I de la Exposición de motivos de la Ley 5/2016:

"Esta función (es decir, la del conocimiento de las reclamaciones contra las resoluciones de acceso) se atribuye a un órgano autonómico específico e independiente, puesto que esta es la opción más garantista para los ciudadanos y ciudadanas de Navarra. Así, se descarta la opción de suscribir con la Administración General del Estado el correspondiente convenio de atribución de las funciones al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que posibilita la disposición adicional cuarta, en su apartado 2, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, dado que ello implicaría trasladar a los órganos jurisdiccionales centrales la competencia de resolución de los conflictos, lo que supondría una carga excesiva para la ciudadanía que pretenda ejercer este derecho".

Esta última afirmación sobre el hecho de que la suscripción del convenio con el CTBG supusiera trasladar a los órganos jurisdiccionales centrales de lo contencioso-administrativo su condición de "jueces naturales de la transparencia" no nos resulta, en modo alguno, pacífica, aunque como ya hemos dicho es precisamente la opinión que coincide con lo que viene haciendo el propio CTBG, sin que hasta ahora haya encontrado obstáculo alguno por parte de las CCAA afectadas.

⁷⁶ La LTGAN ha sido definitivamente derogada por la Ley foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra.



Ciertamente, este órgano, en las resoluciones emitidas tanto para las CCAA que han suscrito previamente convenio con dicho ente, como para los municipios integrados en ellas, remite sistemáticamente el recurso jurisdiccional contra su resolución de la reclamación a los órganos jurisdiccionales centrales, fundamentando la competencia en el art. 9.1 c) de la LJCA⁷⁷, cuyo tenor literal atribuye a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo: *"En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional..."*.

Se asume, en principio, que el CTBG es un órgano que ejerce su competencia en todo el territorio nacional en materia de reclamaciones de acceso, a pesar de la evidencia de que esto no es así, pues el propio órgano de garantía como ya hemos dicho, se ha negado a sí mismo su condición de órgano supletorio de garantía del derecho de acceso, considerándose incompetente para el conocimiento de reclamaciones provenientes de CCAA que no tuvieran suscrito Convenio con la AGE a estos efectos.

Pues bien la libertad que ostenta la Comunidad Autónoma para suscribir o no el Convenio, y la propia incompetencia del CTBG para resolver las reclamaciones en caso de inexistencia de aquel instrumento, determinan que, cuando el Convenio existe, se

⁷⁷ Puede comprobarse este extremo en: https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/Resoluciones/resoluciones_CCAA_EELL.html



encomienda la realización de una actividad jurídica a un órgano estatal que, en estos casos, actúa a todos los efectos como órgano propio de la Comunidad Autónoma y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales competentes debieran ser los que controlasen las resoluciones de la propia Administración autonómica y sus EELL que, en consecuencia, han de quedar circunscritos al ámbito de los juzgados de lo contencioso o los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes.

En este mismo sentido se pronuncia PALOMAR OLMEDA quien, después de analizar la DA 4ª LTAIPBG y los preceptos 6 y 12 de la ya derogada LRJPAC, que aludían, respectivamente, a los Convenios entre Administraciones Públicas y a la irrenunciabilidad de la competencia de los órganos administrativos argumenta:

"A partir de esta consideración y en una interpretación concordada de ambos preceptos podemos afirmar que la competencia sigue siendo de la Administración local o autonómica correspondiente y que lo que se convenia es la realización de la actividad material de resolución de las reclamaciones sin que esto afecte ni altere la competencia. Realmente lo que se produce es una incorporación del aparato material de resolución de las reclamaciones al acervo orgánico de la Comunidad Autónoma o de la Entidad Local. Desde una perspectiva de la competencia jurisdiccional la incorporación de la CTBG no altera el régimen competencial en la impugnación contencioso-administrativa que será el que corresponda en función del titular de la competencia inicial"⁷⁸.

⁷⁸ En VALERO TORRIJOS, J y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. "Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información". Aranzadi, 2014. Págs. 517 y 518.



Critica, no obstante, FERNÁNDEZ RAMOS, la anterior reflexión sobre la base de que *"...una competencia para resolver no ya procedimientos en vía de petición sino incluso en vía de recurso, en modo alguno puede calificarse de actividad 'material'..."*⁷⁹. En realidad, sin embargo, este aspecto es irrelevante pues el argumento principal puede seguirse sosteniendo sin necesidad de recurrir a la figura de la *"encomienda de gestión"* del artículo 11 LRJSP, entendiendo que lo realmente consumado mediante el Convenio es la posibilidad de utilizar un servicio propio de la AGE para el ejercicio de competencias propias de la Comunidad Autónoma, como permite el art. 47.2 a) LRJSP.

Esta posibilidad, por otra parte, no es novedosa, ya que tiene su antecedente en la fórmula idéntica recogida en el art. 46.2 LCSP, que permite a las CCAA atribuir la competencia para la resolución de los recursos especiales en materia contractual al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del Estado creado en el apartado 1 del artículo 41 LCSP, disponiéndose que las CCAA: *"... A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias"*.

Pues bien, inequívocamente, en estos casos, la competencia para resolver los recursos se sitúa en el

⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. *"La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública"*. Revista General de Derecho Administrativo, nº 45. Mayo, 2017. Nota al pie nº 7, Pág.5.



ámbito del correspondiente Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 k) LRJCA, que otorga a sus Salas de lo c-a la competencia para conocer "*Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales*".

Esta misma solución es, a nuestro juicio, la que debería darse a las reclamaciones de las resoluciones autonómicas o locales en aquellas CCAA que hubieran otorgado al CTBG esa competencia por vía convencional. Así parecen considerarlo últimamente los profesores FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ cuando, al menos "*de lege ferenda*", concluyen que "*...dada la naturaleza específicamente revisora de los órganos de garantía no deberían aplicarse las reglas generales de competencia orgánica propias de los órganos administrativos de gestión, sino que deberían establecerse en la LJCA reglas competenciales específicas, similares a las ordenadas en materia de recursos contractuales*"⁸⁰. A esa misma consideración nos sumamos.

BIBLIOGRAFÍA

ARES GONZÁLEZ, V. "Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública". *Revista Jurídica de Castilla-León*. Nº 33. Mayo, 2014.

⁸⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M: "*Op. Cit*". Pág. 382.



BARRERO RODRÍGUEZ, C. "El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva". En GUICHOT REINA, E (Coord): *"Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"*. Tecnos, 2014.

CARRASCO DURAN, M. "La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva". *Revista de Derecho Político*. UNED. Enero-abril 2020.

CUBILLO LÓPEZ, I.J. "El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional". *Estudios de Deusto* 66, n.º 2, año 2018.

FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. "Crónicas de Transparencia y Buen Gobierno". *Revista General de Derecho Administrativo*. Iustel. Nº 43 a 56. Años 2016-2021.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública". *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 45. Mayo, 2017.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. "El trámite de alegaciones por parte de terceros en el derecho de acceso a la información pública". *Revista Española de Transparencia*. Nº 11. Julio-Diciembre, 2020.

GUICHOT, E (Coord.). *"Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"*. Tecnos, 2014.

GUICHOT REINA, E y BARRERO RODRIGUEZ, C. *"El Derecho de Acceso a la Información Pública"*. Tirant lo Blanc, 2020.



JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Instituciones de garantía de la transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 68, año 2017, pp. 60-75.

MARTÍN DELGADO, I. "La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control". *Revista Internacional de Éticas Aplicadas. Dilemata*, nº 27, 2018, págs. 281-309.

MESEGUER YEBRA, J. "La transparencia en las Administraciones Públicas". Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2013.

RAMS RAMOS, L. "El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública". *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 41. Iustel. Año 2016.

VALERO TORRIJOS, J y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. "Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información". Aranzadi, 2014.



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EFECTIVIDAD DE DETERMINADOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL¹

D^a. Sandra Pámpanas Aparicio

Estudiante de Máster en Dirección de Compliance y Protección de Datos. Jurista experta en Derecho Constitucional y de la Discapacidad

Resumen: En este trabajo de investigación se realiza un análisis jurídico sobre la efectividad de ciertos derechos de las personas con discapacidad intelectual.

La finalidad perseguida es la de verificar si las actuales normativas y políticas públicas garantizan dichos derechos y abordan con perspectiva inclusiva los problemas que enfrentan estas personas en virtud de sus deficiencias psíquicas, la estigmatización aún presente en la sociedad sobre la discapacidad y la consecuente inadaptabilidad del entorno.

Además, este estudio pretende indagar en los problemas raíces de la ineffectividad de sus derechos, así como analizar los procedimientos a seguir por parte de los

¹ Este trabajo ha obtenido el premio a la Categoría General de la III edición de los premios de la Revista Gabilex 2022.



operadores jurídicos y profesionales de los distintos ámbitos cuando el usuario es una persona con discapacidad intelectual.

Se analizan: el derecho a la educación inclusiva, el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: In this research work, a legal analysis of the effectiveness of certain rights of persons with intellectual disabilities is carried out.

The purpose is to verify if the current public policies and regulations guarantee these rights and approach with an inclusive perspective the problems these people face in virtue of their mental deficiencies, the stigmatisation of disability still present in society and the consequent unsuitability of the environment.

In addition, this study aims to investigate the root problems of the ineffectiveness of their rights, as well as to analyse the proceedings to be followed by legal operators and professionals in the different fields when the user is a person with intellectual disabilities.

It analyses: the right to inclusive education, the right to health care, the right to vote and stand as candidates and the right to effective legal protection.

Palabras clave: Discapacidad intelectual, inclusión, efectividad normativa, derechos, múltiple discriminación.



Keywords: Intellectual disabilities, inclusion, regulatory effectiveness, rights, multiple discrimination.

Sumario:

I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL.

1. MODELOS DE LA DISCAPACIDAD.

2. SITUACIÓN EN ESPAÑA PREVIA LOMLOE

3. ADVERTIDOS EN LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN LOS CENTROS ORDINARIOS

- A. La inclusión educativa en las diferentes etapas escolares
- B. Los recursos destinados a educación inclusiva
- C. La falta de especialización del profesorado en atención a las personas con discapacidad intelectual en el sistema educativo ordinario
- D. Ideologías discriminatorias en la educación inclusiva

II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

- 1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD
- 2. LA FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA SANITARIO
- 3. EL PROBLEMA DE LAS DIFICULTADES DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PERSONAL



SANITARIO Y LOS PACIENTES CON
DISCAPACIDAD INTELECTUAL

**III.EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INTELECTUAL**

- a. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL
- b. ANÁLISIS JURÍDICO DEL COMITÉ DE REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL
 - A. Naturaleza jurídica, constitución y características jurídicas relevantes
 - B. El problema de la no vinculación jurídica del CERMI con los poderes públicos

**IV.EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INTELECTUAL**

- c. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE EFECTIVIDAD NORMATIVA EN LA REALIDAD PRÁCTICA
- d. LAS DIFICULTADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

V.BIBLIOGRAFÍA



1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

1. MODELOS DE LA DISCAPACIDAD

En primer lugar, para comprender el momento en el que surge la educación inclusiva se ha de realizar un análisis retrospectivo acerca de la visión social que se tenía de las personas con discapacidad en el pasado hasta el momento de actualidad en el que nos encontramos, y en el que surge la concepción de la propia inclusión de todas ellas, que supone el reconocimiento de sus derechos como iguales al resto de la sociedad y en el que se incluye el derecho a la educación de forma inclusiva.

Son tres los modelos acerca de la discapacidad que se han venido observando a lo largo del tiempo y que son fruto de la evolución.

El primer modelo fue el *modelo de la prescindencia*, cuyo origen se remonta a la Edad Antigua y permaneció hasta la Edad Media. La percepción que se tenía sobre la discapacidad se fundaba en motivos divinos y de utilidad. Este modelo a su vez tuvo dos etapas, en primer lugar, el periodo eugenésico, en el que se procedía al exterminio de las personas con discapacidad, por lo que se producían infanticidios con miras a la selección de la especie. En la segunda etapa, por mediación de la entrada de la doctrina cristiana, se optó por la marginación, los niños con discapacidad eran abandonados a su suerte en las iglesias, cuyo futuro le deparaba la esclavitud.

El segundo modelo fue el *modelo médico-rehabilitador*, engendrado a finales de la Primera Guerra Mundial. Este modelo deja cuestiones importantes como: políticas de



actuación de asistencia social, legislación de regulación de educación especial, la rehabilitación médica, cuotas laborales, creación de centros especiales, etc. Sin embargo, en este modelo, pese a que la discapacidad ya se viera desde otra perspectiva, se sitúa como una enfermedad característica de la persona que ha de hacerse desaparecer o disimular mediante la rehabilitación. Este modelo tiene una postura paternalista y de negación de la diversidad.

El tercer modelo, que es el actual, es el *modelo social y de derechos*, cuyo nacimiento se puede situar a finales de los años setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra. Vino de la mano del impulso de las propias personas con discapacidad que tomaron la iniciativa de sus cambios políticos. Este modelo es el que recoge la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su primer artículo. Tiene dos presupuestos: en primer lugar, que el origen de la discapacidad es distinto al divino y médico, sino que realmente es un problema de construcción social surgido por las barreras sociales y ambientales de la falta de accesibilidad física y cognitiva que ha generado actitudes discriminatorias contra todas ellas. En consecuencia, la raíz de la discapacidad son las limitaciones que la sociedad pone para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. La solución no debe dirigirse a la persona con discapacidad individualmente, sino a la sociedad en su conjunto, siendo ésta la que debe adaptarse y prestar especial atención a sus necesidades para su inclusión².

² PALACIOS, A.: "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Colección CERMI, número 36, 2008.



Con este modelo, la discapacidad se integra de dos elementos: la deficiencia y la existencia de barreras, siendo éste el núcleo principal.

De esta forma, se erigieron como principios del modelo social: el principio de igual dignidad, el de plena participación en la sociedad y el de la obligación de remoción de los obstáculos por los poderes públicos y el Derecho³.

El derecho de la educación inclusiva se consagró en el artículo 24 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en base al modelo social y de derechos mencionado, estableciendo por parte de los Estados la obligación de garantizar un sistema de educación inclusivo. Un sistema que se estructure y se componga de los medios materiales y personales necesarios para ofrecer una educación de calidad a todas las personas por igual.

La responsabilidad de los gobiernos en la educación de los niños y niñas se basa en cuatro estrategias: que la educación sea disponible, accesible, aceptable y adaptable⁴.

2. SITUACIÓN EN ESPAÑA PREVIA LOMLOE

En este apartado analizaré la evolución seguida en la legislación española en materia de educación de las

³ Referencia obtenida respecto la intervención del profesor Antonio Luis Martínez-Pujalde en el seminario sobre discapacidad realizado en la Universidad de Castilla-La Mancha: "El nuevo derecho transversal de las personas con discapacidad", 2021.

⁴ PALACIOS, A.: "El modelo social de discapacidad (...)" op. cita.



personas con discapacidad, desde la década de los 70 hasta la última legislación educativa previa LOMLOE ⁵.

En la década de los setenta, la escolarización de las personas con discapacidad en España se realizaba en centros segregados respecto de los ordinarios. La segregación era el modelo que sopesaba que la calidad de la educación era mejor cuando se impartía a grupos con las mismas características, lo que realmente conducía a que se depauperase la educación de los grupos damnificados por la segregación.

En primer lugar, nos encontramos con la Ley 14/1970, de 4 de agosto, que pese a que fomentaba la creación en los centros ordinarios educativos de aulas de educación especial, el escaso presupuesto que se destinaba propició que esas intenciones no llegaran a implementarse. En 1975 se creó el Instituto Nacional de Educación Especial (INEE), encargado de perfeccionar el sistema de Educación Especial, que de nuevo, contó con carencias económicas y estructurales, no obstante fue un hito para la atención educativa de las personas con discapacidad. En 1976 se creó el Real Patronato de Educación Especial que, dos años después, se convirtió en el Real Patronato de Educación y atención a Deficientes.

En la década de los ochenta, gracias a la reciente instauración de la Constitución española, se consolidó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que garantizaba la integración en el sistema ordinario de educación general de las personas

⁵ En este apartado la referencia bibliográfica que ha sido de sustento para recabar su contenido ha sido: TOBOSO MARTÍN, M.: "Sobre la Educación inclusiva en España: Políticas y prácticas", Revista Sociológica de Pensamiento Crítico Intersticios, vol. 6 (1), 2012, págs. 279-293.



con discapacidad, recibiendo los apoyos necesarios previstos por dicha ley. En ella se concibe la Educación Especial como un “proceso integrador, flexible y dinámico con aplicación personalizada en los diferentes niveles y grados del sistema educativo, en particular los obligatorios y gratuitos” (Toboso, 2012). Es un sistema basado en el modelo médico-rehabilitador, donde el individuo con discapacidad debe adaptarse al sistema ordinario tras superar su rehabilitación en una escuela segregada; quedándose los centros de educación especial para el alumnado con graves dificultades que no era posible de integrar en los centros ordinarios.

En la década de los noventa, se originó la idea de la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema educativo español, desde la perspectiva de que es el sistema el que debe adaptarse a cada alumno. De forma que profesorado y escuelas tienen que estar provistas de los recursos necesarios para ofrecer la misma atención de calidad a las necesidades de las personas con discapacidad. Se aprobó la LOGSE (Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre), que establecía la premisa de la genérica escolarización ordinaria del alumno con necesidades especiales, “previa evaluación psicopedagógica y dictamen de los equipos de orientación” (Toboso, 2012). El concepto de necesidades educativas especiales nace para afirmar que el problema no está solo en los alumnos, sino además en el ambiente educativo que no responde a sus demandas.

Con el cambio de siglo, se consagra la LOE (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo), inspirada en los principios de: calidad de la educación para todo el alumnado con independencia de sus condiciones y circunstancias; la equidad que garantice la igualdad de oportunidades, no discriminación e inclusión educativa, atendiendo de forma especial a las que deriven de discapacidad; y la flexibilidad para adaptar la educación a la diversidad de

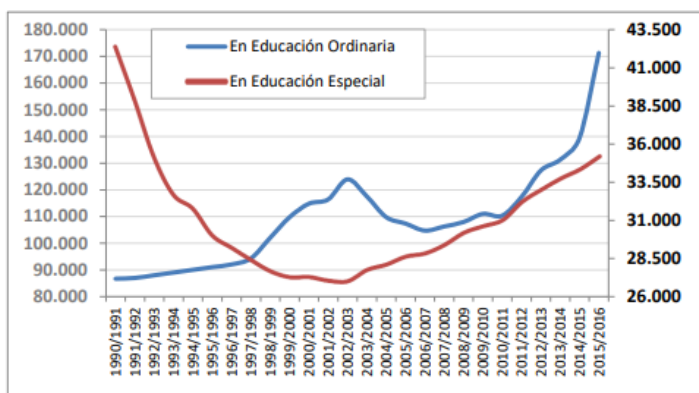


aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado⁶. Con esta legislación se orienta el sistema educativo a la consecución del desarrollo pleno de la personalidad y las capacidades del alumnado, y la educación en igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad (LOE, 2006; art. 2).

Por último, en su artículo 74 se establece que la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión educativa, asegurando su no discriminación e igualdad en el acceso y permanencia en el sistema educativo mediante la introducción de las medidas necesarias en las distintas etapas educativas y excepcionando que la modalidad de los centros de educación especial sean de recibo cuando las necesidades del alumnado no puedan atenderse por las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

⁶ Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

Gráfico 8 Alumnado que presenta necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad, escolarizado en Educación Especial. España 1990-2016.



Nota: el gráfico se presenta en dos ejes para su mejor observación. En el eje principal (izquierda) se representa el total de ACNEE, en el eje secundario (derecha) el total de ACNEE en educación especial.

Fuente: elaboración propia a partir de la Estadística de las Enseñanzas no Universitarias (MECD, 2017).

Fuente: Observatorio estatal de discapacidad: Infancia y discapacidad. Algunos datos relevantes⁷.

En esta gráfica observamos los datos reales cronológicos de la evolución de la inclusión en los centros ordinarios de las personas con necesidades educativas especiales, necesaria para hacer una correcta comparativa respecto de los datos teóricos mencionados y los datos prácticos reales.

Pese a que fue a finales del año 1990 cuando se aprobó la LOGSE que establecía la obligación de la genérica inclusión en los centros ordinarios, observamos que no

⁷ Observatorio estatal de discapacidad: *Infancia y discapacidad. Algunos datos relevantes*, pág. 9, <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2018/09/NOTA-OED-INFANCIA-Y-DISCAPACIDAD.pdf>.



hay un punto de inflexión hasta 8 años después, donde por primera vez, se observa un equilibrio de escolarización entre ambos centros de los alumnos con discapacidad. Y es a partir del año 1998 cuando se comienza a cumplir la genérica escolarización en centros ordinarios.

No obstante, resulta muy preocupante que desde el año 2002 y tras la publicación de la ley anterior a la vigente, la ley de educación LOE del año 2006 – que preveía por entonces la máxima garantía de calidad equitativa educativa– se efectuase un notable descenso en la escolarización en los centros ordinarios y se llegase hasta un punto intermedio de escolarización en ambos tipos de centros hasta el año 2012. Esta situación supone un retroceso evolutivo que podría tener motivos fundados en la preocupación familiar respecto del correcto funcionamiento del sistema educativo para incluir a los alumnos con discapacidad, ya que resulta llamativo que la tendencia de escolarización repercutiera tan negativamente una vez aprobadas las dos legislaciones tendentes a la inclusión del alumnado heterogéneo.

3. PROBLEMAS ADVERTIDOS EN LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN LOS CENTROS ORDINARIOS

A. La inclusión educativa en las diferentes etapas escolares

“Las vulneraciones que sufren las personas con discapacidad intelectual para recibir una educación en



igualdad de condiciones al resto son muy serias y cuantitativamente relevantes” (Belda, 2019) ⁸.

Los mayores avances obtenidos en materia de inclusión educativa se aprecian en la primera etapa escolar, correspondiente a la educación infantil. Donde las tasas de escolarización en centros ordinarios de las personas con discapacidad son más altas ⁹.

A partir de la entrada en la etapa de la educación primaria se confrontan los primeros problemas de inclusión educativa, en virtud de “las numerosas barreras educativas presentes en los colegios de educación primaria e institutos de educación secundaria obligatoria” (Toboso, 2012).

Solamente 65 de cada 100 alumnos con necesidades especiales que inician su escolarización en la educación primaria continúan su formación educativa en la educación secundaria obligatoria, y son escasamente 3 de cada 100 quienes consiguen llegar al Bachillerato.

Pese a que, en virtud del artículo 24 de la Convención de Nueva York, constituye una obligación de los Estados la de asegurar que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación, según CERMI¹⁰ y Naciones Unidas, la segregación escolar persiste de forma general en España.

⁸BELDA, E.: “Dignidad y educación. ¿Inclusión y/o especialización?” en *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 210.

⁹ TOBOSO MARTÍN, M.: “Barreras en la educación inclusiva en España” en *Sobre la Educación inclusiva en España: Políticas y prácticas*, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico Intersticios, vol. 6 (1), 2012, pág. 290.

¹⁰ Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad



A juicio de Enrique Belda, uno de los problemas que alberga el sistema educativo en la prestación de una educación inclusiva deviene del establecimiento de la variable de la edad como parámetro para fijar las distintas etapas de la enseñanza, así como sus criterios y la correspondiente finalización de éstas. La fijación de este parámetro en las distintas etapas escolares incide directamente en la planificación educativa de los alumnos, que se ve seriamente damnificada en el caso de los alumnos y alumnas con discapacidad intelectual, al necesitar tiempos distintos de asimilación de conocimientos, todo ello en virtud de las diferencias existentes en este sector del alumnado de su edad cronológica respecto de su edad de desarrollo cognitivo.

El hecho de que no se tenga en cuenta esta divergencia, conduce a que no se interiorice tanto por parte del sistema educativo como por los profesionales del sector la convergencia del proceso madurativo de la persona con discapacidad intelectual y la correcta adquisición de su formación académica, vulnerándose así su derecho de educación de forma inclusiva, al "limitar o directamente privárselo, cuando lo siga requiriendo, por mucho que llegue a cumplir unos años determinados" (Belda, 2019)¹¹.

B. Los recursos destinados a educación inclusiva

"La escolarización de un alumno con necesidades especiales en un colegio ordinario no es sinónimo de educación inclusiva" (Toboso, 2012).

¹¹ BELDA, E.: "Dignidad y educación (...)", pág. 223.



Los últimos datos que se recogen en España en relación a la educación de las personas con discapacidad provienen del curso 2019-2020, publicados por el Ministerio de Educación y Formación profesional en el documento de:

“Estadística de las enseñanzas no universitarias. Alumnado con necesidad específica de apoyo educativo curso 2019-2020”.

En este estudio analítico se revela que el 82,8% del alumnado con necesidades educativas especiales se encuentra escolarizado en unidades de enseñanzas ordinarias, mientras que el 17,2% restante está en centros y unidades de Educación Especial específica.

Pese a que el propio estudio revele que la discapacidad más frecuente en el alumnado con necesidades educativas especiales sea la intelectual (con una presencia del 28,4% respecto del total de discapacidades), los mayores porcentajes de inclusión corresponden a los alumnos con discapacidad visual, auditiva y aquellos con trastornos graves de conducta/ personalidad.

En cuanto a su escolarización en centros ordinarios o centros de educación especial:

	TOTAL	DISCAPACIDAD INTELLECTUAL	TRASTORNO GENERAL DEL DESARROLLO
Total de discapacidades ¹²	221.792	63.062	55.701

¹² El total de discapacidades que se incluyen son: la auditiva, motora, intelectual, visual, trastorno general del desarrollo, trastornos graves conducta/ personalidad, plurideficiencia y otras sin clasificación.



Distribución % por discapacidad	100	28,4	25,1
% de mujeres	30,5	41,4	16,3
Educación Especial específica	38.067	15.626	9.284
Distribución % por discapacidad	100	41	24,4
% de mujeres	35,2	40,3	20,2
Atención en centros ordinarios	183.725	47.436	46.417
Distribución % por discapacidad	100	25,8	25,3
% de mujeres	29,6	41,8	15,5

Tabla 1: Gráfica del alumnado con necesidades educativas especiales por discapacidad intelectual y trastorno general del desarrollo respecto de la totalidad de discapacidades a nivel nacional.¹³

Los datos revelan que el 75% de los alumnos con discapacidad intelectual y el 83% de los alumnos con trastornos generales del desarrollo (como el trastorno del espectro autista) cursan su educación en centros ordinarios.

No obstante, según la encuesta EDAD (2008)¹⁴, 3 de cada 10 alumnos con discapacidad que se encuentra

¹³ Gráfica elaborada por la extracción de parte de los datos de la "Tabla 3: Alumnado con necesidades educativas especiales por discapacidad, escolarización y sexo. Curso 2019-2020", obtenido en <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:a3a6c703-ba61-4027-8ee4-bbb0aa2e46ce/notaresumen20.pdf>, pág. 5.

¹⁴ La encuesta EDAD es una encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia realizada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), obtenido en



escolarizado en un centro ordinario no recibe ningún tipo personalizado de apoyo.

Y respecto de los apoyos educativos específicos brindados por los centros ordinarios, se observan múltiples carencias en lo relativo a la calidad, cantidad, intensidad y continuidad de los mismos, que produce la insatisfacción de los familiares de los alumnos con discapacidad intelectual, conllevando a que éstos, ante la insuficiencia de los recursos inclusivos necesarios para la cobertura de las necesidades educativas del alumno, recurran al sector de profesionales privado: psicólogos, profesores particulares, logopedas, terapeutas, etc., como modalidad extraescolar de cara a percibir dichos recursos educativos esenciales.

Esta carencia cualitativa de la educación de los alumnos con discapacidad intelectual proviene, según los propios profesionales que trabajan en los centros ordinarios, de la escasez de apoyos personales técnicos y materiales existentes en los centros, aludiendo en algunos casos a su dotación insuficiente.¹⁵

Por otro lado, el estudio pormenorizado de la población con discapacidad por tipo de deficiencia nos permite

<https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?type=pcaxis&path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo3&file=pcaxis>, fecha de consulta 17 de enero de 2021.

Actualmente se está en proceso de elaboración de la encuesta EDAD actualizada al año 2021, ya que la última elaborada hasta el momento es la mencionada encuesta EDAD que data del año 2008.

¹⁵ JIMÉNEZ LARA, A., HUETE GARCÍA, A. Y ARIAS GARCÍA, M.: "Apoyos para la inclusión", en *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio estatal de la discapacidad, 2019, págs. 135-141.



confirmar “que las mayores proporciones de personas con discapacidad de entre 16 y 64 años que no han llegado a completar estudios secundarios se dan en el grupo de personas con discapacidad intelectual, donde el 26,1% del total son analfabetos y el 35,0% tienen estudios primarios o inferiores”. Además, “el grado de discapacidad también influye de forma importante en los resultados educativos de las personas con discapacidad en edad laboral. Mientras que la proporción de personas que no han completado estudios secundarios es del 14,7% entre quienes tienen un grado de discapacidad comprendido entre el 33% y el 44%, esa proporción se eleva hasta el 49,0% entre quienes tienen un grado de discapacidad del 75% o más” (Jiménez et al., 2019)¹⁶.

La desatención del sector de la población con discapacidad intelectual en lo relativo a la garantía de la calidad de la educación ofrecida, proviene de la escasez de recursos que el propio sistema educativo ordinario alberga, y que se corresponde con la falta de:

- Recursos personales: falta de profesores, especialistas de pedagogía terapéutica, profesores de apoyo y de compensatoria para la cobertura de las necesidades de todo el alumnado.
- Recursos temporales: La variable de la escasez de profesionales – por la presencia genérica de un único profesor en el aula – desencadena la desatención del alumno que requiere unas necesidades específicas educativas, en virtud de la imposibilidad de compaginar una atención íntegra a la totalidad del alumnado por la falta de

¹⁶ JIMÉNEZ LARA, A., et al.: “Resultados educativos en personas con y sin discapacidad”, en *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio estatal de la discapacidad, 2019, págs. 125 y 126.



- tiempo requerido para dedicar una atención de calidad a los alumnos con necesidades especiales.
- Recursos tecnológicos: Pese a la existencia de recursos a disposición del profesorado para la atención de las personas con discapacidad intelectual, tales como los *Recursos TIC*¹⁷, los medios tecnológicos informativos y comunicativos “son poco utilizados para facilitar o atender a las necesidades de los alumnos” (Jiménez et al., 2019).
 - Recursos materiales: Por último, también se evidencia la escasez de recursos materiales precisos para la cobertura de las necesidades específicas requeridas para el correcto desarrollo educativo de la totalidad de los alumnos.

El problema de la falta de recursos educativos tiene una causalidad eminentemente de carácter económico, derivada de la falta de compromiso gubernamental del cumplimiento del artículo 24 de la Convención de Nueva York, que reconoce la educación de forma accesible y en condiciones de igualdad para todos. Es un problema de especial gravedad, ya que se hace depender “de la capacidad de los Estados de afrontar con fondos suficientes sus responsabilidades con los ciudadanos” (Belda, 2019)¹⁸.

¹⁷ ZAPPALÁ, D., KÖPPEL, A. Y SUCHODOLSKI, M.: *Inclusión de TIC en escuelas para alumnos con discapacidad intelectual*, - 1a ed. - Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011, en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3510_d_m-intelectuales-1-40.pdf

¹⁸ BELDA, E.: “Los problemas de acceso al contenido de la educación”, en *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 211.



En cuanto a lo que la legislación educativa estatal establece acerca de los recursos destinados a educación es que son las propias "Administraciones educativas las encargadas de asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por retraso madurativo, por trastornos del desarrollo del lenguaje y la comunicación, por trastornos de atención o de aprendizaje (...)" puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado".

Resulta sorprendente que esta redacción del precepto normativo del artículo 71 de la Ley de Educación sea el mismo tanto en la Ley 2/2006 como en la Ley 3/2020, ya que a tenor del cuarenta y nueve ter ha sido modificado, no obstante, no se aprecia diferencia entre ambas redacciones:

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre ¹⁹:

Cuarenta y nueve ter. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 71 quedando la redacción en los siguientes términos: «1. Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley. 2. Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la

¹⁹<https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-17264-consolidado.pdf>, página 42.



ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por retraso madurativo, por trastornos del desarrollo del lenguaje y la comunicación, por trastornos de atención o de aprendizaje, por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje, por encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeducativa, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.»

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo ²⁰:

Artículo 71. Principios. 1. Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley. 2. Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por retraso madurativo, por trastornos del desarrollo del lenguaje y la comunicación, por trastornos de atención o de aprendizaje, por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje, por encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeducativa, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado

²⁰ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-7899-consolidado.pdf>, página 51.



tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.

La delegación competencial a las Administraciones educativas de atender correctamente la educación inclusiva de los alumnos y alumnas con discapacidad ha de contar con una asignación presupuestaria suficiente para dotarse de los mecanismos apropiados para su correcto funcionamiento, no obstante pese a que se advierten la insuficiencia de recursos, la legislación actual sigue errando en omitir el factor propulsor del verdadero aseguramiento del derecho a la educación inclusiva del artículo 24 de CNY.

C. La falta de especialización del profesorado en atención a las personas con discapacidad intelectual en el sistema educativo ordinario

Conjuntamente a la falta de recursos económicos destinados a la educación inclusiva, otro de los problemas raíces de la falta de inclusión en las aulas proviene de una dualidad de factores, ambos derivados de los propios profesionales educativos.

El primer factor se advierte en la actitud negativa del profesorado, concretamente de los profesores en ejercicio que albergan barreras psicológicas influidas por unos estereotipos y prejuicios basados en el pensamiento de que la discapacidad supone una dificultad en la capacidad de obtener un progreso



adecuado, creándose la falsa visión de que estos alumnos no pueden alcanzar un desarrollo completo²¹.

El segundo factor es el relativo a la falta de capacitación del docente al no estar preparados cualificadamente para atender las necesidades educativas de un sector del alumnado que presenta una atención educativa especializada. Esto se traduce en la falta de preparación educativa en la formación de los docentes en el ámbito de la discapacidad, ya que, pese a que adquieren habilidades y conocimientos teóricos-prácticos genéricos, no reciben la formación y habilidades necesarias para poder atender a este sector del alumnado correctamente. Esto conduce a que de forma recurrente los profesores no se sientan preparados para enfrentarse a esta realidad del alumnado heterogéneo y que muchos de ellos se desentiendan de incluir alumnos con necesidades educativas especiales²². Desentendimiento que genera la desatención discriminada e injustificablemente realizada por los garantes del derecho a recibir una atención educativa igualitaria y de calidad.

En consecuencia, el factor causal que propicia la desatención de este sector de escolares es la falta de formación profesional y motivacional del profesorado. Sin embargo, cabe señalar que "aunque las Administraciones públicas y privadas ofertan cursos de formación a profesores, la realidad que incluye los términos "atención a la diversidad" es tan amplia, tan variada y tan exigente que resultan claramente

²¹ JIMÉNEZ LARA, A. et al.: "Formación y actitudes de los docentes", en *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio estatal de la discapacidad, 2019, pág. 174.

²² Ídem, pág. 175.



insuficientes” (Salas, 2011) y, en muchas ocasiones, la formación obtenida por ciertos profesionales que anhelan este tipo de formación educativa, proviene de su propia iniciativa y financiación²³.

“El profesor debería, pues, recibir formación, tanto en el momento inicial como de manera permanente, sobre las características del alumnado al que va a impartir clase, sobre la mejor forma posible de integrar a todos los alumnos” (Toboso, 2012)²⁴.

La formación permanente del profesorado es a tenor del artículo 102 de la Ley General de Educación, “un derecho y una obligación de todo el profesorado y una responsabilidad de las Administraciones educativas y de los propios centros” (regulado de la misma forma en la anterior y en la vigente legislación de educación, es decir, tanto en la LOE como en la LOMLOE, respectivamente).

Y en lo relativo a la formación en materia de atención a la diversidad, ambas legislaciones contemplan esta modalidad, pese a que se presenten con tintes definitorios distintivos: en la LOE “atención educativa a la diversidad” y en la LOMLOE “educación inclusiva y atención a la diversidad”.

En relación a la regulación de la formación permanente del profesorado en centros públicos (artículo 103), no

²³ SALAS LABAYEN, R.: “La formación de los profesores para atender a la diversidad”, en Revista Padres y Maestros, n.º 338, 2011, págs. 4 y 5.

²⁴ TOBOSO MARTÍN, M.: “Barreras de información y formación” en *Sobre la Educación inclusiva en España: Políticas y prácticas*, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico Intersticios, vol. 6 (1), 2012, pág. 292.



existe ninguna diferencia entre ambas legislaciones, por lo que ambas establecen "la garantía de una oferta diversificada y gratuita de estas actividades y establecerán las medidas oportunas para favorecer la participación del profesorado en ellas". No obstante, no se prevén mecanismos de financiación a tal fin ni mecanismos garantistas de supervisión de la formación docente, que ha de ser – en virtud del artículo 102 -, de obligado cumplimiento para la totalidad de los profesionales docentes, por lo que habría de contemplarse un instrumento de control para su aseguramiento, ya que la falta de formación repercute en la atención docente de calidad a los alumnos.

Por otro lado, la garantía de la formación permanente de forma gratuita versa respecto de los centros públicos, por lo que deja en un evidente desamparo a los alumnos que cursan sus etapas escolares en centros concertados y privados; ya que en virtud del precepto normativo se abstrae la voluntariedad y financiación autónoma del profesorado de estos centros de adquirir los conocimientos, aptitudes y métodos técnicos y didácticos de atención a la educación inclusiva en el caso de que los centros educativos donde realicen su labor docente no financien estos cursos, seminarios, congresos y demás modalidades de formación.

Esta realidad conduce a que pueda existir la posibilidad de que se efectúe un trato discriminatorio a los alumnos con necesidades especiales que cursen sus enseñanzas en este tipo de centros – y en especial de los alumnos con discapacidad intelectual por la mayor vulnerabilidad que ostentan²⁵ – ante la falta de supervisión de una

²⁵ Por las propias dificultades que alberga la afección de la deficiencia psíquica, ya que en muchas ocasiones la falta de comprensión y lenguaje es tal que imposibilita la comunicación



correcta formación del profesorado encargado de impartir una educación de calidad y en condiciones de igualdad a todos los alumnos y que pueden no estar preparados profesionalmente para tal fin. Y en virtud de esta ausencia supervisora de formación pareciera que conscientemente se permitiese la perpetuación de esta situación de desigualdad y desamparo estudiantil.

En conclusión: de nuevo, no se destinan los recursos económicos necesarios para garantizar los preceptos normativos en atención a una educación inclusiva. Por lo que la buena voluntad legislativa deviene ineficaz por la falta de asignación económica – consciente o no, ya que esta dejación llamativamente se repite en las sucesivas modificaciones educativas – para su correcto funcionamiento.

D. Ideologías discriminatorias en la educación inclusiva

Tal y como se ha mencionado anteriormente, existe una barrera invisible que repercute en la inclusión educativa y es la relativa a los estereotipos y estigmas sociales en torno a la discapacidad.

Presente tanto en los docentes como en los familiares de los alumnos sin discapacidad, que incide directamente y de forma muy negativa en la visión que éstos tienen de sus compañeros.

y “denuncia” del alumno de las condiciones y de la situación que vive en el aula; y que por otro lado, muchos de estos alumnos probablemente no sean conscientes de que esa situación no es la apropiada y que vulnera su propio derecho a la educación.



Los padres de los alumnos sin discapacidad en la mayoría de las veces cuestionan la conveniencia de que sus hijos “compartan” el mismo aula que los alumnos que presentan necesidades específicas de atención educativa²⁶.

Estas quejas que no tienen ningún fundamento contrastado más allá que la propia concepción ignorante de la discapacidad como un problema y no como una circunstancia de la persona, repercuten negativamente y con afectación múltiple.

En primer lugar, vulnera la dignidad personal de los alumnos con discapacidad, al discriminarlos directamente por razón de su discapacidad y señalarles como presuntos culpables del entorpecimiento del correcto funcionamiento del aula con respecto a los alumnos sin discapacidad. Un fundamento sin sustento alguno, ya que el propio informe ISEI-IVEI (2002) extrajo en sus conclusiones que “no se encuentra ninguna evidencia que confirme una influencia negativa del alumnado con necesidades especiales en el rendimiento del grupo ordinario” y que la mayor parte de las conclusiones hacen referencia a los efectos positivos que se abstraen de la experiencia de que estos alumnos se integren en un medio de educación inclusivo: como “el aumento significativo en el desarrollo social, mayor interacción cooperativa y descenso de la actividad en solitario”²⁷.

²⁶ JIMÉNEZ LARA, A., et al.: “Prejuicios y etiquetas”, en *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio estatal de la discapacidad, 2019, pág. 176.

²⁷ TOBOSO MARTÍN, M.: “Barreras derivadas de ideologías discriminatorias” en *Sobre la Educación inclusiva en España: Políticas y prácticas*, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico Intersticios, vol. 6 (1), 2012, pág. 293.



No obstante, este posicionamiento parental discriminatorio ha llevado incluso a la recaudación de firmas por parte de muchos padres llegando a producir la efectiva expulsión de los alumnos con discapacidad de los colegios ordinarios para su segregación en centros especiales²⁸, lo que supone también un proceso traumático y de especial afectación a la salud mental de la víctima y de sus familiares: "La familia habla de "un infierno" vivido y relata que la niña, con trastorno del espectro del autismo, "está desarrollando patologías como consecuencia de este proceso" (Sánchez, 2016)²⁹.

Esta situación nos conduce al segundo punto: el posicionamiento de los centros escolares con respecto a estas actitudes discriminatorias parentales, que en muchas ocasiones, ceden ante las quejas de los padres y permiten que se lleve a cabo la segregación y vulneración del derecho educativo del alumnado con discapacidad, lo que realmente supone la transgresión consciente y directa de las Administraciones docentes de los derechos de las personas con discapacidad ante su omisión de defensa y protección. Y es que para poder llevar a cabo este traspaso del alumno de un centro ordinario a un centro especial es necesaria la elaboración de un informe técnico preceptivo de los servicios de orientación de la Administración educativa, que, según Carme Fernández – directora de la Fundación Gerard, una organización pro-educación inclusiva -, "muchas veces el informe

²⁸ SÁNCHEZ CABALLERO, D. (23 enero 2016). Padres se unen para echar de dos colegios a niños con diversidad funcional. *Eldiario.es: Periodismo a pesar de todo*, en: https://www.eldiario.es/sociedad/padres-colegios-centros-ninos-discapacidad_1_4230259.html, fecha de consulta 19 de enero de 2021.

²⁹ Ídem.



técnico está teledirigido porque hay intereses en llenar los centros de educación especial". Además, denuncia haber "visto muchos informes y la mayoría no se ajusta a la realidad, son tendenciosos, tienen la idea premeditada de trasladar al menor del centro y ajustan los contenidos a eso" (Sánchez, 2016).

El tercer punto es el relativo a la inducción por los padres a sus hijos - compañeros de los alumnos con discapacidad - de valores y pensamientos discriminatorios, que supone una afectación directa en el trato dispensado en el aula por los alumnos a éstos. Problema de especial gravedad y relevancia teniendo en cuenta los alarmantes casos de *bullying* alertados en los centros escolares a los alumnos con necesidades especiales: "el 80% de los niños con discapacidad sufre *bullying* en la escuela", "el aislamiento, el rechazo y las burlas son las formas de violencia escolar más frecuente que sufren los niños y niñas con discapacidad en España", "lo ha constatado un estudio de la ONCE y del CERMI y lo confirman los testimonios de miles de menores que sufren acoso escolar a diario por ser "diferentes". Más de la cuarta parte del alumnado con discapacidad (32,7%) asegura sentirse siempre aislado, rechazado o excluido por el resto de compañeros. El 27,5% ha confesado, además, ser objeto de burlas constantes" (García, 2020)³⁰.

³⁰ GARCÍA QUESADA, A. (13 de noviembre de 2020): El 80% de los niños con discapacidad sufre *bullying* en la escuela: "Nos aíslan y nos rechazan", Periódico Nius Diario, en https://www.niusdiario.es/sociedad/igualdad/80-porciento-ninos-discapacidad-sufren-bullying-escuela-aislamiento-rechazo-soledad_18_3042645152.html, fecha de consulta: 19 de enero de 2022.



En el artículo 102.2 de la LOE (2006) se preveía la obligación profesional de los docentes de formarse de forma específica en la prevención, detección y actuación frente a la violencia contra la infancia. Además, el artículo 121 recogía la obligación por parte de todos los centros de crear un "proyecto educativo" que incluyese un tratamiento transversal de "igualdad de trato y no discriminación y de la prevención de violencia contra las niñas y las mujeres, del acoso y del ciberacoso escolar, así como la cultura de paz y de los derechos humanos" habiendo de estar "enmarcado en unas líneas estratégicas y tendrá en cuenta las características del entorno social, económico, natural y cultural del alumnado del centro".

Con respecto a la redacción de estos artículos cabe mencionar que la vigente Ley de Educación 3/2020 no establece modificación alguna en estos preceptos. Y a tenor de los datos anteriormente indicados, no pareciera que la eficacia de la norma se refleje de la misma forma en la realidad práctica educativa. ¿Cuál debiera ser entonces el precursor del correcto cumplimiento normativo? Probablemente la asunción por parte de las Administraciones de un mecanismo de control y aseguramiento de las medidas de formación profesional y de protección y defensa del menor con discapacidad en los centros, y de forma especial para la prevención y protección frente al acoso escolar y las consecuentes secuelas psicológicas que en el alumnado con discapacidad se originan en virtud de estos actos, y que por su situación especial de discapacidad, la afectación en su salud mental es significativamente superior.



II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE SALUD

La protección de la salud es un derecho prestacional constitucionalmente reconocido en el artículo 43. Se configura como un principio rector de la política económica y social hacia los poderes públicos, que deben, por obligación impuesta constitucional, organizar y tutelar la salud pública por medio de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios que sean necesarios, con el fin de que todos los ciudadanos puedan disfrutar plenamente de su derecho a la integridad física y moral, en los casos de pérdida de la salud.

Este precepto constitucional tiene su desarrollo legislativo en la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad. En el apartado segundo de su primer artículo se establece la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española, garantizando que el acceso y las prestaciones sanitarias han de realizarse en condiciones de igualdad efectiva.

La aplicación universal de este precepto normativo impone una expresa prohibición de no discriminación en el efectivo ejercicio del derecho, respecto de las categorías sospechas de discriminación recogidas en el artículo 14 de la Constitución: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. En base a esta última categoría, se introdujo la discapacidad por medio de la



STC 1994 como una categoría más sospechosa de discriminación.

La discapacidad es el producto de la interacción de factores individuales - las circunstancias personales que suponen una limitación para el individuo en base a la materialidad de las deficiencias - y de factores sociales - el entorno de la persona que presenta el hecho³¹. La discapacidad surge como consecuencia de la inadaptabilidad de las personas que tienen algún tipo de deficiencia física, psíquica o sensorial a un entorno social hostil que no se encuentra diseñado y estructurado para su inclusión y que imposibilita su legítimo disfrute de derechos.

El derecho a la protección de la salud es uno de los derechos que más afectación tiene en las personas en lo relativo a la garantía del derecho fundamental del artículo 15: la vida e integridad. La obligación institucional de proteger la salud interviene directamente en las garantías de la calidad de vida de la población, en la promoción de la salud y la prevención de enfermedades.

La asistencia sanitaria es el instrumento que posibilita que todas las personas puedan tener una vida digna en virtud a su estado de salud. Por ello, la Constitución reconoce como una obligación de los poderes públicos la organización y tutela de un sistema prestacional de salud a todos los ciudadanos, en el cual, por medio de una serie de servicios, prestaciones y medidas preventivas, todas las personas puedan gozar del acceso a la atención

³¹ MARTÍNEZ, M. del C.: "Personas con discapacidad intelectual: Igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria", en Foro Nueva época, núm. 11-12, 2010, pág. 298.



sanitaria con todos los derechos que son inherentes a la misma.

Por último, el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación.

2. LA FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA SANITARIO

El derecho a la protección de la salud es un derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo ³².

En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la mencionada Ley General de Sanidad, los poderes públicos han de orientar sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir las desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución.

Tal y como se configura en el señalado artículo 9.2, supone una obligación de los poderes públicos:

- Promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.
- Remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud

³² Cita obtenida del Preámbulo II de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.



- Facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Por otro lado, tal y como se comprende en el artículo 158.1, se debe garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español y para ello, se posibilita que en los Presupuestos Generales del Estado se establezca una asignación a las Comunidades Autónomas para tal fin así como en función del volumen de los servicios y actividades asumidos.

En base a estos preceptos normativos se desprende que todos los ciudadanos con discapacidad ostentan el mismo derecho que el resto de acceder a los servicios sanitarios públicos en condiciones de igualdad. Entendiéndose dicho acceso de asistencia sanitaria, bajo la perspectiva de la accesibilidad. Y siendo los poderes públicos, los sujetos obligados a facilitar, proteger y garantizarlo, removiendo los obstáculos que impiden su ejercicio.

Las personas con discapacidad - y especialmente del tipo intelectual - ostentan una dificultad singular para satisfacer unas necesidades que son comunes a toda la población.

Es un error presuponer que estas personas tienen necesidades diferentes al resto de ciudadanos³³, en realidad tienen las mismas que el resto. La diferencia entre ambos estriba en que en el caso de las personas con discapacidad, para poder satisfacerlas, requieren de

³³ Esta concepción de "necesidades especiales", a mi juicio, es la que contribuye a que se presuponga una diferencia entre las personas con discapacidad respecto de las personas que no tienen discapacidad. Es la que contribuye a sesgar la población.



unas atenciones especiales por las concretas dificultades que enfrentan – y que el resto de personas no -, así como la necesidad de que se hagan modificaciones en el entorno para erradicar los obstáculos que dificultan su desarrollo.

En resumen: no es cuestión de que tengan necesidades especiales, sino que necesitan una especial atención para su cobertura debido a la inaccesibilidad del entorno que se encuentra diseñado para el ciudadano medio.

El sistema sanitario está estructurado y diseñado mediante los sistemas tradicionales de salud, concebidos para el canon de usuario medio. Un sistema poco flexible para el caso de la discapacidad, que produce la incertidumbre de la falta de adecuación de las prestaciones globalizadoras y uniformes previstas en los sistemas de atención sanitaria para las demandas de salud de las personas con discapacidad ³⁴, que demandan y, en ocasiones, requieren una atención sanitaria más intensificada, lo que supone que sean unos consumidores más específicos y cualificados de servicios y prestaciones sanitarias. Por otro lado, aquellas que sufren enfermedades y, en consecuencia, limitaciones físicas, tienen más inconvenientes para vivir conforme a los parámetros de normalidad ³⁵.

El artículo 10 de la Ley General de Sanidad recoge los derechos que todas las personas tienen con respecto a las distintas administraciones sanitarias. Entre ellos: el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razón de discapacidad (apartado 1) y el derecho a la información

³⁴ MARTÍNEZ, M. del C.: "Personas con (...)", op. cita, pág. 298.

³⁵ MIRÓN CANELO, J. A.: "Nivel sociosanitario de las personas adultas con discapacidad intelectual de Salamanca" *Mapfre Medicina*, vol. 16 núm. 2, 2005.



efectuada en formatos adecuados de forma que sean accesibles y comprensibles para personas con discapacidad (apartado 2).

Estos dos primeros apartados tienen en común la específica prohibición de no discriminación por razón de discapacidad, en lo relativo a garantizar dos de los derechos cruciales en la atención a la asistencia sanitaria. El primer derecho supone una obligación hacia los trabajadores sanitarios - todos los que de forma directa o indirecta forman parte del sistema de prestación de un servicio sanitario-, de brindar a todas las personas que asistan a un centro sanitario un trato respetuoso conforme a su personalidad, dignidad e intimidad personal.

Resulta de especial interés e importancia que el legislador recalque de forma específica el obligado respeto de dos de los fundamentos de los derechos constitucionales, recogidos en el artículo 10 de la Constitución: la dignidad de la persona – valor superior del ordenamiento jurídico- y el libre desarrollo de su personalidad. Así como también pretende proteger de forma especial el derecho a la intimidad del artículo 18. Este último derecho recibe una especial protección de la mano del secreto profesional médico de la obligada confidencialidad, tanto ética como jurídica, cuya infracción da lugar a responsabilidades civiles y penales, y que se configura como un derecho del paciente, al tratarse de datos sensibles que afectan a la salud y que merecen una protección especial.

La específica prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el respeto a su personalidad, dignidad e intimidad invita a considerar que la discapacidad es una de las causas sospechas de discriminación por las que se suele vulnerar la garantía efectiva de éstos en la asistencia sanitaria. Y en especial, de las personas con



discapacidad intelectual, “donde se tiende a ver a estos pacientes como personajes extraños, lo que puede conducir a un trato discriminatorio, cuando no vejatorio”³⁶.

Además de la mencionada prohibición de discriminación por razón de discapacidad, es importante también dedicar un espacio a la expresa prohibición por razón de sexo que el mismo precepto normativo recoge. Es un tipo de discriminación que realmente se presenta en cada una de las categorías sospechas de discriminación. Es un tipo de discriminación específico que se efectúa sobre todas las mujeres, con indiferencia de sus circunstancias personales y sociales.

Esta percepción pretende un enfoque transversal, en el sentido de que al igual que es necesaria la transversalidad en todas las acciones y políticas generales – para tener en cuenta la especial afectación e impacto que éstas tienen sobre la mujer -, también se ha de estar en lo relativo a la transversalidad en las categorías sospechas de discriminación. Ya que la discriminación por razón de sexo no es una categoría aislada, sino que es inherente a las distintas categorías cuando la persona afectada es una mujer, al actuar como un multiplicador discriminatorio sobre ésta.

Bajo esta premisa, en el caso de la discriminación por razón de discapacidad encontramos un efecto multiplicador en su afectación y marginación cuando esta persona es una mujer. A este fenómeno se le denomina interseccionalidad, que es la forma en que las distintas causas de discriminación afectan en su conjunto sobre la persona y no de forma separada cada una de ellas, que es lo que se denomina múltiple discriminación.

³⁶ MARTÍNEZ, M. del C.: “Personas con (...), op. cita, pág. 312.



Tal y como lo definió Kimberlé Crenshaw, la interseccionalidad es “la multidimensionalidad de las experiencias vividas por sujetos marginalizados”, su estudio permite, por tanto, analizar las relaciones complejas de desigualdad ³⁷.

Marta Valencia, Secretaria de la Mujer e Igualdad de COCEMFE, incide en que “las políticas públicas han de tener en cuenta la situación de las mujeres con discapacidad en base a la discriminación interseccional y el efecto multiplicador de exclusión que sufren para poder garantizar de forma efectiva sus derechos”³⁸. Con la lupa de la interseccionalidad se puede observar cómo dentro del sector de la discapacidad se pueden encontrar diferentes causas de opresión y exclusión en atención a las circunstancias y el contexto de las personas.

En el caso de las mujeres con discapacidad, la mayor incidencia discriminatoria la encontramos en lo relativo a la atención de su salud sexual y reproductiva, así como la calidad de los servicios y prestaciones que les dispensan. Presentan una mayor exposición a sufrir vulneraciones en sus derechos. Y, en el caso de mujeres y niñas con discapacidad intelectual, su grado de vulnerabilidad es superior, ante la falta de comprensión y efectiva comunicación entre ambas partes: ellas, como pacientes emisoras de su sintomatología, y los trabajadores sanitarios, como receptores del mensaje que, en muchas ocasiones, en atención al grado y las especificidades de la discapacidad intelectual, resulta muy complicada una correcta comunicación. Lo que conlleva a que se elaboren muchos diagnósticos

³⁷ PAJARES SÁNCHEZ, L. y DÍAZ, P.: “Género y discapacidad”, en *Manual básico sobre género y discapacidad*, COCEMFE, 2019, pág. 42

³⁸ PAJARES SÁNCHEZ, L. y DÍAZ, P.: “Género (...)”, op. cita, pág. 43



inexactos provenientes de la deducción de hipotéticas dolencias perceptibles³⁹.

El sistema actual sanitario no dispone de los medios materiales y personales para suplir estas adversidades, lo que deja en una latente indefensión a las mujeres y niñas con discapacidad intelectual de poder recibir la atención sanitaria que necesitan en condiciones de igualdad al resto de pacientes.

La vulneración del artículo 14 de la Constitución, en lo relativo al consecuente trato desigualitario y discriminatorio por motivo de discapacidad, lleva aparejada también la vulneración del artículo 43, relativa al derecho prestacional de protección de la salud, así como el artículo 18 de la Ley General de Sanidad – ley de desarrollo normativo del mencionado derecho constitucional -: “Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones: (...) 5. Los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo (...) y 16. El control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles”.

En definitiva, el trato desigualitario que sufren las personas con discapacidad en el ámbito sanitario tiene como eje central la falta de medios materiales y personales para poder atender en igualdad de condiciones a un sector de la población que, por sus circunstancias personales, requieren de una especial atención y vigilancia sanitaria para prevenir, tratar y curar sus dolencias y enfermedades.

³⁹ En este tema se profundizará en el tercer apartado del mismo capítulo.



Esta ausencia de medios se materializa en la falta de profesionalización y especialización del ámbito sanitario en materia de discapacidad, con motivo de la insuficiente asignación presupuestaria para abarcar todos los servicios y prestaciones necesarias para la ciudadanía en su conjunto, y en especial, de la población con discapacidad.

3. EL PROBLEMA DE LAS DIFICULTADES DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PERSONAL SANITARIO Y LOS PACIENTES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Otro de los problemas relevantes con los que cuenta el sistema sanitario es la falta de una adecuada atención sanitaria a las personas con discapacidad intelectual. Esto se debe a la dificultad que entraña prestar una atención especializada y de calidad a estas personas, como consecuencia de las especificidades inherentes a los distintos tipos de discapacidades intelectuales, que, en muchas ocasiones, presentan afectaciones considerables en la comprensión y comunicación.

Ciertas discapacidades intelectuales asociadas a causas genéticas tienen un riesgo muy elevado de padecer determinadas enfermedades crónicas o de convalecencia⁴⁰.

Además, según la guía *Health Care in People with*

⁴⁰ Observatorio Estatal de la Discapacidad: "Partiendo de la persona: las necesidades sociosanitarias de personas con discapacidad" en *Modelos Integrados de atención a la discapacidad*, 2017, pág. 58. Obtenido en: <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2018/04/MODELOS-INTEGRADOS-DE-ATENCION-A-DISCAPACIDAD-OED.pdf>



Intellectual Disability (NSW Health, 2006) presentan un alto riesgo de padecer otro tipo de enfermedades que difieren de la población general: muestran mayor morbilidad con problemas de salud múltiples, crónicos y complejos, cuentan con una alta prevalencia de factores de riesgo para la salud asociados al estilo de vida, como la obesidad y la falta de ejercicio físico, entre otros.

Además, encontramos que de forma genérica presentan unas necesidades de apoyo que requieren una específica cobertura para su correcto desarrollo vital. Sin embargo, la realidad práctica es que habitualmente los centros sanitarios no suelen contar con los medios suficientes para poder cubrir estas necesidades.

Uno de los principales motivos por los que la asistencia sanitaria no cuenta con los medios suficientes para poder afrontar las dificultades relativas a dispensar un trato sanitario de calidad a las personas con discapacidad es el traspaso de la atención desde los servicios sanitarios a los servicios sociales en recursos residenciales y de día, que supuso su marginación al dejarlas parcialmente excluidas de la atención sanitaria⁴¹.

El artículo 49 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de prestar la "atención especializada que requieran" las personas con discapacidad intelectual, así como la garantía de ser amparados de forma especial para el disfrute de todos los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

El hecho de que el constituyente recalque de forma explícita la extensión de todos los derechos fundamentales y constitucionales a las personas con discapacidad, haciendo mención de sus diferentes tipos

⁴¹ Ídem.



(psíquica, física y sensorial), evidencia su voluntad de querer dotarles de una protección jurídica adicional, con miras de garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos. Así como reflejar su legítima e inherente ciudadanía en condiciones de igualdad al resto.

El artículo 43 del derecho a la protección de la salud entra dentro de los derechos que han de ser protegidos de forma especial por los poderes públicos, en base al amparo que manifiestamente les proporciona el constituyente para el disfrute de sus derechos por su situación de discapacidad. Siendo consciente de la particular vulnerabilidad que tienen estas personas a sufrir violaciones en el ejercicio de sus derechos, establece como obligación de los poderes públicos la de velar por su efectivo ejercicio y protección ante cualquier tipo de vulneración y/o discriminación.

En consecuencia, son los poderes públicos los que deben garantizar que las personas con discapacidad reciban una atención sanitaria de calidad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, por lo que entra dentro de esta facultad la de remover todos los obstáculos que impidan su correcto ejercicio y promover aquellos mecanismos que lo faciliten.

Como se ha venido observando, el problema con el que cuentan los centros sanitarios a la hora de ofrecer un servicio y prestaciones de calidad al público es la escasez de medios materiales y personales, de forma genérica. Por lo que si nos adentramos en la atención a determinadas personas, como es el caso de pacientes con discapacidad, los medios materiales son significativamente insuficientes, además de que no se suele contar con programas de orientación a los



trabajadores sanitarios para poder ofrecer un trato de calidad a todas ellas⁴².

Ese trato de calidad dispensado en la atención sanitaria comienza con la propia accesibilidad al centro sanitario, una accesibilidad que no solamente debe comprenderse con miras a garantizar el acceso físico a las personas con una discapacidad física asociada, sino también a aquellas personas que tienen otros tipos de discapacidad, tanto psíquica como sensorial. En el caso de las personas con discapacidad intelectual, el obstáculo que se interpone a su correcto desarrollo es el de la falta de comprensión y comunicación efectivas.

Este impedimento interfiere desde el primer momento en el que la persona con discapacidad intelectual accede al centro. Los trabajadores sanitarios (médicos, enfermeros, celadores...) son los profesionales encargados de garantizar el derecho de protección de la salud. Los poderes públicos delegan en la profesionalidad de los trabajadores sanitarios el cumplimiento de este efectivo derecho.

El instrumento más importante con el que cuentan los médicos para poder llevar a cabo su trabajo, es el de las consultas con los pacientes, consistentes en la reunión de ambos, paciente y sanitario, y en el que por medio de un diálogo fluido el paciente transmite sus dolencias con miras de que el médico pueda elaborar un diagnóstico que vele por dar solución sus inquietudes sanitarias.

⁴² LETURIA ARRAZOLA, F.J.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", en Revista Española de Discapacidad, volumen 2, número 1, 2014, págs.151-164, <<http://dx.doi.org/10.5569/2340-5104.02.01.08>>



Aunque aparentemente sea un trámite sencillo para el usuario medio, en el caso de las personas con discapacidad intelectual es todo un reto.

En primer lugar, porque en la mayoría de las ocasiones no es capaz de reconocer sus propias dolencias, de comprender el motivo por el que, al fin y al cabo, siente malestar o dolor y de transmitir el efecto que les produce y las sensaciones que les generan.

En segundo lugar, y con motivo del primero, comúnmente estos problemas cognitivos y de comunicación se tienden a suplir con la intervención de terceras personas, que actúan como mediadoras entre el paciente con discapacidad intelectual y el médico o trabajador sanitario.

Respecto a estas terceras personas, es importante acentuar que provienen del entorno del paciente, que prácticamente en la totalidad de los casos corresponde a la figura materna o paterna, o bien, familiares allegados en ausencia de representante legal.

Se responsabiliza de forma indirecta al entorno personal del paciente con discapacidad intelectual, quienes se encargan de garantizar su acceso al sistema sanitario y mediar para que reciba una atención lo más adecuada posible. En este sentido, la carga de adecuación del servicio sanitario es soportada por las personas que acompañan al paciente, de las que se presupone que actúan de buena fe. Todo ello dando por descontado que cuenten con un entorno familiar cercano, ya que ¿qué sucedería en el caso de que estas personas carecieran de familia? ¿o qué ocurriría en el caso de personas con discapacidad intelectual que no tuvieran reconocida la situación de dependencia y en virtud de determinados trámites, como en el caso de la asistencia sanitaria,



alberguen especiales dificultades para poder desenvolverse y comprender las vicisitudes sanitarias?.

Esta situación de una evidente necesidad de intermediación para el correcto entendimiento entre el paciente y el médico habría de ser cumplimentada por parte de los centros sanitarios, ya que, en virtud de los artículos anteriormente mencionados (en especial, del artículo 12 de la Ley General de Sanidad), es preceptivo que se cuente con los medios necesarios para poder garantizar la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones por parte de los propios centros, y han de ser éstos los que garanticen una atención de calidad; contando en su plantilla con trabajadores cualificados que desempeñen la función que suelen ejercer los familiares del paciente con discapacidad intelectual.

En este sentido, para alcanzar esa garantía de asistencia sanitaria, los propios trabajadores sanitarios habrían de cumplimentar su formación profesional médica junto a la de una especialización en materia de discapacidad. Además, de que fuera preceptivo que se proporcionasen a los centros unos específicos programas de actuación que prevean el procedimiento a seguir para una atención de calidad a estas personas⁴³.

Sin embargo, esta múltiple interpretación por parte primero del familiar que se responsabiliza de comunicar las dolencias que deductivamente relaciona que puede tener la persona con discapacidad intelectual y, en segundo lugar, la interpretación médica que se hace en

⁴³ Cataluña fue pionera en España en poner en marcha los primeros equipos especializados en atención a las personas con discapacidad intelectual y enfermedad mental, así como unidades hospitalarias especializadas para su atención médica, en 2003. Referencia: Francisco Javier Leturia Arrazola: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad... op. cita pág. 11.



base al criterio del familiar, lleva a la conclusión de que la intervención sanitaria no se efectúa con unos parámetros de adecuación y calidad suficientes para garantizar una correcta atención sanitaria.

También encontramos el fenómeno del *ensombrecimiento terapéutico*, que consiste en atribuir síntomas físicos o trastornos de la conducta a la propia discapacidad intelectual y no a problemas físicos o mentales⁴⁴. En base a esto nos encontramos, según la *Encuesta de Discapacidad, Autonomía y situaciones de Dependencia de 2008*, que a pesar de que se evidencia que los pacientes con discapacidad intelectual tengan mayor riesgo de padecer problemas significativos de salud, se suelen realizar menos pruebas diagnósticas y prescribir menos tratamientos para controlar estos factores de riesgo que a la población general. Además, muchas de las enfermedades son previsibles y pueden evitarse o controlar su complicación y gravedad.

En conclusión, y según declara la Organización Mundial de la Salud (24 de noviembre de 2021)⁴⁵:

- "Las personas con discapacidad tienen menos acceso a los servicios de asistencia sanitaria, por lo que en muchas ocasiones sus necesidades asistenciales quedan desatendidas".
- "Si existen servicios de salud para personas con discapacidad, son siempre de calidad deficiente y no tienen recursos insuficientes".

⁴⁴ LETURIA ARRAZOLA, F.J.: "La atención (...), op. cita págs. 9 y 10.

⁴⁵ Obtenido de: *Discapacidad y salud* en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>, fecha de consulta 2 de enero de 2022.



- “Hay una necesidad urgente de ampliar los servicios destinados a las personas con discapacidad en la atención primaria de salud, especialmente las intervenciones de rehabilitación”.

Las deficiencias en materia sanitaria han de ser superadas con la dotación de los medios materiales y personales suficientes para poder ofrecer un trato de calidad y en situación de igualdad de condiciones, y que se refleja en la necesaria implicación gubernamental a la hora de atribuir en los Presupuestos Generales del Estado las asignaciones presupuestarias necesarias para alcanzar tal fin.

Y con respecto a las personas con discapacidad intelectual, sector indisociable de la población y sujetos de los mismos derechos constitucionales, se deben implementar los procedimientos necesarios para ofrecer una atención sanitaria de calidad por medio de: la especialización en materia de discapacidad de los trabajadores sanitarios, llevar a efecto programas específicos de atención a las personas con discapacidad intelectual y dotar al sistema sanitario de los recursos materiales y personales necesarios que garanticen el derecho a la información y accesibilidad efectiva, con miras a respetar su dignidad personal.



III. LA FALTA DE REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

1. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

El día 6 de diciembre de 2018 entró en vigor la nueva ley de Régimen Electoral General (Ley 2/2018), modificando así la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (LOREG). Esta modificación normativa ha supuesto un hito para las personas con discapacidad intelectual, ya que anteriormente el legislador les privaba del derecho de sufragio en base a la decisión judicial de incapacitación jurídica.

Esta situación suponía un problema de especial calibre, ya que la premisa del artículo 3 de la ley mencionada, legitimaba la privación del derecho humano de la participación a un sector de la población por su situación de tener una discapacidad intelectual.

Sin embargo, tal y como se ha mencionado anteriormente, esta situación no se producía realmente por la discrecionalidad del legislador de impedir el ejercicio de este derecho de forma directa a las personas con discapacidad intelectual, sino más bien, lo que el legislador realizaba era una transmisión facultativa a la figura del juez de efectuar la privación de este derecho en virtud de la decisión judicial tomada en el proceso de incapacitación jurídica o de internamiento psiquiátrico⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 3 de la LO 5/1985: "b) *Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.* c) *Los internados en un hospital*



El proceso de incapacitación era⁴⁷ un procedimiento judicial en el que el demandado, la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, era privado de la capacidad de ejercitar determinados derechos y negocios jurídicos, fundamentándose en la ingobernabilidad del mismo.

Uno de los derechos a los que el juez extendía su afectación era el derecho de sufragio. Pero la aplicación genérica de esta privación sin un análisis objetivo, específico, individualizado y minucioso acerca de la incapacidad para ejercitar el derecho de sufragio era muy cuestionado; ya que la discapacidad intelectual no es una discapacidad equiparable a otras – como la física o la sensorial –, al no presentarse de la misma forma en todas las personas. Es decir, cada caso de discapacidad intelectual tiene unas especificidades únicas, por la infinidad de tipos existentes, así como de las particularidades que se presenten en cada una de ellas. Esto supone que haya personas con discapacidad intelectual que tengan un mayor discernimiento y comprensión respecto de otras. En definitiva, una pluralidad de casos que han de ser objeto de estudio y valoración previo a la aplicación genérica de esta medida restrictiva.

psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”.

⁴⁷ Este cauce jurídico fue suprimido y sustituido por la figura de “Medidas de apoyo a la persona con discapacidad”, regulado en la Ley 8/2021, de 2 de junio. De esta forma la incapacitación se elimina, así como la figura del tutor, ahora denominado “curador”.



Todo ello implicaba una discriminación directa en base al artículo 14 de la Constitución⁴⁸ y un atentado contra la democracia, en virtud de la aplicación universal y preceptiva constitucional del artículo 23 a todos los ciudadanos.

El hecho de que se suprimiera la privación del ejercicio del sufragio es consecuencia de la presión ejercida por “las distintas asociaciones de personas con discapacidad, académicos y políticos”⁴⁹ que defendían que era contrario al artículo 29 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁰.

Tesis defendida, por otro lado, en el informe elaborado por el Comité de Derechos de Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en cuyas observaciones finales recomendaba la modificación de la mencionada

⁴⁸ La discapacidad se incluyó como una causa de discriminación prohibida por la STC 269/1994, de 3 de octubre. Obtenido en: Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 100, 2017, p. 163.

⁴⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, L. A.: “Una visión crítica de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho Político*, N.º 109, 2020, p. 27.

⁵⁰ Precepto normativo en el que la magistrada Asúa Batarrita en su voto emitido en el ATC 196/2016 de 28 de noviembre, califica de incompatible con respecto al artículo 3 de la LOREG, y en el que recuerda que, pese a no ser canon de constitucionalidad, es por mandato constitucional un elemento interpretativo del artículo 23.1 de la Constitución. – Obtenido de: BELDA E., “El voto de las personas con discapacidad: la dignidad en busca de la inclusión ciudadana y participación política. Especial referencia a las personas con discapacidad intelectual”, en *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, p.193.



ley, con el fin de “garantizar el pleno y efectivo ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad”.

Tal y como se ha señalado anteriormente, esta modificación también alberga una fundamentación material de naturaleza constitucional, en lo relativo que la norma producía la lesión de algunos principios constitucionales, como el principio de sufragio universal procedente del artículo 23.1 de la Constitución y el principio de igualdad ante la ley y no discriminación del artículo 14⁵¹.

Por último, tuvo especial relevancia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Alajos Kiss contra Hungría, cuyo demandante alegaba su exclusión del censo electoral por la sola razón de estar sujeto a curatela, cuestión que finalmente fue resuelta por el juez determinando la violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁵².

La nueva redacción del artículo 3.2 de la LOREG declara la titularidad del derecho de sufragio a todas las personas sin distinción y lo reestablece a todos los que anteriormente tenían privado este derecho por razón de su discapacidad: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”⁵³.

Por último, en lo relativo a la capacidad de ser electores, tal y como señala Belda Pérez – Pedrero: “los avances

⁵¹ GÁLVEZ MUÑOZ, L. A.: “Una visión crítica (...) op. cit. p. 27.

⁵² STEDH (Sección 2ª). Caso Alajos Kiss contra Hungría, 20 de mayo de 2010.

⁵³ BELDA, E.: “El voto de las (...), op. cit., p. 200.



en el sufragio activo no se reflejan del mismo modo en el pasivo, por lo que sería conveniente fomentar una igualdad efectiva en el acceso”⁵⁴.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL COMITÉ DE REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A. Naturaleza jurídica, constitución y características relevantes

El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CERMI), es la entidad asociativa de referencia de la discapacidad en España. Es reconocida por parte de los poderes públicos y de la sociedad como el interlocutor de las personas con discapacidad y de sus familias, así como la plataforma representativa del conjunto del sector de la discapacidad en España⁵⁵.

Su importancia ha trascendido de forma significativa en virtud de la escasa representación política de las personas con discapacidad en su conjunto y la consecuente necesidad de representar políticamente la defensa de sus derechos por la vía asociativa.

Se configura jurídicamente como una entidad asociativa de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia con plena capacidad jurídica y sujeto de derechos y obligaciones.

⁵⁴ BELDA, E.; “El voto de las (...), op. cit., p. 178.

⁵⁵ Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad, *Plataforma unitaria de la discapacidad*, en <https://www.cermi.es/es/cermi/plataforma-unitaria>, fecha de consulta a 16 de diciembre de 2021.



Se creó el 9 de enero de 1977 al amparo de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 – que con posterioridad fue modificada por la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación -, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio de Interior con el número 162.062.

Asimismo, en base a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley reguladora del Derecho de Asociación, el Comité de Representantes de las Personas con Discapacidad fue declarada asociación de utilidad pública el 12 de febrero de 2001, al ser una asociación que “promueve el interés general, los valores constitucionales, los derechos humanos, el fomento de igualdad de oportunidades y de la tolerancia y de atención a la personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales y de cualquier otra similar naturaleza”; lo que supone que la defensa y acción de las personas con discapacidad forma parte de este tipo asociacional ⁵⁶.

Esta declaración de utilidad pública implica que el CERMI cuente con unos derechos específicos: poder usar la mención de “Declaración de utilidad pública” en toda clase de documentos, disfrutar de las exenciones y beneficios fiscales reconocidos al mismo, así como beneficios económicos y la asistencia jurídica gratuita.

Su constitución proviene de la asociación de diversas confederaciones y organizaciones nacionales españolas, tales como: COCEMFE (La Confederación Coordinadora Estatal de Personas con discapacidad Física y Orgánica de España), FEAPS (La Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con discapacidad intelectual), ONCE (La Organización Nacional de Personas Ciegas), CNSE y FIAPAS (Ambas son

⁵⁶ Ley Orgánica 1/2002. Por la que se regula el Derecho de Asociación. BOE-A-2002-5852.



confederaciones españolas de personas sordas) y ASPACE (La Confederación Española de Federaciones y Asociaciones de Atención a las personas con parálisis cerebral y afines).

Como entidad de base asociativa que es, carece de ánimo de lucro. Actúa de forma representativa en defensa de los derechos de sus asociados. Según el artículo 2 de su Estatuto, su misión consiste en "articular y vertebrar al movimiento social español de la discapacidad (...) para desarrollar una acción política en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad y sus familias" ⁵⁷.

Tal y como se ha señalado, el CERMI integra a diversas confederaciones con el propósito de encaminar su función de representación de las personas con discapacidad en su conjunto, al unísono, con independencia de las concretas labores que desempeñen cada una de las organizaciones que la integran en su específico ámbito de actuación asociacional.

La mencionada acción representativa que ejercita, se determina en el artículo 3 d) de su Estatuto jurídico, que establece como una de sus funciones la de "representar al sector de la discapacidad ante los poderes públicos, las Administraciones Públicas, los partidos políticos, los agentes y operadores sociales, las diferentes instancias

⁵⁷ Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad, *Estatutos del "Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad" (CERMI)*, en <https://www.cermi.es/es/cermi/normas-reguladoras/estatutos>, fecha de consulta a 16 de diciembre de 2021.



europas, iberoamericanas y demás organizaciones mundiales”⁵⁸.

El Comité, como unión de organizaciones de las personas con discapacidad, tiene la capacidad de ser un actor esencial para la mejora de la participación de todas ellas. Esta participación⁵⁹ se entiende en base a tres niveles complementarios: En primer lugar, la participación de las personas con discapacidad en decisiones que atañen a su vida individual, como la elección de residencia y la elección de los tipos de rehabilitación. En segundo lugar, su participación como representantes de las personas con discapacidad como usuarios de servicios, en la gestión de una organización de prestación de servicios, como la reclamación de nuevos servicios y de calidad. Por último, su participación para influir en los procesos de toma de decisiones políticas y prácticas, como la obtención de una ley sobre discapacidad ⁶⁰.

Otra de las características más relevantes del Comité es su constitución como órgano de consulta frente a los poderes públicos, en tanto en cuanto las actuaciones y decisiones que éstos han de tomar afecten a los derechos de las personas con discapacidad; y su configuración como plataforma para la propuesta de elaboración y puesta en marcha de políticas integrales en favor de las personas con discapacidad y sus familias.

⁵⁸ Cita del artículo 3 apartado d) del Estatuto jurídico del Comité de Representantes de las Personas con Discapacidad.

⁵⁹ Alusión a la participación como uno de los principios fundamentales de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶⁰ GEISER, P.; ZIEGLER, S.; ZURMÜHL, U., “Apoyo a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad”, en Handicap International, 2011. (GUTIÉRREZ IGLESIAS, A. C., Trad.).



Además, el CERMI ostenta la legitimidad del artículo 31.5 de la LO 1/2002 del Régimen de Asociaciones, para poder suscribir convenios de colaboración en programas de interés social con las Administraciones Públicas, en base a que los objetivos perseguidos por la entidad son de interés general, así como las facultades que su propio Estatuto le confiere para poder efectuarlo.

Uno de los Convenios colaboración vigentes es el *Convenio entre la Administración General del Estado (Ministerio de Política Territorial y Función Pública) y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para la identificación y reducción de cargas administrativas que afectan a las personas con discapacidad y a sus familias* ⁶¹.

Por último, también es importante destacar su participación en el Foro Justicia y Discapacidad, creado por el Consejo General del Poder Judicial, con el fin de coordinar las Instituciones Jurídicas del Estado para conseguir una mayor efectividad de la tutela judicial de los derechos de las personas con diversidad funcional ⁶².

⁶¹ Resolución de 26 de abril de 2021 [de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública], por la que se publica el Convenio con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, para la identificación y reducción de cargas administrativas que afectan a las personas con discapacidad y sus familias. Referencia BOE-A-2021-7464.

⁶² Presentación Foro Justicia y Discapacidad, en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Presentacion/>, fecha de consulta a 16 de diciembre de 2021



B. El problema de la no vinculación jurídica del CERMI con los poderes públicos

Uno de los problemas, que a mi juicio plantea, la representación del CERMI como defensor de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito político (que es el que me interesa en cuestión), estatal e internacional, es el relativo al carácter consultivo del mismo frente a las decisiones adoptadas por los poderes públicos y que son decisivas y de afectación para todas ellas.

Hay que tener en cuenta que, al encontrarse circunscrito al ámbito asociacional, como tal – pese a que presente determinados “privilegios” por su carácter de utilidad pública, respecto de otras asociaciones -, no deja de tener una posición jurídica de inferioridad con respecto a los poderes públicos.

La legitimidad que ostenta CERMI de poder formar parte de diversos Convenios de colaboración de carácter institucional, proviene de la premisa dispositiva normativa del Régimen de Asociaciones que contempla la posibilidad – facultativa y no preceptiva -, de que las Administraciones Públicas suscriban estos convenios con determinadas asociaciones de utilidad pública.

En todo caso, estos convenios de colaboración se refieren a determinadas materias. Tienen una duración determinada y no contemplan la prórroga automática de los mismos; ya que algunos de ellos suponen el cumplimiento de tal convenio para un fin determinado ⁶³.

⁶³ Por ejemplo, algunos convenios establecen planes de fomento de inserción laboral, como *el Convenio de colaboración entre el gestor de navegación aérea Enaire y organizaciones representativas del sector de la discapacidad*,



Lo que sí es cierto es que hay varios convenios de colaboración del CERMI con ciertas Administraciones Públicas que se han ido prorrogando religiosamente en el tiempo: el *Convenio de colaboración entre el SEPAD y el CERMI para la gestión y funcionamiento del Observatorio Estatal de la Discapacidad*, el *Convenio de colaboración entre el Real Patronato sobre Discapacidad y el CERMI para la gestión y funcionamiento del Observatorio Estatal de la Discapacidad* (ambos han venido realizándose desde el año 2014 con su respectiva prórroga anual hasta la actualidad) y el *Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado (el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) para el impulso de medidas orientadas a la eliminación y reducción de cargas administrativas que afectan a las personas con discapacidad y a sus familias* (desde el año 2015, con prórrogas efectuadas cada año y actualmente vigente) ⁶⁴.

Lo que me ocupa un especial interés no es el hecho de identificar los distintos convenios suscritos por CERMI con las distintas instituciones autonómicas y estatales, sino la observancia del papel que desempeña la asociación como sujeto de representación y defensa de los derechos de las personas con discapacidad frente a los poderes públicos.

El CERMI participa como entidad representativa de la discapacidad en diversos Foros consultivos a nivel nacional como el *Foro Consultivo de Cuidados de Larga*

destinado al fomento de la inserción laboral en este colectivo (<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/entra-en-vigor-el-convenio-sobre-inserci%C3%B3n-laboral-de-enaire-con-las>), que tiene una duración de dos años.

⁶⁴ Convenios y acuerdos institucionales, en <https://www.cermi.es/es/cermi/convenios>, fecha de consulta 18 de diciembre de 2021.



*Duración y Servicios Sociales del Plan Recuperación, Transformación y Resiliencia*⁶⁵ y el *Foro Consultivo para la Transformación Digital*⁶⁶, entre otros.

A nivel europeo, representa a España, en el *Foro Europeo de Personas con Discapacidad*, (EDF) la plataforma representativa de los 80 millones de mujeres y hombres con discapacidad de la UE, compuesta por los consejos nacionales de cada Estado miembro, junto con Noruega e Islandia, así como las organizaciones no gubernamentales paneuropeas de la discapacidad más destacada ⁶⁷.

Y por último, a nivel internacional ostenta el estatus consultivo en el *Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)* ⁶⁸, con el que puede realizar múltiples contribuciones.

Por otro lado, tal y como se ha mencionado anteriormente, la posición que tiene el CERMI con respecto a los poderes públicos es de una auténtica figura de representación política de las personas con discapacidad en su conjunto. Y en base a ello, está legitimado para ofrecer asesoramiento a los poderes públicos. No obstante, y este es el problema que planteo: su intervención es meramente consultiva.

⁶⁵<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-se-incorpora-al-foro-consultivo-de-cuidados-larga-duraci%C3%B3n-y-servicios>, fecha de consulta 18 de diciembre de 2021.

⁶⁶<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-tendr%C3%A1-presencia-en-el-nuevo-consejo-consultivo-para-la-transformaci%C3%B3n>, fecha de consulta 18 de diciembre de 2021.

⁶⁷ <https://www.cermi.es/es/cermi/accion-internacional>, fecha de consulta 18 de diciembre de 2021.

⁶⁸ Ídem.



Esta situación parece dificultar bastante la efectiva defensa y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Es cierto que los poderes públicos, cuando han de tomar ciertas decisiones institucionales de carácter gubernamental o de elaboración legislativa que atañen a los derechos de las personas con discapacidad, han de escuchar - con carácter previo al acuerdo decisivo - la posición que tiene el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad al respecto.

No obstante, se puede presagiar que el carácter consultivo que alberga el mismo predetermina la voluntariedad de la autoridad para hacer caso de sus recomendaciones, o no.

Cabe recordar que todas las actuaciones que realicen los distintos poderes públicos deben ser conformes a Derecho, en tanto que no pueden contravenir lo dispuesto en las leyes y con mayor relevancia aún, lo dispuesto en la Constitución, esto es, no pueden actuar en contra de los derechos y deberes fundamentales y constitucionales. Por lo que se presupone que todos los actos contrarios y atentatorios a los derechos son nulos de pleno derecho. Sin embargo, en lo relativo a las personas con discapacidad, se han venido observando multitud de disposiciones normativas que se preveían como lícitas y que formaban parte del ordenamiento jurídico, siendo de aplicación para todas las personas con discapacidad y que con el tiempo se ha comprobado que efectivamente vulneraban sus derechos ⁶⁹.

Con esto quiero decir que, pese a que es cierto que sea de aplicación universal a todas las disposiciones normativas la del obligado cumplimiento y protección de

⁶⁹ En referencia a la incapacitación jurídica, las esterilizaciones forzosas y la privación del sufragio a las personas con discapacidad intelectual.



los derechos fundamentales, no siempre se ha venido cumpliendo en atención a las personas con discapacidad intelectual; bien sea por la elaboración jurídica desafortunada que ha venido realizando el legislador, la interpretación de jueces y magistrados en base a la aplicación de estas leyes, o por las decisiones y disposiciones reglamentarias gubernamentales que se han realizado contraviniendo los intereses de las personas afectadas.

Frente a estas situaciones de vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad, nos encontramos con que las denuncias públicas que se han hecho sobre ellas han sido por mediación de las distintas asociaciones en defensa de los derechos del mundo de la discapacidad, comúnmente por el entorno familiar de las personas afectadas, académicos, diversos políticos e instituciones como las Naciones Unidas y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por ello, me parece de especial preocupación el hecho de que la figura jurídica con mayor peso en la representación y defensa de los derechos de las personas con discapacidad, tal y como lo ostenta el CERMI, no tenga la legitimidad para vincular jurídicamente a los poderes públicos en lo relativo a poder impedir la toma de decisiones y elaboración legislativa que contravenga los intereses y derechos de las personas con discapacidad; y su *status jurídico* sea meramente consultivo, en base a su posición jurídica asociacional.

Este problema de peso se solventaría con la especialización de los distintos poderes públicos en materia de discapacidad, junto a la tan necesaria inclusión de las personas con discapacidad en los grupos



parlamentarios⁷⁰, como auténtico mecanismo para que los derechos e intereses de las personas con discapacidad se vieran representados políticamente en sede parlamentaria y cuyas decisiones en materia de discapacidad pudieran vincular a los poderes públicos.

IV. EL TRATO DISCRIMINATORIO EN EL PODER JUDICIAL HACIA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

1. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE EFECTIVIDAD NORMATIVA EN LA REALIDAD PRÁCTICA

A pesar de los grandes avances normativos en materia de discapacidad efectuados en los últimos años, son muchos los profesionales del Derecho y diversas entidades en representación de las personas con discapacidad intelectual quienes advierten del problema de la falta de efectividad práctica de las legislaciones implementadas en el reconocimiento y garantía de sus derechos.

⁷⁰ Entendiéndose bajo la perspectiva de habilitar una protección jurídica específica en lo relativo a la presentación de candidaturas de las personas con discapacidad para hacer efectivo su derecho de sufragio pasivo. Cuestión que, por la aún arraigada percepción estigmatizante de la sociedad en el ámbito de la discapacidad, existen barreras invisibles que se interponen y obstaculizan la posibilidad de que las personas con discapacidad, y en especial, con discapacidad intelectual, puedan ostentar puestos de representación política en los distintos partidos políticos.



Según Landa Zapirain, “la efectividad de una determinada regla jurídica pivota sobre su contribución a la plena realización de los objetivos y los fines que persigue un determinado sistema normativo: la igualdad, justicia, cohesión económica y social”⁷¹.

Cuando una ley carece de los mecanismos apropiados para que su contenido pueda ser aplicado y ejecutado, los efectos que despliega son meramente simbólicos incluso contrapuestos a los que se preveían con su redacción.

En este caso, “la legislación cumple básicamente una función expresiva, de fijación y manifestación pública”, pero “no basta con el reconocimiento formal, sino que el derecho debe ser ejercido y disfrutado por sus destinatarios, y cuando ello no suceda, hay que indagar en las causas de esta ineficiencia y arbitrar medidas dentro de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, en el funcionamiento real de la Administración de Justicia, en la dotación de medios para el acceso real a la tutela judicial efectiva, y una actitud proactiva de las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas para activar los mecanismos y procedimientos que transformen el derecho simbólico de un ejercicio y disfrute efectivo del

⁷¹ DE LORENZO GARCÍA, R., CABRA DE LUNA, M.A., RECOVER BALBOA, T. y DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., “El derecho de acceso a la justicia” en Fernández Martínez, J.M., *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2021, p. 13.



mismo". Lo que supone "pasar de los derechos a los hechos" (De Lorenzo García, et. al., 2021)⁷².

El artículo 9.2 de la Constitución es el engranaje que posibilita la consecución del artículo 14 respecto al veto de cualquier tipo de discriminación por cualquier razón y circunstancia social y personal. La facultad de garantizar y promover las condiciones de libertad e igualdad del individuo provienen de los Poderes Públicos, siendo los encargados de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Por lo que la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad intelectual no se garantiza con su mero reconocimiento, sino que para su consecución real se requiere de unos compromisos específicos de aseguramiento normativo en lo que respecta a la tutela judicial, políticas públicas y compromiso social; que tal y como se ha mencionado, han de provenir de los Poderes Públicos necesariamente.

Según el último informe del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2019), "las leyes y los marcos regulatorios siguen siendo a menudo imperfectos e incompletos o ineficaces, o bien reflejan un conocimiento insuficiente del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Muchas leyes y políticas nacionales perpetúan la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, así como la discriminación y la violencia contra ellas"⁷³.

⁷² Ídem.

⁷³ <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-oportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>



2. LAS DIFICULTADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Según la CDPD⁷⁴, el acceso a la justicia⁷⁵ es el derecho que ostentan las personas con discapacidad a utilizar en igualdad de condiciones que el resto las herramientas y mecanismos legales para que se reconozcan y protejan sus derechos en el procedimiento judicial, así como en las etapas previas de investigación y preliminares.

Los factores económicos y sociales afectan de forma significativa en lo relativo al acceso a la justicia respecto de los sectores de la población más vulnerables, y especialmente de las personas con discapacidad intelectual.

Pese a que se observan mejoras en el campo judicial, gracias entre otros proyectos al impulsado por la Fundación ONCE cofinanciado por el Programa de Justicia de la Unión Europea en 2018 de formación y sensibilización de los operadores legales "Just4All"⁷⁶, se ha tenido conocimiento del estado de la cuestión en base

⁷⁴ Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

⁷⁵ En la Constitución Española el reconocimiento del acceso de la justicia viene legitimado en el artículo 24.

⁷⁶ <https://www.fundaciononce.es/es/comunicacion/noticias/fundacion-once-lanza-el-mooc-acceso-la-justicia-para-personas-con>, fecha de consulta 28 de enero de 2021.



a los resultados obtenidos del análisis que el mismo proyecto aborda⁷⁷.

Entre las conclusiones extraídas se verifica la alarmante falta de conocimiento por parte de las personas con discapacidad de sus propios derechos. Lo que supone una importante barrera que les imposibilita empoderarse en el reconocimiento e identificación de las vulneraciones que sufren y hacer uso de las herramientas judiciales necesarias con miras a denunciar estas situaciones.

En segundo lugar, se ha concluido la inaccesibilidad de la mayoría de los procedimientos judiciales, documentos y comunicaciones legales, al no adaptarse a las necesidades cognitivas de esta colectividad (no se facilitan versiones de lectura fácil a las personas con discapacidad intelectual, ni de forma alternativa se facilita la intervención de profesionales encargados de "traducir"⁷⁸ y explicarles los procedimientos judiciales),

⁷⁷ DE LORENZO GARCÍA, R., CABRA DE LUNA, M.A., RECOVER BALBOA, T. y DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., "El derecho de acceso a la justicia" en FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2021, p. 20 – 24

⁷⁸ En la STC 74/1987 de 25 de mayo, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia manipulativa aditiva en la que extendió el derecho a la asistencia gratuita de intérprete a aquellos que ignoraran o desconocieran el castellano:

Fundamento jurídico 3º: " (...) es evidente que el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial, pues si algunos de esos derechos pudieran respetarse por otros medios (la simple información, por ejemplo, por un texto escrito en la lengua que entienda el detenido) otros derechos,



que suponen un diálogo con los funcionarios policiales, no pueden satisfacerse probablemente sin la asistencia de intérprete. Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar. La atribución de este derecho a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano y no sólo a los extranjeros que se encuentren en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución. No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (art. 3.1 de la Constitución), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de defensa. En el fondo se trata de un derecho que, estando ya reconocido en el ámbito de las actuaciones judiciales (arts. 231.5 de la L.O.P.J. y 398, 440, 711 y 758.2 de la LECrim), debe entenderse que también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente. Ciertamente, el deber de los españoles de conocer el castellano, antes aludido, hace suponer que ese conocimiento existe en la realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosíblemente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales”.

Fundamento jurídico 4º: “Consecuencia de lo expuesto es que el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva, como se ha dicho, directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque ésta puede ser



lo que supone que se dificulte el conocimiento, la comprensión y el alcance real de sus derechos.

En tercer lugar, y que supone una barrera crucial en la garantía y defensa de los derechos de todas las personas con discapacidad, y de forma particular, las del tipo intelectual, es el hecho de que los profesionales involucrados en el sistema de justicia no están capacitados en la interacción con estas personas – teniendo en cuenta la tan variada tipología de discapacidades intelectuales existentes – como sobre sus propios derechos.

Los profesionales del derecho como abogados, jueces, fiscales, notarios, entre otros, no cuentan con la profesionalización necesaria y suficiente en materia de derechos de las personas con discapacidad, lo que genera que en la mayoría de las ocasiones la propia vulneración hacia sus derechos recaiga en los profesionales encargados de velar por su efectivo cumplimiento, lo que les origina una especial desprotección e indefensión jurídica. Unida a la falta de profesionalización se advierte una relevante falta de

conveniente para su mayor eficacia (...) Debe advertirse además que el derecho a intérprete, en cuanto nace única y exclusivamente del desconocimiento del castellano y de la imposibilidad subsiguiente de relacionarse en forma comprensible, con la Administración policial, es aplicable con independencia del lugar en que se producen las diligencias (...) Y por último, debe señalarse también que la asistencia del intérprete ha de ser gratuita para los españoles que la necesiten como lo es para los extranjeros, según el art. 520.3 e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo contrario vulneraría el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución y supondría un obstáculo irrazonable al derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 de la Norma fundamental.”



concienciación y sensibilización de los distintos operadores legales.

Las limitaciones en el ejercicio de las funciones efectivas en cualquier procedimiento judicial de las personas con discapacidad suponen una lesión sustancial del derecho de acceso a la justicia.

Ya que, si aquéllas no pueden acceder a la Administración de justicia, su derecho carece de efectividad cierta. Y, en virtud del artículo 13 de la Convención, corresponde a los Estados la obligación de asegurar ese acceso por medio de la capacitación adecuada de los operadores legales, personal policial y penitenciario, así como las adaptaciones necesarias de los procedimientos a fin de que estas personas sean partícipes reales de los procesos.

Por lo que, a modo de conclusión, la perpetuación de las vulneraciones de los derechos de este sector de la población proviene de la inacción de los Poderes Públicos de desarrollar los mecanismos necesarios y dotarlos de los recursos económicos suficientes para combatir esta discriminación sistemática.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M., *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, LUAL Ediciones, 2011.



- BELDA, E.: *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019.
- DE LORENZO GARCÍA, R., CABRA DE LUNA, M.A., RECOVER BALBOA, T. y DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., "El derecho de acceso a la justicia" en FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M (Dir.) y DE RADA GALLEGO, I. (Coord.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2021.
- DE LORENZO GARCÍA, R., "El derecho fundamental del acceso a la justicia: Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad", en Revista Anales de Derecho y Discapacidad, Vol. IV, Ediciones CINCA, 2019.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. A.: "Una visión crítica de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad", en Revista de Derecho Político, N.º 109, 2020.
- GEISER, P.; ZIEGLER, S.; ZURMÜHL, U.: "Apoyo a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad", en Handicap International, 2011. (GUTIÉRREZ IGLESIAS, Ana Cristina, Trad.).
- JIMÉNEZ LARA, A.; HUETE GARCÍA, A. y ARIAS GARCÍA, M.: *Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España*, Observatorio estatal de la discapacidad, 2019.
- LETURIA ARRAZOLA, F. J.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", en Revista Española de Discapacidad, volumen 2, número 1, 2014.



- MARTÍNEZ, M. del C.: "Personas con discapacidad intelectual: Igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria", en Foro Nueva época, núm. 11-12, 2010.
- MIRÓN CANELO, J. A.: "Nivel sociosanitario de las personas adultas con discapacidad intelectual de Salamanca" Mapfre Medicina, vol. 16 núm. 2, 2005.
- PAJARES SÁNCHEZ, L. y DÍAZ, P.: "Género y discapacidad", en *Manual básico sobre género y discapacidad*, COCEMFE, Madrid, 2019.
- PALACIOS, A.: "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Colección CERMI, n.º 36, 2008.
- REY MARTÍNEZ, F.: "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", en Revista de Derecho Público, n.º 100, 2017.
- SALAS LABAYEN, R.: "La formación de los profesores para atender a la diversidad", en Revista Padres y Maestros, n.º 338, 2011.
- TOBOSO MARTÍN, M.: "Sobre la Educación inclusiva en España: Políticas y prácticas", Revista Sociológica de Pensamiento Crítico Intersticios, vol. 6 (1), 2012.
- ZAPPALÁ, D.; KÖPPEL, A. y SUCHODOLSKI, M.: *Inclusión de TIC en escuelas para alumnos con discapacidad intelectual*, - 1a ed. - Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2011.



LOS TAX RULINGS EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL Y EUROPEA: ENTRE TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA¹

D. Iván Vega Pedreño

Investigador en formación. IEF. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad de Castilla-La Mancha. España

Resumen: En los últimos años, el ámbito de la fiscalidad internacional y europea ha sido un escenario donde diferentes organizaciones supranacionales, principalmente la OCDE y la Unión Europea, han impulsado diferentes medidas para afrontar y combatir distintos problemas asociados al ámbito tributario como son la competencia fiscal perjudicial entre Estados o la elusión fiscal. Estas tendencias o prácticas fiscales nocivas pueden surgir como consecuencia de la globalización económica y requieren una rápida adaptación de los sistemas tributarios internos. Todo ello con la finalidad de hacer frente a los posibles efectos adversos que puedan producir estas situaciones económicas internacionales en las jurisdicciones de los

¹ Este trabajo ha obtenido el premio a la Categoría, Másteres, TFG y similares de la III edición de los premios de la Revista Gabilex 2022.



Estados.

En este panorama actual el presente trabajo, desde una perspectiva jurídica, aborda el estudio de una materia que ha sido objeto de regulación y control en los últimos años: los *tax rulings*. A través de los diferentes capítulos del trabajo se pretende realizar una delimitación conceptual de este instrumento jurídico, analizar las medidas de control impulsadas en este contexto por parte de la OCDE y la Unión Europea y, por último, incidir en los beneficios derivados del uso de este instrumento jurídico para dotar de seguridad jurídica a los contribuyentes en sus actuaciones con incidencia tributaria.

Palabras clave: *tax rulings*, seguridad jurídica, intercambio de información, UE, transparencia, OCDE.

Abstract: In recent years, the field of international and European taxation has been a scene where different supranational organisations, mainly the OECD and the European Union, have promoted different measures to tackle and combat different problems associated with taxation, such as harmful tax competition between states or tax avoidance. These harmful tax trends or practices can arise as a result of economic globalisation and require rapid adaptation of domestic tax systems. The aim is to address the possible adverse effects that these international economic situations may have on the jurisdictions of States.

In this current scenario, this work, from a legal perspective, deals with the study of a subject that has been the object of regulation and control in recent years: tax rulings. Through the different chapters of the paper,



the aim is to provide a conceptual definition of this legal instrument, to analyse the control measures promoted in this context by the OECD and the European Union and, finally, to highlight the benefits derived from the use of this legal instrument to provide taxpayers with legal certainty in their tax-related actions.

Key words: tax rulings, legal certainty, exchange of information, EU, transparency, OECD.

Sumario:

INTRODUCCIÓN

Capítulo primero

COMPRENSIÓN Y ALCANCE DE LOS TAX RULINGS

1. TAX RULINGS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CLASIFICACIÓN
2. TAX RULINGS: IMPORTANCIA, NECESIDAD Y RIESGOS

Capítulo segundo

TAX RULINGS EN EL CONTEXTO OCDE

1. MARCO PRELIMINAR
2. TAX RULINGS EN EL ESCENARIO PREVIO A BEPS
3. BEPS, TAX RULINGS Y COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL
 - 3.1. Transición desde los primeros hitos hasta BEPS: un nuevo enfoque frente a la competencia fiscal perjudicial
 - 3.2. Acción 5 del proyecto BEPS



Capítulo tercero

TAX RULINGS DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

2. TRABAJOS FRENTE A LA COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL EN LA UE

3. IMPULSO DE NUEVAS MEDIDAS DE CONTROL SOBRE TAX RULINGS EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA UE

4. DIRECTIVA 2015/2376/UE SOBRE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO Y OBLIGATORIO DE INFORMACIÓN SOBRE TAX RULINGS

4.1. ¿Qué tipos de tax rulings deben ser objeto de intercambio automático de información?

4.2. Contenido del intercambio automático de información

4.3. Otros elementos a tener en consideración: aspecto temporal, uso y confidencialidad de la información

4.4. Implantación y datos sobre el intercambio automático de información

5. CONTROL DE TAX RULINGS MEDIANTE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AYUDAS DE ESTADO

5.1. El control de tax rulings por la Comisión europea: la "nueva" interpretación de los criterios de ventaja económica y selectividad

Capítulo cuarto

SEGURIDAD JURÍDICA Y TAX RULINGS: UNA RELACIÓN QUE PROPORCIONA CERTEZA JURÍDICA

1. MARCO PRELIMINAR

2. NOCIONES GENÉRICAS SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y DEL ÁMBITO TRIBUTARIO

3. TAX RULINGS: INSTRUMENTOS QUE



PROPORCIONAN SEGURIDAD JURÍDICA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La diversidad de jurisdicciones y legislaciones fiscales existentes en nuestros días han posibilitado que grandes grupos empresariales cuya actividad económica y comercial se realiza a nivel internacional utilicen diferentes mecanismos jurídicos para reducir su tributación. Por este motivo, gobiernos de diferentes países y organizaciones internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) y la Unión Europea (en adelante, UE), han situado su interés en intentar revisar y cambiar ciertas reglas de la fiscalidad internacional relacionadas con prácticas fiscales perniciosas, planificación fiscal agresiva y competencia fiscal internacional entre otros problemas.

En este contexto, el proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit shifting*) promovido en el seno de la OCDE/G-20 ha sido esencial para combatir la pérdida de ingresos fiscales por determinadas jurisdicciones, y el traslado de beneficios a países con una baja o nula tributación en la esfera internacional. Este proyecto se ha dividido en 15 acciones cada una con un objetivo distinto. La Acción 5 del plan BEPS tiene como título "Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia". Estas prácticas fiscales nocivas pueden tener diferentes manifestaciones,



siendo los *tax rulings* una práctica administrativa, que utilizados inadecuadamente, pueden conllevar una disminución de la tributación de determinados contribuyentes en un marco de competencia fiscal entre Estados.

Asimismo, la UE mediante la aprobación e implantación de la Directiva 2015/2376/UE, también ha centrado su interés en la vigilancia de los *tax rulings*, cuya supervisión a nivel europeo no estaba siendo eficaz como demuestra la filtración *Luxleaks* que refleja la inadecuación en el uso de los *tax rulings* por parte de Luxemburgo. Además, la Comisión en los últimos años ha iniciado diversas investigaciones para determinar si determinados *tax rulings* realizados entre diferentes Estados miembros y grandes multinacionales son acordes a la normativa comunitaria a través del régimen jurídico de control de ayudas de Estado.

En virtud de todo lo anterior, los *tax rulings* son una temática de actualidad e interés tanto desde la esfera internacional como desde la europea, de modo que realizar un estudio sobre los mismos nos permitiría comprender cuál su estado actual, sus aspectos positivos, negativos y los retos del futuro para servir a su principal objetivo, aportar seguridad jurídica.

Aunque este trabajo tenga una perspectiva internacional o europea no se debe obviar la incidencia de toda esta labor en nuestro derecho interno. Con ello, se refuerza la idea de que en el ámbito de la fiscalidad internacional y europea el multilateralismo tiene un rol fundamental para combatir los aspectos perniciosos derivados de la globalización de la economía. De igual forma, se pretende abordar este concepto desde la perspectiva tanto de la seguridad jurídica como de la transparencia, configurándose ambos principios como básicos si se pretende realizar un estudio preciso sobre la incidencia de los *tax rulings* a nivel internacional y europeo.

Los objetivos que se pretenden con este proyecto de investigación es afrontar el estudio de la incidencia de los *tax rulings* en la fiscalidad internacional y europea mediante un método jurídico-propositivo, y destacar la importancia de estos como instrumento jurídico que correctamente utilizado aporta seguridad jurídica. Para ello, se ha dividido el trabajo en varios capítulos que tratan los siguientes aspectos de los *tax rulings*:

1) Delimitación conceptual del término *tax rulings*. No existe una definición concreta sobre este término en el ámbito del Derecho tributario internacional, de manera que en este capítulo se pretende precisar el alcance de esta palabra y su posible clasificación dependiendo de las características de cada *tax ruling*.

2) OCDE y *tax rulings*. A través de este capítulo, se analizará la importancia de los *tax rulings* en el ámbito de la fiscalidad internacional mediante el análisis de la Acción 5 impulsada en el marco del Plan BEPS de la OCDE, que tiene como objetivo mejorar la transparencia y ofrecer una mayor certeza en el tratamiento fiscal aplicable, y que implanta un sistema obligatorio de intercambio de información sobre *tax rulings*.

3) *Tax rulings* y UE. El objetivo de este capítulo será analizar los mecanismos de control que la Unión Europea ha establecido y desarrollado para controlar los *tax rulings*, principalmente a través de dos vías como son, por una parte, la Directiva 2015/2376/UE que establece el intercambio automático de información sobre *tax rulings* y, por otra parte, las investigaciones formales sobre ciertos *tax rulings* realizadas por la Comisión desde la óptica del régimen



jurídico de ayudas de Estado.

4) Tax rulings y seguridad jurídica. La seguridad jurídica es un principio primordial para un correcto funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, y también para la economía porque permite una mayor grado de certidumbre en el comercio o las inversiones. Por consiguiente, en este capítulo investigará la temática de los *tax rulings* como instrumento que aportan seguridad jurídica a los sistemas tributarios.

Todos estos resultados, se pretenden obtener mediante distintas fuentes del Derecho tributario internacional como el Derecho de la Unión Europea, y las normas a nivel internacional procedentes de la OCDE. También, se tomará en consideración el estudio realizado por la doctrina sobre los propios *tax rulings* y las diferentes cuestiones jurídicas que se derivan de su estudio.

Capítulo primero

COMPRENSIÓN Y ALCANCE DE LOS TAX RULINGS

1. TAX RULINGS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CLASIFICACIÓN

El término *tax ruling* es la génesis de este estudio, a partir del cual se desarrollarán los siguientes capítulos. Por este motivo, conviene realizar de forma previa una delimitación conceptual de este término con el objetivo de conocer qué es un *tax ruling*, sus características principales y su finalidad para comprender los diferentes capítulos y apartados de este trabajo.

La primera cuestión sobre la que se debe llamar la atención es sobre la propia utilización del término *tax ruling* porque procede de la lengua inglesa y no tiene



equivalencia en el ordenamiento tributario español, lo que indica la difícil tarea de poder delimitar conceptualmente *tax ruling* en nuestro sistema tributario interno. No obstante, en la versión en castellano de diversos documentos y normas, tanto la OCDE como la UE han traducido el término como “resolución fiscal” o “acuerdo tributario”.

Asimismo, diversos autores han indicado que este término engloba diferentes actuaciones administrativas que pretenden aclarar e interpretar la normativa en un caso concreto a un determinado contribuyente, sin existir un concepto uniforme de este vocablo².

Sin embargo, más allá del conjunto prácticas administrativas que engloba este término jurídico, habría que destacar la ausencia de una definición clara y concisa del mismo, variando su definición según la organización o institución que la realice. Una cuestión que puede comprobarse contrastando, por ejemplo, la definición que la OCDE y la UE realizan de este tipo de acuerdos tributarios³.

² Cfr. MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 30.

³ En el ámbito internacional, la OCDE define un *ruling* como “*decisions or opinions of the tax authorities in respect of actual fact situations which come before it as part of an assessment procedure or in response to taxpayer questions*”, *Glossary of Tax Terms - OECD*, 2021, [Oecd.org](https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm). Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> (último acceso 28 de abril de 2021). En cambio, en el ámbito de la UE los *tax rulings* son definidos como “*any communication or any other instrument or action with similar effects, by or on behalf of the Member State regarding the interpretation or application of tax laws*”, Resolución del Parlamento Europeo,



Las diversas variedades de *tax rulings* existentes actualmente en los sistemas tributarios requieren efectuar una identificación y sistematización a fin de poder realizar una precisa delimitación y categorización de este concepto. Así pues, se podría distinguir entre *tax rulings* formales e informales: los primeros, emitidos dentro de un marco legal definido a través del cual se estipula quién puede plantear este tipo de solicitudes, la información que se debe aportar o sus efectos; los segundos no tienen un procedimiento reglado a través de una norma jurídica⁴. También se podría diferenciar entre *tax rulings* públicos o específicos: los primeros, son aquellos que aclaran o interpretan la normativa por parte de la Administración tributaria sin necesidad de una solicitud concreta y sus destinatarios son todos los contribuyentes; en cambio los segundos se circunscriben a un planteamiento concreto realizado por un contribuyente o grupo de contribuyentes específicos, en virtud del cual se emite una interpretación de la norma tributaria.

Paralelamente, sería posible concretar tres tipos de *tax rulings* dependiendo de sus singularidades como serían: los *advance tax rulings* (en adelante, ATR), *advance pricing agreements* (en adelante, APA) y otros *tax arrangements*. Las dos primeras categorías de *tax rulings* tendrían unas características propias e incluso comunes, mientras que el último apartado albergaría todos aquellos *tax rulings* que no pueden ser

de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares (2015/2066(INI)), pág. 7.

⁴ Cfr. VAN DE VELDE, E. "Tax rulings in the EU Member States", Directorate General for International Policies (Policy Department A: Economic and Scientific Policy), European Parliament, IP/A/ECON/2015-08, PE.563.447, 2015, pág. 27.



encuadrados en ninguna de las dos categorías anteriores.

Respecto a los dos primeros tipos, ATR y APA, que son sobre los que se centra el presente trabajo, habría que destacar la naturaleza previa de estos dos tipos de resoluciones tributarias, aspecto que puede ser utilizado por parte de los contribuyentes de forma indebida y discordante con su finalidad principal de aportar seguridad jurídica en el tratamiento, valoración o tributación de una determinada renta.

Los ATR como tipo de *tax ruling* no son tampoco ajenos a la dificultad de proporcionar una acepción comúnmente aceptada en el contexto internacional y europeo, variando la misma según quien la formule, aunque todas ellas comparten ciertas nociones comunes⁵. Con todo, y a pesar de esta dificultad, se podría destacar el carácter previo de los ATR, la interpretación de la normativa tributaria ajustada a una situación concreta e individualizada, una cierta vinculación de la autoridad encargada de emitir este acuerdo tributario y la procedencia de este tipo de *tax rulings* de una autoridad con competencias otorgadas para dicha finalidad.

En relación con los APA, la OCDE en sus Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias publicadas en julio del año 2017, dedica en

⁵ Sobre la diversidad de connotaciones y definiciones de los ATR *vid. Glossary of Tax Terms, OECD, 2021. Oecd.org*. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> (último acceso 2 de mayo de 2021);



su capítulo IV un apartado a este tipo de acuerdos tributarios que son definidos como aquellos "que determinan, con carácter previo a la ejecución de la operación vinculada, una serie de criterios oportunos (relativos, por ejemplo, al método, los comparables, los ajustes pertinentes y las hipótesis críticas relacionadas con eventos futuros) para la determinación de los precios de transferencia aplicados a estas operaciones, a lo largo de un cierto período"⁶.

Como se puede comprobar, la utilidad de estos acuerdos no es determinar cuantitativamente el valor de una operación, sino dotar a los contribuyentes y a las Administraciones tributarias de un conjunto de criterios, aceptados a nivel internacional por la mayoría de los sistemas tributarios, para facilitar la determinación del precio de mercado adecuado de cada operación entre partes vinculadas.

Ahora bien, aunque uno de los objetivos de los precios de transferencia sea conseguir una paridad en el tratamiento fiscal entre entidades, dependientes e independientes, que operan en un mercado de libre competencia y las posibles ventajas o desventajas fiscales que distorsionarían la posición económica de cada empresa, no se debe obviar, como afirma MORENO GONZÁLEZ, que "la valoración de una operación entre entidades como si se hubiera realizado en condiciones normales de mercado entre partes independientes comporta en sí misma una gran dosis de

⁶ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprise and Tax Administrations*, OECD Publishing, París, 2017 (traducido al castellano por el Instituto de Estudios fiscales en 2018, bajo el título *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*), Cap. IV-214, ap. 4.134.



inseguridad”⁷. Es en este contexto de inseguridad jurídica donde los APA surgen como una solución para reducir esta inseguridad jurídica derivada de procurar una valoración lo más aproximada posible en unas condiciones de plena competencia.

Los APA se inician a instancia del contribuyente y pueden tener diferente sistematización dependiendo de la perspectiva desde la que se analicen. En primer lugar, si se toma en consideración el número de operaciones vinculadas objeto de acuerdo podría distinguirse entre APA generales, cuando todas las operaciones vinculadas en un período concreto de tiempo son incluidas en ese acuerdo, o APA específicos, en aquellas situaciones en los que este tipo de acuerdos únicamente afecten a determinadas operaciones entre partes vinculadas⁸.

Igualmente, se podría efectuar otra categorización en virtud del número de Administraciones tributarias partícipes, pudiendo ser unilaterales, bilaterales o multilaterales. Los APA unilaterales serían aquellos en los cuales una Administración tributaria y un contribuyente de una jurisdicción determinada establecen este tipo de acuerdos sin la participación de otras Administraciones tributarias, aunque ello podría ocasionar que la operación vinculada pudiera tener

⁷ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, op. cit., pág. 34.

⁸ Vid. GÓMEZ REQUENA, J. A., “Las operaciones entre personas y entidades vinculadas. Precios de transferencia”, en MORENO GONZÁLEZ, S. & NOCETE CORREA, F.J. (Dir.), *Introducción a la fiscalidad internacional*, Atelier, Barcelona, 2020, pág. 297.



derivaciones tributarias en otros países y producirse situaciones de doble imposición. En cambio, los APAs bilaterales serían acuerdos en los cuales estarían involucrados dos empresas vinculadas y dos Administraciones tributarias de diferentes Estados. Si este número de partes involucradas aumenta se denominaría APA multilateral. Estos últimos dos tipos de APA, bilaterales y multilaterales, serían preferibles respecto a los APA unilaterales porque permiten un trato equitativo entre todas las partes intervinientes y reduce la posibilidad de que ciertos beneficios empresariales no sean gravados.

Por último, se debe resaltar que los APA, por sus características, no son un tipo de acuerdo al que recurran todo tipo de contribuyentes, sino más bien aquellos contribuyentes que realicen operaciones económicas en un contexto internacional.

2. TAX RULINGS: IMPORTANCIA, NECESIDAD Y RIESGOS

Tras haber realizado una aproximación conceptual del concepto de *tax ruling*, en este apartado se pretende ubicar la importancia de este tipo de acuerdos tributarios en los sistemas tributarios internos y en el contexto de la fiscalidad internacional, así como evaluar la necesidad y posibles riesgos derivados de una utilización inapropiada de los mismos.

La complejidad legal y técnica de los sistemas tributarios ha sido un factor que ha centrado la atención en los últimos años tanto de las Administraciones tributarias como de los contribuyentes. El aumento de la producción normativa con incidencia en la fiscalidad, la globalización, la digitalización económica y la ambigüedad o indeterminación de ciertos conceptos jurídicos son algunas de las causas que nos conducen a



un concepto clave para percatarnos de la importancia y necesidad de los *tax rulings*: seguridad jurídica.

En efecto, en este complicado contexto, los ATR y APA se convierten en herramientas esenciales para que los contribuyentes obtengan certeza sobre las consecuencias tributarias de una actuación concreta, pero también son importantes desde la óptica de la Administración tributaria porque, a través de estos acuerdos, cuando se hacen públicos, se difunde el criterio administrativo sobre una determinada cuestión que permitiría ser aplicado por los contribuyentes en una misma situación de hecho. Además, también contribuyen a aumentar el cumplimiento cooperativo de los contribuyentes, atraer la inversión extranjera, reducción del fraude o elusión fiscal o una menor litigiosidad administrativa y judicial, entre otros aspectos positivos de los mismos.

La relevancia de este tipo de acuerdos a nivel internacional se puede comprobar en el número de *tax rulings* objeto de revisión en el marco de la OCDE/G20, en virtud de la Acción 5 del plan BEPS⁹ y en la UE, a

⁹ Hasta el 31 de diciembre de 2019, las jurisdicciones objeto de revisión habían emitido casi 20000 *tax rulings* en el ámbito del marco de transparencia. Esta es la cifra acumulada, incluidas algunas resoluciones anteriores emitidas desde 2010. En 2019, las 124 jurisdicciones revisadas emitieron más de 2000 resoluciones fiscales en el ámbito del marco de transparencia. *Vid.* OECD, *Harmful Tax Practices – 2019 Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020, pág. 9.



consecuencia de la Directiva 2015/2376¹⁰. Desde una óptica jurídica, los *tax rulings* permiten mejorar la relación entre Administración tributaria y contribuyente, mediante la denominada relación mejorada (*enhanced relationship*) entre ambas partes, esto es, una relación horizontal centrada en una colaboración fundamentada en una confianza mutua, en lugar de obligaciones exigibles. Por lo tanto, los *tax rulings*, son también un mecanismo que pueden asistir a otros fines como la mejora en la eficiencia del sistema tributario, la gestión del control de riesgos fiscales o el cumplimiento cooperativo.

No obstante, a pesar de los indudables beneficios que los *tax rulings* producen en los sistemas tributarios, en los últimos años, la OCDE y UE han tratado de aumentar el control sobre ATR y APA con la intención de luchar contra la competencia fiscal perjudicial entre Estados. En esta competencia interestatal los Estados pretender atraer a determinados contribuyentes, normalmente grandes grupos empresariales, para generar un gran impacto económico en los Estados, siendo los *tax rulings* un instrumento jurídico que pueden servir para este fin¹¹.

¹⁰ En el año 2017, en la Unión Europea el número de *tax rulings* intercambiados entre Estados miembros fue de 17652, en cambio en el año 2015 únicamente habían sido objeto de intercambio 113 *tax rulings*. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre evaluación de la Directiva 2011/16, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, SWD (2019) 328 final, pág. 22.

¹¹ Un claro ejemplo de este tipo de usos indebidos de *tax rulings* por parte un Estado es el denominado escándalo *Luxleaks*. Este nombre alude a la información publicada por el Consorcio Internacional de Periodistas en noviembre del año 2014, una investigación que revelaba que la Administración tributaria luxemburguesa había otorgado más de 500 *tax rulings* que reducían considerablemente la carga fiscal de



Es en estas situaciones donde determinados *rulings* han evidenciado ser un riesgo para la deslocalización de bases imponibles a Estados donde la Administración tributaria emite este tipo de acuerdos sin ningún tipo de publicidad y otorgando una tributación favorable respecto a otros contribuyentes. De ahí que el aumento en la transparencia de *tax rulings* haya tenido un gran impulso en el seno de la OCDE y la UE, mediante múltiples medidas como el aumento de control de los *tax rulings* en virtud de los intercambios de información entre Administraciones tributarias.

Capítulo segundo

TAX RULINGS EN EL CONTEXTO OCDE

1. MARCO PRELIMINAR

empresas multinacionales entre los años 2002 a 2010. En este sentido, esta revelación causó un gran impacto político y social porque la imposición efectiva de estas multinacionales distaba sustancialmente del pagado por una empresa competidora en el mismo país, por lo que, en el ámbito europeo, por las connotaciones políticas y sociales, se pusieron en marcha nuevas acciones para aumentar la transparencia y supervisar el uso de los *tax rulings*. Este hecho también sirvió para impulsar y agilizar los trabajos para aprobar la Directiva 2015/2376/UE que implantaba un mecanismo de intercambio automático de información sobre *tax rulings* y APA en el seno de la UE. En el marco de la OCDE, este escándalo también sirvió como estímulo para incluir una propuesta de intercambio de información en su Plan de Acción BEPS mediante la Acción 5 del citado Plan.



Uno de los conceptos clave, o quizás el más importante, para comprender la relevancia adquirida por la competencia fiscal entre Estados y, por ende, de los *tax rulings* desde finales del siglo XX hasta nuestros días, ha sido la globalización económica. En efecto, diferentes estudios que han tratado sobre la competencia fiscal entre Estados de forma directa o indirecta coinciden en advertir que, dejando a un lado las indudables consecuencias desde un espectro económico, los efectos de la globalización en el ámbito tributario implicaron que los sistemas tributarios estatales tuvieran que adaptar su concepción reguladora eminentemente nacional a un nuevo paradigma. En definitiva, se debía "alinear" la realidad económica, que había experimentado un gran avance debido a diversos factores¹², a la esfera tributaria donde apenas existía una normativa adecuada a este nuevo contexto económico.

Esta creciente interrelación entre los diferentes sistemas tributarios estatales propició una creciente competencia fiscal entre Estados¹³, que trataban de captar inversiones y capital extranjero, con la intención de experimentar un mayor crecimiento económico. La

¹² Estos factores son diversos pero podrían destacarse, entre otros, los siguientes: libre circulación de capitales, internacionalización de los flujos comerciales, desarrollo tecnológico, posibilidad de inversiones internacionales. Entre las prácticas asociadas de forma negativa a la competencia fiscal interestatal podría señalarse el empleo de una reducción de tipos impositivos de las rentas que se pretenden atraer (*race to the botton*).

¹³ Téngase en cuenta que siguiendo a MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, op. cit., pág. 45, esta competencia fiscal se lleva a cabo principal y exclusivamente en factores económicos móviles como el capital y las actividades económicas.



competencia fiscal entre Estados *per se* no es negativa¹⁴, es más, incluso puede tener aspectos positivos como sería la racionalización del gasto público o un aumento en la competitividad de las empresas que operan a nivel internacional debido a la reducción de los costes de producción.

Ahora bien, la distinción entre la competencia fiscal lícita y perjudicial no es una tarea sencilla debido a que, como se ha señalado *supra*, no en todas las situaciones la competencia fiscal interestatal es negativa, debido a que cada país dentro de su soberanía estatal puede diseñar el sistema fiscal que estime apropiado. Este matiz nocivo de la competencia fiscal entre Estados emerge cuando el sistema tributario de un territorio determinado implementa unas políticas fiscales agresivas que merman las bases imponibles de otros Estados.

Una vez identificado el problema que puede implicar la competencia fiscal nociva entre Estados, resulta imprescindible introducir unos criterios que permitan identificar este tipo de competencia perjudicial, debido a la amplitud de prácticas y políticas fiscales que podrían ser catalogadas bajo este término. En este escenario a nivel internacional, la OCDE ha tratado de identificar y contrarrestar los efectos perniciosos de la competencia fiscal perjudicial entre Estados, y por consiguiente de

¹⁴ Esta competencia fiscal entre Estados es algo ineludible, debido a que según expresa LAMPREAVE MÁRQUEZ "estas diferencias son causa de la disparidad en los niveles de desarrollo existentes en el mercado internacional que alimenta ineludiblemente diferentes niveles de imposición". LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "La competencia fiscal entre Estados", *Unión Europea Aranzadi*, nº 4, 2009, págs. 19-27,



los *tax rulings*, debido a la estrecha conexión entre ambos conceptos.

2. TAX RULINGS EN EL ESCENARIO PREVIO A BEPS

Desde un prisma internacional, la OCDE a finales del siglo pasado inició una estrategia para hacer frente a los problemas derivados de la competencia fiscal perjudicial entre Estados, mediante la cual se intentaba ofrecer un enfoque y una acción multilateral ante la falta de medidas de carácter unilateral de cada Estado¹⁵.

Esta actuación de la OCDE tuvo su primer hito en la elaboración de un Informe elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales, publicado en abril de 1998 bajo el título *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*¹⁶ (en adelante, el Informe de 1998). Este Informe de 1998 fue implementado jurídicamente mediante una recomendación, es decir, carecía de carácter vinculante jurídicamente para los Estados integrantes de la OCDE, pero sin embargo tuvo gran repercusión por sus efectos en la política fiscal en la mayoría de los países miembros de esta organización, pese a su forma jurídica de "soft law"¹⁷, e incluso también para aquellas

¹⁵ Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria" en COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.), *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 346.

¹⁶ OECD *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, 1998.

¹⁷ Este término hace referencia a una nueva fuente del Derecho Internacional Tributario que reúne una amplia diversidad de instrumentos con diversas características, aunque sí se pueden identificar unas notas comunes como son: por un lado, su carácter no vinculante y, por otro lado,



jurisdicciones ajenas a la OCDE, pero implicadas directamente para conseguir unos resultados eficaces.

El objetivo de este Informe no era conseguir la uniformidad de todos los sistemas tributarios nacionales, ya que como reconoce la OCDE las diferencias entre el nivel y estructura de los impuestos son decisiones políticas de cada gobierno dentro su soberanía estatal¹⁸. Por lo que el propósito del informe de 1998 sería, como manifiesta MARTÍN LOPEZ, "acabar con aquellas prácticas fiscales que, estando diseñadas exclusivamente para captar inversiones, rentas o patrimonios, erosionan en profundidad las economías de los Estados que sufren la deslocalización de su riqueza"¹⁹, en definitiva, se pretendían identificar las prácticas fiscales perjudiciales derivadas de la competencia fiscal interestatal, así como desarrollar medidas destinadas a eliminar o atenuar los efectos negativos de estas prácticas dañinas para los Estados.

En particular, en su capítulo segundo, trata de determinar las características o aspectos principales sobre dos áreas de la fiscalidad internacional que tienen

su capacidad para desplegar efectos jurídicos en virtud del consentimiento de los Estados. Sobre esta cuestión, *vid.* LUCHENA MOZO, G. M., "Fuentes tradicionales del Derecho tributario internacional y de la UE. Nuevos estándares internacionales de respuesta a fenómenos globales", *Quincena Fiscal*, nº 20, 2017, págs. 21-64.

¹⁸ *Vid.* OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, aps. 27-28.

¹⁹ MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria", *op. cit.*, pág. 347.



gran relevancia desde la perspectiva de la competencia fiscal entre Estados: los paraísos fiscales y los regímenes tributarios preferenciales.

Centrándonos en los regímenes tributarios preferenciales identificados como el conjunto de prácticas tributarias que, determinados países incluyen en sus sistemas tributarios estatales reconocidos por poseer un elevado nivel impositivo general, proporcionan un tratamiento fiscal favorable a ciertos tipos de rentas, renunciando a su tributación o realizándose la misma a unos niveles impositivos mínimos.

A grandes rasgos, para que un determinado régimen fiscal sea considerado como realmente dañino en la práctica, se debería realizar un triple análisis del régimen debiendo seguir los criterios elaborados y expuesto por la OCDE para cada una de las fases de evaluación.

Adicionalmente, se procedió a crear un organismo dependiente del Comité de la OCDE denominado *Forum on Harmful Tax Practices* (en adelante, FHTP), con el objetivo de crear un foro donde se pueda dialogar sobre los problemas derivados de las prácticas fiscales perjudiciales y controlar la adopción de las recomendaciones derivadas del Informe²⁰.

El FHTP en el año 2004, publicó una Guía de aplicación consolidada del Informe de 1998²¹ para ayudar a los países miembros y no miembros de la OCDE a evaluar si sus regímenes son potencialmente dañinos, y eliminar ese tipo de prácticas perjudiciales.

²⁰ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, 1998, págs. 52-53, ap. 139.

²¹ OECD, *Consolidated Application Note – Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes*, Paris, 2004.



En materia de *tax rulings*, esta Guía de aplicación dedica un capítulo completo a los *tax rulings*²², como una práctica fiscal que puede ser perjudicial, utilizando los cuatros factores claves del Informe de 1998 para identificar y evaluar regímenes fiscales perjudiciales²³.

La dedicación de un capítulo completo a los *tax rulings* en esta Guía sobre la aplicación consolidada del Informe de 1998 manifiesta que, en una faceta alejada de sus aspectos positivos, los *tax rulings* podrían para atraer capital móvil internacional a una jurisdicción constituyendo una práctica fiscal perjudicial, según se define según los criterios del Informe de 1998. De ahí que, desde los inicios de los trabajos iniciados en la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial, los *tax rulings* han sido considerados como una materia esencial sobre la cual se debían desarrollar diferentes medidas para contrarrestar sus posibles efectos negativos sobre la fiscalidad internacional.

En consecuencia, los trabajos realizados por el FHTP en materia de competencia fiscal perjudicial, en un escenario previo a BEPS, se centraron en dos ámbitos: la transparencia y el intercambio de información.

Desde la óptica de los *tax rulings* en una época anterior a BEPS, se debe recalcar la temprana identificación como una posible práctica fiscal perjudicial debido a la

²² OECD, *Consolidated Application Note – Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes*, OCDE Publishing, Paris, 2004, Capítulo V: *Rulings*, págs. 47-60.

²³ Los cuatro factores claves eran: nula o baja tributación, estanqueidad subjetiva u objetiva, falta de transparencia, inexistencia de intercambio de información.



falta de transparencia de las Administraciones tributarias en su utilización. Por esta razón, la OCDE recomendaba que se hicieran públicas las condiciones para conceder, denegar o revocar tales decisiones, así como toda aquella información que contribuya a su identificación como práctica fiscal perjudicial para que los Estados puedan adaptarse a los estándares establecidos por la OCDE.

3. BEPS, TAX RULINGS Y COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL

3.1. Transición desde los primeros hitos hasta BEPS: un nuevo enfoque frente a la competencia fiscal perjudicial

Tras la publicación del Informe de 1998, la OCDE había elaborado y publicado varios documentos abordando la problemática derivada de la competencia fiscal perjudicial, centrándose en dos áreas como son los paraísos y regímenes fiscales preferenciales.

Sin embargo, partir del año 2007, los trabajos de la OCDE priorizaron los paraísos fiscales con la finalidad de alcanzar unos estándares internacionales mínimos de transparencia e intercambio de información que permitieran un fiscalidad equilibrada y justa²⁴, alejándose los trabajos en el objetivo de progresar sobre asuntos relacionados con regímenes fiscales preferenciales

Por otra parte, se debe tener en consideración que con carácter previo a BEPS, desde el año 2008 se estaba produciendo una crisis económica y financiera sin

²⁴ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, op. cit., pág. 79.



precedentes recientes en los diferentes Estados. Este hecho suscitó la necesidad por parte de los países de garantizar una mayor eficiencia de los sistemas tributarios mediante una mayor estabilidad en las economías públicas, y un ajuste en los niveles impositivos que sean respetuosos con la soberanía tributaria de cada territorio.

En este entorno internacional, el proyecto BEPS surge en el ámbito de la OCDE/G-20 como consecuencia de las nuevas tendencias fiscales derivadas de una globalización que en estos últimos años ha incorporado un nuevo protagonista en la fiscalidad internacional: la digitalización de la economía con motivo del profundo desarrollo tecnológico producido en este ámbito en los inicios del siglo XXI. Además, en este escenario las Administraciones Tributarias han identificado que, si bien es cierto que los Convenios para evitar la Doble Imposición han sido un instrumento efectivo para evitar la doble imposición, el uso inadecuado de este tipo de Convenios por parte de empresas multinacionales ha originado supuestos de doble no imposición o menor tributación, apartándose de su propósito principal.

Por todos estos motivos, expuestos de manera sucinta, los miembros del G-20 en noviembre del año 2012 solicitaron a la OCDE un informe que evaluara la situación de la tributación de las sociedades desde la óptica de la fiscalidad internacional. Este informe debía evaluar la problemática producida por la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a jurisdicciones con una tributación más favorable, problemas identificados con las siglas BEPS por su denominación anglosajona.

Tras unos meses de trabajo, la OCDE en febrero del año 2013 presentó un primer Informe denominado



*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*²⁵, a través del cual se pretendía ofrecer una perspectiva de todas aquellas cuestiones que intervenían en las áreas que el Plan BEPS quería abordar, y así poder establecer medidas coherentes para afrontar los problemas derivados de un sistema fiscal internacional que parecía haber quedado anticuado frente a nuevas prácticas económicas.

Posteriormente, la OCDE en julio del 2013 hizo público el Plan de Acción titulado *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*²⁶, que supone el nacimiento del proyecto BEPS con el objetivo de lograr unos estándares a nivel internacional para evitar supuestos de lagunas o vacíos normativos surgidos por la falta de coordinación entre las normativas tributarias de los Estados. Otras cuestiones importantes para el Plan BEP son erradicar las situaciones de doble no imposición y facilitar una mejor alineación de la tributación con la actividad económica real.

A tal efecto, este Plan de Acción BEPS determinaba 15 acciones que deben implementarse para reducir los problemas identificados. A su vez, estas 15 acciones pueden ser agrupadas en tres objetivos o pilares:

-Mejora de la transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad.

-Aumento de la coherencia normativa interna de los Estados en relación con actividades transfronterizas.

-Reajustar el criterio actividad sustancial, adaptándose a los nuevos modelos empresariales y la evolución tecnológica.

²⁵ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013.

²⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013.



De todas estas acciones introducidas, y los efectos del ámbito de este trabajo de los *tax ruling* en la fiscalidad internacional, se debe centrar el interés en la Acción 5 cuyo título es "combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia"⁴⁹, que suponen una renovación y redefinición de los trabajos en materia de competencia fiscal perjudicial iniciados por el Informe de la OCDE publicado en 1998.

3.2. Acción 5 del proyecto BEPS

La competencia fiscal perjudicial es un asunto que centra el interés del proyecto BEPS debido a la indudable conexión existente entre el traslado de beneficios por parte de ciertos contribuyentes y la competencia fiscal entre Estados. Este primer fenómeno se produce porque existen diferencias fiscales entre los sistemas tributarios estatales que incentivan estas situaciones²⁷.

En este sentido, la Acción 5 del plan BEPS²⁸ (en

²⁷ Cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", en RAMOS PRIETO, J. (Coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 229.

²⁸ El Informe definitivo sobre esta Acción 5 se aprobó en octubre del año 2015. Vid. OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Considering Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.



adelante, el Informe final de la Acción 5) se ha centrado en actualizar los trabajos realizados desde el año 1998 por la OCDE, concentrando principalmente todos los esfuerzos en dos aspectos como son la mejora de la transparencia, fundamentalmente a través del intercambio de información de ciertos *tax rulings*, y el desarrollo del criterio de actividad económica sustancial en relación con la aplicación de este criterio en el contexto de intangibles.

Desde la óptica de una mejora de la transparencia, como una de las prioridades de la Acción 5 del Plan BEPS, el intercambio de información de estos acuerdos tributarios se ha revelado como un elemento fundamental en los trabajos sobre competencia fiscal perjudicial en BEPS.

3.2.1. Mejora de la transparencia como aspiración esencial y *tax rulings*

La mejora de la transparencia de los regímenes fiscales abordada en la Acción 5 del Plan BEPS, se centra en soluciones que tienen como objeto aumentar la seguridad jurídica en la aplicabilidad de un régimen fiscal y tener conocimiento de la existencia de acuerdos tributarios que pueden perjudicar al sistema tributario del Estado de residencia del contribuyente al que se le ha concedido el *ruling*. Este sistema obligatorio de intercambio de información espontáneo sobre *rulings* específicos es una medida ambiciosa, si se comprueba que el intercambio de información no solo abarca a los *tax rulings* que versan sobre la aplicación de un régimen preferencial, sino que también engloba a todos aquellos *tax rulings* que conlleven “riesgos BEPS”.

El intercambio obligatorio y espontáneo de información comprende aquellas situaciones en las que un Estado



obtiene información de carácter fiscal que podría ser relevante para otro Estado y se suministra *motu proprio* sin necesidad de solicitud previa. La introducción del matiz obligatorio reduce las posibilidades de una cierta discrecionalidad por parte de la autoridad fiscal, "obligándose" al intercambio información cuando se cumplan los parámetros y supuestos estipulados por la Acción 5.

De esta manera, se aspira a que las Administraciones Tributarias del país de residencia del contribuyente, al que se le ha otorgado un *tax ruling*, pudiera aplicar medidas unilaterales para contrarrestar el efecto del *ruling*.

En estos casos, no se pretende que un Estado modifique su normativa, ya que este intercambio de información *per se* no soluciona los efectos nocivos derivados de la aplicación de estos regímenes preferenciales, sino que como señala LÓPEZ RODRÍGUEZ "respecto de las autoridades fiscales que se vieran perjudicadas, dispondrán de los datos tributarios necesarios para aplicar sus normas de defensa. Esto les permitiría hacer efectiva su propia jurisdicción de forma que su soberanía fiscal se haría materialmente efectiva. Las normas anti-abuso que pudieran diseñar resultarían eficaces puesto que sería posible constatar los supuestos de hecho que determinarían su aplicación"²⁹.

En consecuencia, el intercambio de información sobre *rulings* se configura un medio para lograr que las autoridades fiscales de un país determinado puedan mitigar los efectos de determinadas prácticas fiscales

²⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", *op. cit.*, pág. 239.



perjudiciales de otros países, así como a la contribución del establecimiento de una competencia fiscal entre Estados justa y libre.

Una vez identificado que la principal medida que introduce la Acción 5 del Plan BEPS para aumentar la transparencia de los regímenes tributarios es implantar un sistema obligatorio de intercambio de información espontáneo sobre ciertos *rulings* específicos, se requiere conocer la definición de *tax ruling* en el ámbito del proyecto BEPS con el fin de precisar que *tax rulings* deben ser objeto de intercambio de información a los efectos del proyecto BEPS.

A este respecto, el Informe final de la Acción 5 define *tax ruling* como "cualquier consejo, información o compromiso suministrado por una autoridad fiscal a un contribuyente específico o grupo de contribuyentes en los que se refiere a sus situaciones fiscales y sobre el cual está autorizado a basar su conducta"³⁰, tras esta amplia definición podrían incluirse tanto *rulings* generales, como *rulings* específicos, siendo únicamente aplicable el sistema obligatorio de intercambio de información espontáneo a los *rulings* específicos, es decir aquellos *rulings* a través de los cuales un contribuyente concreto está autorizado a aplicar la normativa tributaria según la resolución emitida por la autoridad competente.

Este último aspecto, el intercambio espontáneo obligatorio de información únicamente sobre *rulings* específicos, podría responder a un enfoque pragmático por parte de la OCDE/G20 debido a que se pretendía encontrar un equilibrio entre una mayor transparencia

³⁰ OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pág. 51, ap. 95.



y no imponer una carga administrativa excesiva para las autoridades fiscales ³¹⁵⁵; sin ese grado de especificidad sería muy complicado establecer un nexo que permitiera identificar de forma eficaz los datos y el país objeto de intercambio de información³².

3.2.2. Tax rulings específicos comprendidos en el intercambio de información

El Informe final de la Acción 5 determina los tipos de *rulings* específicos que deben ser objeto de intercambio de información, con la clara intención de concretar de una manera lo más precisa posible que *rulings* deben obligatoriamente intercambiarse, limitando la capacidad de apreciación subjetiva por parte de las Administraciones tributarias sobre si los datos son trascendentes para la soberanía fiscal de otro Estado.

Los *tax rulings* específicos que deben ser objeto de intercambio espontáneo obligatorio de información son los siguientes:

- a) *Rulings* relacionados con regímenes fiscales preferenciales.
- b) *Rulings* previos sobre valoración de precios de transferencia de carácter unilateral transfronterizo u otros *tax rulings* unilaterales en el mismo ámbito.
- c) *Rulings* transfronterizos que permiten un ajuste

³¹ OCDE/G20, Acción 5 – Informe Final 2015, pág. 59, ap. 130.

³² LAMPREAVE MÁRQUEZ, P, “Acción 5. Eliminar las prácticas fiscales abusivas reforzando la transparencia y la sustancia”. en RAMOS PRIETO, J. (Coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 213.



unilateral a la baja de los beneficios de un determinado contribuyente y no es incluido en los estados financieros de la entidad.

d) *Rulings* sobre la existencia o ausencia de un establecimiento permanente, y/o a la atribución de beneficios atribuida por parte del Estado que emite el *ruling*.

e) *Rulings* sobre sociedades canalizadoras de renta.

f) Cualquier otro *ruling* cuya falta de intercambio de información espontáneo pudiera provocar riesgos identificados en BEPS. Este último apartado, a modo de precaución, trata de ampliar el alcance de la obligación de intercambiar información de manera espontánea a posibles *rulings* que no tienen encaje en ninguno de los anteriores apartados, pero que suponga un riesgo desde la óptica del proyecto BEPS.

3.2.3. Cauces jurídicos para efectuar el intercambio espontáneo y obligatorio de información sobre *tax rulings* específicos

Expuestos con anterioridad los *tax rulings* específicos que deben ser intercambiados entre Administraciones tributarias no se debe obviar que, el intercambio de información es un modo de cooperación o asistencia administrativa entre Estados, por lo que requiere una habilitación legal o jurídica para que la obtención y transmisión de datos legitimen jurídicamente la utilización de la información obtenida por la Administración tributaria receptora de los datos.

Sin embargo, aunque el intercambio de información es uno de los elementos clave para lograr una mayor transparencia del Plan BEPS, será cada Estado, en virtud de los diferentes instrumentos jurídicos a nivel internacional que habilitan el intercambio de información, quien decida como implementar el estándar establecido por la OCDE sobre ciertos *tax*



rulings.

En la esfera internacional, dejando a un lado los instrumentos jurídicos derivados del en el ámbito la Unión Europea, existen varios mecanismos para legitimar jurídicamente el intercambio de información:

1º. Convenio de doble imposición con una cláusula de intercambio de información que puede seguir tanto el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE³³ como el de la ONU³⁴. Priorizando la atención en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (en adelante, MC OCDE) que en su artículo 26 introduce la posibilidad de intercambiar información entre las partes que han suscrito el Convenio. Las diferentes modalidades de intercambio de información previstas para dicho fin en el MC OCDE son: previo requerimiento, automáticamente, espontáneo.

2º. Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria³⁵, este Convenio es otro mecanismo que puede ser utilizado para intercambiar espontáneamente *tax rulings*. El artículo 7 del citado Convenio incorpora el intercambio espontáneo de información entre “partes” como un modo de intercambiar, estipulando cinco circunstancias

³³ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing, Paris 2019.

³⁴ UNITED NATIONS, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, New York, 2017.

³⁵ OECD/COUNCIL OF EUROPE, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol*, OECD Publishing, Paris, 2011



o supuestos de hecho en los cuales la información se remitirá a la otra "parte".

3º. Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de 2002³⁶, donde solo se contempla como modalidad de intercambio de información la solicitada previo requerimiento, según establece el artículo 5 del citado Convenio, quedando este instrumento jurídico vedado para intercambiar la información de forma espontánea sobre *tax rulings* específicos. Como se puede observar, este modelo ha quedado desfasado respecto a las nuevas modalidades de intercambio de información, tanto al intercambio de información automático³⁷ como el espontáneo. En virtud de lo anterior, y con el objetivo de adaptarse a las nuevas fórmulas de cooperación administrativa entre Estados en 2015 se publicó un Modelo de Protocolo³⁸ que permite ampliar el alcance de un acuerdo de información tributaria incluyendo el intercambio automático y espontáneo de información.

Todos estos cauces jurídicos para transmitir la información plantean una interesante cuestión, la importancia de utilizar instrumentos jurídicos adecuados a nivel internacional, e interno, que legitimen el intercambio de información entre administraciones tributarias, para ello la Administración

³⁶ OECD, *Agreement on Exchange of Information in Tax Matters*, OECD Publishing, Paris, 2002.

³⁷ Vid. SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E., "La transmisión automática de información. ¿hacia un estandar global de intercambio de información?", *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 11, 2016, pág. 165-182.

³⁸ OECD, *Model Protocol for the Purpose of Allowing the automatic and Spontaneous Exchange of Information under a TIEA*.



tributaria que identifica que existe un *tax ruling* específico o APA que podría ser objeto de intercambio espontánea y obligatorio, en virtud de la Acción 5 del Plan BEPS, debería realizar una doble verificación. Primeramente, se necesitaría evaluar si ese *ruling* o APA se encuentra incluido en el marco de actuación de la Acción 5 del Plan BEPS, posteriormente se debería examinar cual es la jurisdicción receptora y determinar el instrumento jurídico adecuado para remitir la información.

En este esquema de intercambio de información implantando por en el seno de la OCDE, tanto el plan BEPS como el instrumento jurídico utilizado para transmitir la información son indispensables, y en consecuencia no se debería ignorar que sin la base jurídica adecuada³⁹, garante de unos mínimos requisitos legales, se pueden suscitar cuestiones problemáticas relacionados con la legitimidad en el uso de esa información o su tratamiento.

De igual forma, estos instrumentos jurídicos que sirven para articular el intercambio de información deben ajustarse a un marco de confidencialidad de los datos intercambiados, debiendo el país que recibe la información garantizar un tratamiento de los datos en

³⁹ En relación con esta cuestión, aparte de que la modalidad de intercambio espontáneo de información debe estar prevista en el instrumento jurídico utilizado, la información transmitida debe ajustarse a algunos de los supuestos fijados que habilitan el citado intercambio de información. Por este motivo, sería recomendable incluir en las cláusulas de los instrumentos jurídicos un supuesto específico dedicado a los *tax ruling* o supuestos más genéricos que permitan una interpretación más flexible.



un marco normativo adecuado. En consecuencia, se contienen cláusulas, tanto en los Convenios como en otros instrumentos jurídicos de intercambio de información, de confidencialidad y secreto tributario que delimitan el uso de los datos recibidos sobre hechos y personas concretas.

3.2.4. ¿Qué países reciben la información?

Los *tax rulings específicos* objeto de intercambio de información de conformidad con la Acción 5 del Plan BEPS, deberán ser enviados a todas aquellas jurisdicciones que puedan ser afectadas por el contenido del *ruling*. Sobre este aspecto, el Informe final de la Acción 5, indica que con carácter general se debería remitir la información a los siguientes Estados:

- Los países de residencia de todas las partes vinculadas⁴⁰ con las que el contribuyente realice una operación por la que se concede un *ruling*, o se derive una renta para las partes vinculadas que han sido beneficiadas por un trato fiscal preferente.
- El país de residencia de la matriz dominante y la compañía matriz inmediata.

A continuación, el Informe final de la Acción 5 detalla las reglas o particularidades que deben ser consideradas para conocer los países receptores de la información, según el *tax ruling* específico objeto de

⁴⁰ El umbral para considerar que dos entidades son vinculadas se establece en un 25%, en consecuencia, dos sociedades serían consideradas vinculadas si una de ellas participa en la otra, directa o indirectamente, en al menos en un 25% de su capital o de los derechos de voto. Esta vinculación podría alcanzarse también cuando una tercera entidad posea, directa o indirectamente, el 25% del capital o de los derechos de votos de las dos entidades.

intercambio de información espontáneo y obligatorio.

3.2.5. Datos y procedimiento para intercambiar la información

El procedimiento para intercambiar información diferencia entre dos fases con la finalidad principal de conseguir un equilibrio entre no aumentar la carga administrativa sobre las administraciones tributarias y ser un mecanismo efectivo para aumentar transparencia. En consecuencia, en una primera fase, la Administración tributaria del país que ha otorgado un *ruling* específico, remite la información y resumen básico del *ruling* utilizando una plantilla o modelo estándar⁴¹ que agiliza el proceso, pero como destaca FERRAZ CORELL “los compromisos asumidos en este ámbito no suponen que deba intercambiarse los *rulings* propiamente dichos a los países interesados”⁴², de modo que en esta primera fase no se remite el propio

⁴¹ La información mínima que se debe incluir en esta primera fase es la contenida en el anexo C del Informe final de la Acción 5, entre la que se incluye entre otros la siguiente información: fecha de emisión del *ruling*, resumen de su contenido, tipo de *ruling*, así como unas breves instrucciones para su cumplimentación. En este sentido, *Vid.* Informe final de la Acción 5, págs. 81-86.

⁴² FERRAZ CORELL, G., “La potenciación del intercambio de información entre autoridades tributarias: intercambio de *rulings* y documentación de Transfer Pricing”, en ALMUDÍ CID, J. M., FERRERAS GUTIÉRREZ J. A., y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA P. A. (Dirs.), *El plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 406.



ruling.

Este primer envío de información permite a la Administración tributaria receptora de los datos analizar las posibles repercusiones tributarias negativas derivadas de la concesión de un *tax ruling* específico, y con posterioridad, se podrían solicitar datos adicionales, e incluso el solicitar el *ruling* completo, mediante la modalidad de intercambio de información previo requerimiento.

3.2.6. Buenas prácticas y ejecución de la Acción 5

En este último apartado, a modo de cierre de este capítulo, se pretende poner de relieve el grado de ejecución la Acción 5 del Plan BEPS y que la misma, aparte de implantar un sistema obligatorio de intercambio espontáneo de información, diseña un paquete de buenas prácticas con el fin de consolidar el progreso que supone este sistema de intercambio de información en la esfera de la OCDE.

Estas prácticas recomendables para los países comprenden un ámbito de aplicación aún más amplio al determinado para el intercambio de información, puesto que son aplicables tanto a *rulings* generales, siempre que sean transfronterizos, como específicos, excepto si las propias recomendaciones realizan una distinción entre *rulings* específicos para un contribuyente, APA y *rulings* generales.

Este conjunto de buenas prácticas se organizan en tres bloques diferentes en función del ámbito sobre el cual se proyectan las recomendaciones:

- I. Procedimiento para la concesión de un *ruling*.
- II. Validez de los *rulings* y posteriores procedimientos de control.



III. Publicación e intercambio de información.

Descrito de manera sucinta las buenas prácticas recomendadas a los Estados en relación con la acción 5, es necesario conocer el estado actual en el grado de implementación del mecanismo de intercambio de información de *tax rulings* que incorporaba esta Acción. Para ello, se analizarán los datos que la OCDE publica anualmente como resultado de la evaluación de implementación de este estándar mínimo del Plan BEPS, mediante un procedimiento *peer review*⁴³ dentro del denominado marco de transparencia.

En este sentido, recientemente, la OCDE en febrero del año 2021 ha publicado un acuerdo en el proceso de *peer review*⁴⁴ para mantener y reforzar aún más la transparencia de los *tax rulings* para el período 2021-2025, que introduce mejoras en los términos de referencia para evaluar la implementación del estándar mínimo y una metodología simplificada.

Centrándonos en la ejecución y en los datos del intercambio de información de *tax ruling*, según el último *Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings* del año 2019, publicado el

⁴³ OECD, BEPS Action 5 on Harmful Tax Practices – Terms of Reference and Methodology for the Conduct of the Peer Reviews of the Action 5 Transparency Framework, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, 2017.

⁴⁴ OECD, *BEPS Action 5 on Harmful Tax Practices – Transparency Framework: Peer Review Documents*, OECD, Paris, 2020.



15 de diciembre del año 2020⁴⁵, alrededor de 130 jurisdicciones se han sometido al último *peer review* para evaluar su cumplimiento con el marco de transparencia, lo que indica que un gran número de países han optado por querer alcanzar un marco de transparencia mínimo a nivel global.

Si se compara el número de jurisdicciones, 44, objeto de revisión en el primer *peerreview* del año 2016⁴⁶ ⁸³ y el número de jurisdicciones, 124, revisadas en al año 2019, parece que los Estados han observado la implementación de este estándar mínimo como una herramienta beneficiosa para sus sistemas tributarios estatales. En este sentido, es llamativo como, en el *peer review* del año 2017⁴⁷ con 92 jurisdicciones objeto de revisión, fueron objeto de intercambio de información 14000 *tax rulings*, cuando las cifras de los años anteriores y posteriores muestran una media de intercambio entre 6000–7000 *taxrulings* anuales.

Respecto a nuestro país, indicar que desde los inicios de la ejecución de la Acción 5 del Plan BEPS ha formado parte de las jurisdicciones que han intercambiado información. El número de *tax rulings* intercambiados ha ido oscilando año a año, siendode 218 en el 2016,

⁴⁵ OECD *Harmful Tax Practices – 2019 Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2020.

⁴⁶ OECD, *Harmful Tax Practices - Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2017.

⁴⁷ OECD, *Harmful Tax Practices – 2017 Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2018.



89 en el 2017 y de 170 en el 2019, cifra esta última que destaca si se compara con los *tax rulings* intercambiados por Estados Unidos, 38. En relación con las jurisdicciones con las que se ha intercambiado información, y basándonos en los datos del *peer review* del año 2019, se puede apreciar cómo, aunque la mayoría de las jurisdicciones con las que se han intercambiado *tax rulings* sean, a su vez, Estados miembros de la UE, existe un alto grado de cooperación entre estos países no solo por los trabajos de la UE, sino también por los trabajos de la Acción 5 del Plan BEPS.

Por último, no se puede pasar por alto que, más allá de la implementación efectiva de la Acción 5 del Plan BEPS, la OCDE ha diseñado un sitio web⁴⁸ que permite acceder a la información sobre la Acción 5 en particular, y del Plan BEPS en general, de un modo sencillo, elemento que incide directamente en la transparencia y acceso a la información de todos los ciudadanos, aspecto el de la transparencia que la OCDE propugna en muchas de sus propuestas y que parece querer ser la primera en dar ejemplo sobre ello.

Capítulo tercero

TAX RULINGS DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La repercusión y efectos de la globalización, señalados en el capítulo anterior en la esfera internacional, tampoco han sido ajenos en el ámbito de la UE. Es más,

⁴⁸ <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action5/>
(último acceso 23 de junio de 2021)



este fenómeno económico tiene mayor grado de relevancia en el ámbito europeo, debido a los objetivos perseguidos por esta organización internacional que aspira a ofrecer a sus ciudadanos “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia” según establece el artículo 3.2 del Tratado de la UE.

A este respecto, desde una perspectiva económica, el artículo 3.3 del Tratado de la UE preceptúa que la Unión “establecerá un mercado interior”, afirmación que implica la consecución de un “espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” a tenor de lo dispuesto en el artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE). Este mercado interior propugnado por el denominado Derecho primario de la UE entraña, a su vez, la creación de un espacio económico común sin fronteras y la necesidad de eliminar los impedimentos internos de cada Estado para conseguir dicho fin.

Así, en orden a conseguir un sistema económico común basado en la libre competencia y mercado interior, es indudable la estrecha relación entre la fiscalidad en la ubicación de actividades económicas y la movilidad de los factores productivos debido, entre otros motivos, a la falta de armonización de los sistemas tributarios de cada Estado en el marco de la imposición directa por la reticencia a perder soberanía tributaria en esta materia. Es más, resulta paradójico que, a mayor grado de integración y avances en el proyecto europeo, se haya producido un aumento en la utilización de los tributos como mecanismo de política económica para atraer inversión extranjera procedente tanto de países de la UE como de terceros países.



En consecuencia, se puede observar como la competencia fiscal entre Estados suscitada a finales del siglo XX en la esfera internacional también es una situación cuanto menos inquietante que también surge entre los Estados miembros de la UE.

A tal efecto, se podría concluir que la competencia fiscal perniciosa entre Estados miembros de la UE se concibe como un obstáculo o problema de mayor entidad que el suscitado a nivel internacional porque afecta a la libre competencia y mercado interior pretendido a nivel europeo. De este modo, las repercusiones negativas derivadas de la competencia fiscal perniciosa en el seno de la UE ponen en riesgo la materialización de los objetivos perseguidos por la UE.

Ante esta situación, la actuación de las instituciones a nivel europeo se manifiesta fundamental para identificar y suprimir aquellas prácticas en el plano de la fiscalidad directa para poder alcanzar los propósitos establecidos en el Derecho originario de la UE.

2. TRABAJOS FRENTE A LA COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL EN LA UE

El surgimiento y desarrollo de un proceso de competencia fiscal perniciosa entre Estados miembros muestra un problema de profundo calado para la UE, la insuficiente armonización a nivel europeo en la imposición sobre factores económicos móviles. Esta tarea de armonización en la fiscalidad directa ha sido limitada desde los inicios de la UE por la necesidad, y a su vez dificultad, de alcanzar la unanimidad en la adopción de acuerdos en esta materia. Esta complicada falta de acuerdo sobre la armonización de la imposición directa a nivel UE provocó que las instituciones



europas plantearan conseguir una aproximación entre las normativas tributarias de los Estados miembros a través de la denominada "coordinación fiscal"⁴⁹. Esta estrategia de coordinación fiscal tiene importantes connotaciones jurídicas porque es llevada a cabo mediante instrumentos de *soft law*, en consecuencia, se tratan de actos jurídicos que carecen de vinculación jurídica pero sí política.

Los trabajos en el seno de la UE basados en la coordinación fiscal para combatir los efectos perniciosos de la competencia fiscal perjudicial entre Estados miembros tienen su primer hito en la adopción en 1997 de una Resolución sobre un Código de Conducta sobre fiscalidad de empresas, aprobado por parte del Consejo de la UE y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros. La creación del Código de Conducta era consecuencia de un paquete de medidas⁵⁰ para hacer frente a las nuevas vías de competencia fiscal perniciosas, suponiendo un gran avance para mitigar los

⁴⁹ RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F., "La competencia fiscal lesiva en la Unión Europea: Código de Conducta y ayudas de Estado", *Studi Tributari Europe*, 2010, pág. 397.

⁵⁰ *Vid.* Comunicación de la Comisión "Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea – Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa", COM (97) 495 final. Estas medidas se centran en diferentes aspectos como son: un Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas, junto con una comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales de carácter fiscal; medidas para eliminar las distorsiones en la fiscalidad de las rentas del capital; medidas para eliminar la retención fiscal en los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas. Aunque entre todas las medidas, la Comunicación destaca que el Código de conducta será "el elemento fundamental del paquete de medidas" y ayudará a contribuir a evitar que se produzcan distorsiones económicas.



efectos nocivos de la misma fiscal en el ámbito de la UE.

La creación de este Código de Conducta, que se encuentra estructurado en varias partes, responde a la necesidad de suprimir las medidas y prácticas fiscales perniciosas en el ámbito de las empresas. El alcance referido a la fiscalidad de las empresas debe ser entendido como toda política o medida fiscal⁵¹ en el ámbito de la fiscalidad directa que pueda influir en la ubicación de la actividad empresarial de una determinada compañía en el seno de la UE⁵².

Un análisis del Código revela que no todas las medidas fiscales se encuentran en el ámbito de aplicación por ser consideradas potencialmente perniciosas, sino solo aquellas que "impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate"⁵³. De manera que, la efectividad de este Código para combatir la competencia fiscal perjudicial entre Estados miembros se limita porque los efectos perniciosos solamente implicarían a aquellas medidas fiscales que sedesvían del sistema tributario general

⁵¹ Sobre este concepto el Código de Conducta en su letra A específica que "las medidas fiscales a que se refiere el presente Código son disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas administrativas".

⁵² Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal - Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, DOUE C-2, 6 de 1998.

⁵³ Letra B del Código de Conducta.



de un Estado concreto.

Tras la adopción de este Código, en 1998 se fundó un grupo de trabajo bajo el nombre de “Grupo del Código de Conducta” que tras su puesta en marcha realizó una importante y ardua tarea al analizarlas medidas fiscales de cada Estado miembro que podían ser potencialmente perjudiciales que fue presentado el 29 de noviembre de 1999⁹⁶. A los efectos de este trabajo, se debe destacar que el Informe identificó sesenta y seis medidas como perjudiciales de la cuales quince eran referentes sobre *rulings* y un tratamiento fiscal favorable a través de este tipo de prácticas administrativas.

No obstante, el escándalo *Luxleaks* reveló que los trabajos realizados en el ámbito de UE en la esfera de los *tax rulings* no eran suficientes para combatir el uso de este tipo de instrumentos para generar una competencia fiscal perniciosa entre Estados miembros deben ir más allá que meros acuerdos políticos, que si bien es cierto que sirvieron en un primer momento para iniciar los trabajos en el ámbito de la fiscalidad directa, han perdido eficacia siendo necesario reforzar la iniciativas en materia de transparencia y *tax rulings* mediante instrumentos jurídicos vinculantes a través de una Directiva.

3. IMPULSO DE NUEVAS MEDIDAS DE CONTROL SOBRE TAXRULINGS EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA UE

El estudio realizado hasta aquí de los *tax rulings* en la esfera internacional y europea refleja que los trabajos iniciales en esta materia se habían circunscrito dentro de las diferentes acciones para hacer frente a los efectos perniciosos de la competencia fiscal entre Estados. Tras los primeros avances en esta materia,



desde el año 2012 la Comisión Europea impulsó un Plan de Acción frente al fraude y la evasión fiscal⁵⁴ que recoge numerosas medidas, entre las que se podría destacar la necesidad de fomentar el intercambio automático de información como estándar de transparencia.

Posteriormente, la Comisión el 18 de marzo del 2015⁵⁵ presentó un paquete de medidas con el fin de aumentar la transparencia fiscal en el marco de un programa para combatir destinado a combatir el fraude y evasión fiscal del impuesto sobre sociedades, así como la competencia fiscal perjudicial en la UE. Este paquete de transparencia tenía como elemento principal la propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/CE sobre implantación de un sistema de intercambio automático de *tax rulings* y APA transfronterizos⁵⁶, con la finalidad de combatir el fraude y elusión fiscal a nivel UE, permitiendo que el Estado afectado por un *tax ruling* pueda actuar frente a este tipo de prácticas administrativas si fuera necesario.

Aunque el propósito principal de estas medidas era

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, "Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal", COM (2012) 722 final.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales", COM (2015) 136 final.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, "Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad", COM (2015) 135 final.



aumentar la transparencia de los sistemas tributarios estatales, al igual que el Plan BEPS, estos trabajos a nivel europeo no tienen su origen o antecedentes en este Plan BEPS, sino que más bien responden a un continuo trabajo realizado en el seno de la UE para introducir mejoras estructurales en los sistemas de cooperación administrativa en materia fiscal entre Estados miembros⁵⁷.

Esta propuesta de modificación en materia de *tax rulings* respondía a la necesidad de resolver los problemas e ineficiencias derivados de la Directiva 2011/16/CE, que establecía las posibilidades de transmisión de información sobre *tax rulings* y APA mediante el intercambio espontáneo o rogado que no había resultado efectivo, debido, por un lado, a la condición de voluntario del intercambio espontáneo y, por otro lado, a las excepciones del intercambio rogado.

Finalmente, el 8 de diciembre se aprobó la Directiva 2015/2376/UE⁵⁸ que modificaba el mecanismo de intercambio de información sobre *tax rulings* y APA fijado por la Directiva 2011/16/UE. Sobre el alcance y efectos prácticos de esta Directiva 2015/2376/UE⁵⁹ son

⁵⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M., "La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria" en CALDERÓN CARRERO, J. M., & MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., (Autores), *Derecho tributario de la Unión Europea*, Wolter Kluwer, Madrid, 2019 pág. 464.

⁵⁸ DOUE L-332, de 18-12-2015.

⁵⁹ Debe recordarse que esta Directiva se realiza vía modificación legislativa de la Directiva 2011/16/UE, por lo que la interpretación y condiciones de aplicabilidad deben ser realizada de manera coherente a lo determinado en esta última. *Vid.* MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, *op. cit.*, pág. 137.



significativas las palabras de CALDERÓN CARRERO “el ECOFIN puso de relieve cómo la aprobación de este mecanismo constituye una de las primeras medidas dirigidas a prevenir la “elusión fiscal societaria”, limitando la instrumentación de determinados “esquemas BEPS” a través de un uso impropio de determinados mecanismos dirigidos a asistir a los contribuyentes en el cumplimiento de las obligaciones tributarias en condiciones de mayor seguridad jurídica”⁶⁰.

Por lo que, a modo de premisa inicial y antes de examinar detalladamente la Directiva 2015/2376/UE, se puede apreciar una ampliación del ámbito al cual se circunscriben los efectos perniciosos del uso indebido de los *tax rulings*. En efecto, el aumento de la necesidad de transparencia no solo responde a una preocupación de la UE por su uso en el marco de la competencia fiscal perjudicial entre Estados, sino también porque pueden servir para contribuir a la realización prácticas fiscales lesivas para los sistemas tributarios estatales, como la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva por parte de ciertos contribuyentes.

4. DIRECTIVA 2015/2376/UE SOBRE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO Y OBLIGATORIO DE INFORMACIÓN SOBRE TAX RULINGS

4.1. ¿Qué tipos de *tax rulings* deben ser objeto de intercambio automático de información?

⁶⁰ CALDERÓN CARRERO, J. M., “La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria”, *op. cit.*, pág. 465.



Antes de comenzar con el análisis de diferentes aspectos de esta Directiva se debe delimitar su ámbito de aplicación y delimitar cuales son los *tax rulings* incluidos en el marco del intercambio automático de información. Sobre esta cuestión, la Directiva 2015/2376 delimita dos tipos de *tax rulings* que deben ser objeto de intercambio automático de información: acuerdo previo con efecto transfronterizo (*tax ruling*⁶¹) o acuerdo previo sobre precios de transferencia (APA), incorporándose una definición sobre ambos términos y las condiciones que se deben cumplir para su inclusión en el ámbito del intercambio automático de información⁶². Las definiciones de estos dos términos realizada por la Directiva 2015/2376/UE pretende abarcar la mayor parte de las situaciones que incluyan *tax rulings*.

Otro aspecto destacable, sería la exclusión del ámbito de aplicación a las personas físicas realizado por la Directiva 2015/2376/UE que limita el alcance del intercambio automático de información a los acuerdos previos con efecto transfronterizo que se dicten en relación con personas jurídicas exclusivamente⁶³.

⁶¹ La Directiva dentro del concepto genérico de *tax ruling* realiza una distinción entre dos tipos de *rulings* como son APA y *tax ruling* en un sentido concreto. Este último concepto actúa como cajón de sastre porque todo *ruling* que por sus características no sea un APA deberá ser considerado como *tax ruling* a los efectos de la Directiva, si se ajusta a la definición sobre este término establecida en la Directiva.

⁶² Apartados 14 y 15 del artículo 3 de la Directiva 2011/16 en su versión consolidada añadidos por la Directiva 2015/2376/UE.

⁶³ Esta exclusión podría responder a varios motivos como son la gran carga administrativa que supondría su inclusión y los limitados efectos prácticos para hacer frente a una planificación fiscal agresiva o elusión fiscal, así como la posible



Conjuntamente, es necesario hacer hincapié en un factor indispensable para que los *tax rulings* sean objeto de intercambio automático de información: las operaciones o transacciones abarcadas por el *tax ruling* tienen que ser consideradas transfronterizas. Este componente transfronterizo incorpora la necesidad de un elemento, ya sea objetivo o subjetivo, de extraterritorialidad quedando circunscrito su ámbito de aplicación a situaciones intracomunitarias pero también extracomunitarias. Por lo que, *a contrario sensu* no deberían ser objeto de intercambio automático de información aquellos *tax rulings* "domésticos" por no tener impacto en otras jurisdicciones ni al fortalecimiento del mercado interno⁶⁴.

Sobre este aspecto transfronterizo, no parece acertada la limitación del intercambio automático de información únicamente a este tipo de situaciones puesto que si un Estado considera que un *tax ruling* doméstico puede tener efectos sobre otras jurisdicciones, el intercambio de información se debería realizar mediante el intercambio espontáneo de información previsto en el artículo 9 de la Directiva 2011/16/UE. En estos casos, es el Estado emisor del *tax ruling* debe evaluar la

repercusión sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal incorporado en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que podrían implicar estos intercambios automáticos de información.

⁶⁴ MACARRO OSUNA, J. M., "La transparencia fiscal como mecanismo para combatir el uso abusivo de los acuerdos tributarios previos (tax rulings y APA) en el Plan BEPS y en el Derecho de la UE", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 413-424, 2017, pág. 67.



importancia para otro Estado de la UE del *tax ruling* emitido, volviendo a producirse una de las situaciones que la Directiva 2015/2376/UE trataba de subsanar.

4.2. Contenido del intercambio automático de información

Los datos que deben ser intercambiados por parte de las autoridades fiscales de los Estados miembros es una cuestión de particular relevancia por la necesidad de transmitir información suficiente para cumplir con el propósito principal de aumentar la transparencia. En consecuencia, la Directiva ha incorporado el intercambio automático de información de ciertos datos relevantes y un resumen del *tax ruling*, por lo que las autoridades fiscales de cada Estado miembro de la UE deberán compartir la información en un formato estándar por cada *ruling* que se encuentre en el ámbito de la Directiva 2015/2376/UE. Esta información debe ser transmitida en un plazo de tres meses a partir del final del semestre del año natural durante el cual se haya concedido, modificado o renovado.

Esta información básica debe ser intercambiada con los Estados miembros y la Comisión, con ciertas restricciones, a través de un formulario normalizado que debe ser congruente con el formulario realizado por la OCDE en el contexto del Plan BEPS, con el objetivo de establecer condiciones equitativas a nivel mundial.

Tras este envío de información automática, los Estados miembros receptores de la información podrán requerir información adicional, incluso el texto íntegro del APA o *tax ruling*, al amparo del artículo 5 al artículo de la Directiva 2011/16/UE mediante la modalidad de intercambio de información previa solicitud.

4.3. Otros elementos a tener en consideración: aspecto temporal, uso y



confidencialidad de la información

La Directiva fija el intercambio automático de información de un *tax ruling* o APA a partir del 31 de diciembre de 2016. Sin embargo, la propia Directiva determina un período de aplicación retroactiva de cinco años, de modo que los *tax ruling* o APA transfronterizos que hayan sido concedidos, renovados o modificados entre el 1 de enero de 2012 y el 1 de enero de 2017 deben ser comunicados a todos los Estados miembros y a la Comisión, con las restricciones indicadas con anterioridad, aunque con ciertos condicionantes.

En relación con la confidencialidad de la información transmitida de los *tax ruling* o APA transfronterizos comunicados a la Comisión, se limita el uso de esa información para otros fines distintos que la verificación del cumplimiento de las obligaciones que impone la Directiva. Por lo que, esta información no podrá ser utilizada para iniciar una investigación formal por vulneración de la prohibición de ayudas de Estado, de ahí que existan ciertos datos o "información sensible" que no sea comunicada a la Comisión. Sin embargo, la Comisión sí podría conocer esa información si solicita información sobre *tax ruling* o APA transfronterizos para examinar su compatibilidad con la regulación europea sobre ayudas de estado.

Respecto a los Estados miembros, es aplicable el artículo 16 de la Directiva 2011/16/UE relativo a las condiciones de revelación e información, de ahí que, la información transmitida se encuentra amparada por el secreto oficial y goce de igual protección que la legislación nacional del Estado miembro receptor de la información otorgue a la información de la misma naturaleza. Los datos recibidos solo podrán ser



utilizados por las autoridades fiscales y a efectos del sistema tributario estatal, aunque en ciertas ocasiones estos datos sí podrán ser utilizados con otros fines cuando exista la autorización del Estado miembro emisor de la información y la legislación del Estado miembro receptor autorice ese uso.

4.4. Implantación y datos sobre el intercambio automático de información

Indicados los aspectos fundamentales que comprende el sistema de intercambio automático de información sobre *tax rulings* implantado por la Directiva 2015/2376/UE, en este apartado, al igual que se hizo con la Acción 5 del Plan BEPS, se analizarán distintos datos que nos permitan poder analizar la ejecución de esta medida, y cuál es su grado de efectividad actual. Para ello, es necesario hacer referencia al documento de evaluación publicado en el año 2019 por la Comisión, que realiza una evaluación sobre la Directiva 2011/16/UE⁶⁵ y sus diferentes modificaciones, y por consiguiente del intercambio automático de información de *tax rulings*.

Esta evaluación a pesar de ser publicada en el año 2019 abarca los años 2013 a 2017, de manera que, si la obligación de intercambiar automáticamente comprende a aquellos *tax rulings* concedidos, renovados o modificados después del 31 de diciembre de 2016, la evaluación de la Directiva 2015/2376/UE publicada de la Comisión solo abarca el año 2017, con las consiguientes limitaciones que ello presenta para

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, "Commission staff working document evaluation of the Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing directive 77/799/EEC", SWD 2019 327 final. En adelante, evaluación del año 2019.



una correcta evaluación de la efectividad de la medida.

Con todo, la Comisión en esta evaluación señala que los Estados miembros han indicado que, a menudo, el resumen del *tax rulings* es demasiado breve para ser útil, lo que implica una doble consecuencia: por una parte, es complejo para un Estado miembro saber cuándo solicitar más información sobre un *tax rulings*; y, por otra parte, si se solicita esa información adicional es complicado poder demostrar que se cumple el requisito de pertinencia previsible⁶⁶ en virtud de la

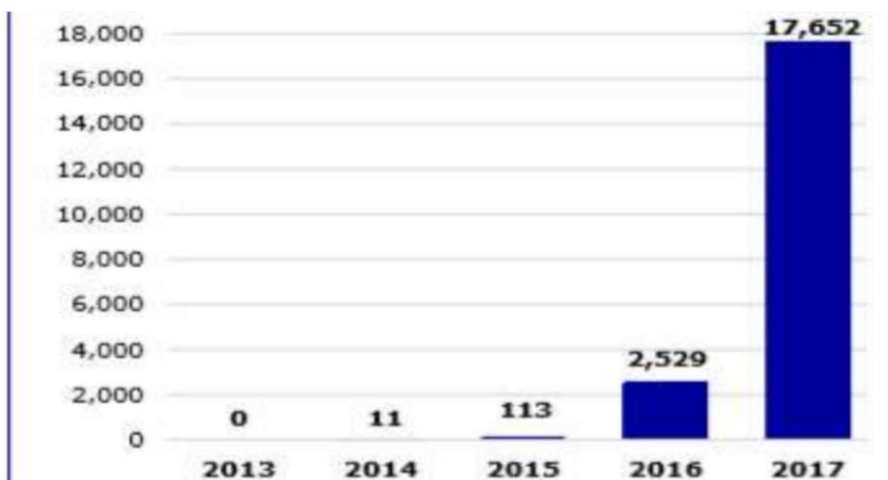
⁶⁶ Téngase en cuenta que, si un Estado miembro pretende obtener información adicional sobre un *tax ruling* que ha sido objeto de intercambio automático, deberá solicitar dicha información al Estado miembro emisor utilizando el mecanismo del intercambio rogado de información. Ahora bien, no toda la información solicitada sobre un *tax ruling* en el marco de un procedimiento de intercambio rogado de información será objeto de transmisión, sino que, los datos solicitados deben tener la cualidad de ser “previsiblemente pertinentes” para servir a la Administración tributaria requirente para una investigación específica. Sobre este atributo, que actúa como una característica que debe tener la información que sea objeto de intercambio rogado, hay tener en cuenta la Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2017, asunto *Berlioz*, C-682/15 (ECLI:EU:C:2017:373), en este pronunciamiento, entre otros aspectos, el TJUE indica que, en virtud del artículo 1.1, y el artículo 5 de la Directiva 2011/16, “la “pertinencia previsible” de la información solicitada por un Estado miembro a otro Estado miembro constituye un requisito que debe cumplir la solicitud de información para que el Estado miembro requerido esté obligado a tramitarla y, en consecuencia, un requisito de legalidad de la decisión de requerimiento dirigida por este Estado miembro a un administrado y de la medida sancionadora impuesta a este último por no atender dicha decisión”. Posteriormente, el TJUE en su Sentencia de 6 de octubre de 2020, caso *État*



escasa información recibida. Extremo este que, al menos, muestra una cierta fragilidad en el contenido de la información intercambiada, puesto que si uno de los motivos de la incorporación de ese resumen es aumentar la transparencia y que las Administraciones tributarias puedan conocer si efectivamente son afectadas por un *tax ruling*, su falta de cumplimentación con un mínimo de detalle estaría reduciendo la eficacia del intercambio de información.

En relación con el número de *tax rulings* intercambiados por los diferentes Estados miembros en el año 2017, es necesario incluir la siguiente tabla extraída de la evaluación del año 2019 para poder comprobar como en comparación con años anteriores, cuando el intercambio de información de *tax rulings* se realizaba mediante de manera espontánea, el número de intercambio de información ha crecido de forma exponencial, como muestra este gráfico:

luxembourgeois, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19 (ECLI:EU:C:2020:795), realiza algunas consideraciones adicionales sobre el requisito de "pertinencia previsible" a las realizadas en el asunto *Berlioz*. Por último, se debe tener presente que, recientemente, se ha aprobado la Directiva 2021/514/UE por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, insertando un nuevo artículo 5.bis que incorpora un concepto amplio, por los términos en los que se encuentra redactado, de pertinencia previsible a los efectos de la cooperación administrativa en el ámbito de la Directiva 2011/16/UE. Como se puede comprobar, el requisito de "pertinencia previsible" se ha revelado como un requisito de especial importancia en el Derecho de la UE.



Fuente: COMISIÓN EUROPEA, Gráfico, "Commission staff working document evaluation of the Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing directive 77/799/EEC", SWD 2019 327 final, pág. 22.

En virtud del anterior gráfico, se muestra como la obligación de intercambiar automáticamente la información cuando se cumplan los requisitos que la Directiva 2015/2376/UE ha sido efectiva para que los Estados miembros aumenten la cooperación entre ellos. Aunque habría que tener en cuenta, en línea son los sostenido *supra* que, si el *tax ruling* no contiene la información necesaria o no cumple con el contenido mínimo que establecía la Directiva, los Estado miembros afectados por el *tax ruling* tendrían dificultades para apreciar ese extremo. Los datos sobre



la utilidad del contenido de la información de los *tax rulings* no se aportan en esta evaluación.

A modo de valoración global, sobre los datos facilitados por la Comisión en esta evaluación sobre la efectividad del intercambio de información se pueden extraer varias nociones.

En primer lugar, la comparación del número de *tax rulings* intercambiados en virtud de la implementación de la Directiva 2015/2376/UE ha sido exponencial, aun así, más allá del número de intercambios realizados, habría que hacer hincapié en que la calidad de los datos y su contenido mínimo, incluido el resumen del *tax ruling*, permita saber a los Estados miembros si un *tax ruling* concreto requiere una petición de información adicional a la intercambiada. Consideramos que uno de los objetivos de la Comisión y los Estados miembros, debería ser perfeccionar el intercambio automático de información mejorando el contenido de la información intercambiada automáticamente, dado que no sirve de nada intercambiar miles de *tax rulings*, si posteriormente no se puede justificar el requisito de la pertinencia previsible, por parte de un Estado miembro, en un posterior requerimiento de información adicional.

Seguidamente, se debe destacar que la calidad de los datos ofrecidos por la Comisión respecto al intercambio automático de información son un tanto limitados, ya no solo por el hecho de que el período abarcado por la evaluación sea de un año, sino porque, al margen de ciertas referencias mínimas sobre algunos Estados miembros, apenas se ofrece información sobre Estados miembros concretos, ni sobre el número de *tax rulings* intercambiados por cada uno de ellos.

En relación con esto, habría que indicar la falta de actualización periódica de datos sobre la implementación efectiva del intercambio automático de



información a nivel de la UE. Una actualización periódica de los datos de esta Directiva, por parte de la Comisión, contribuiría a un aumento de la transparencia desde la óptica de las Administraciones tributarias y de la propia Comisión. En este sentido, podría servir de ejemplo los *peer review* que anualmente la OCDE ha presentado desde la implementación de la Acción 5 del Plan BEPS. La publicación de esta información permitiría también poder evaluar con un carácter más regular la efectividad del intercambio automático de *tax rulings*.

5. CONTROL DE TAX RULINGS MEDIANTE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AYUDAS DE ESTADO

El régimen jurídico de ayudas de Estado contemplado en los artículos 107 a 109 del TFUE, garantiza y salvaguarda una de las principales premisas de la UE desde sus orígenes: la libre competencia entre los operadores económicos privados como medio para la consecución de un mercado único a nivel de la UE. Ahora bien, ésta libre competencia puede ser entorpecida por las políticas internas de los Estados miembros por medio de ayudas públicas para favorecer determinadas actividades económicas o empresas frente a sus competidores, falseando en última instancia la competencia de los mercados. De lo anterior se deduce que, el propósito de este régimen jurídico es controlar las intervenciones de los poderes públicos para preservar la libre competencia, asegurando que los operadores económicos puedan acceder libremente al mercado y su actividad sea desarrollada en igual de



condiciones⁶⁷.

El régimen jurídico de ayudas de Estado dispuesto en los artículos 107 a 109 del TFUE es complementado por el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE. Este Reglamento es de gran importancia porque determina, entre otros, los tipos de ayuda de Estado, procedimientos de control y las posibles sanciones por incumplimiento de este régimen jurídicos. Las anteriores normas jurídicas deben ser complementadas con normas de *soft law* que permiten una mayor concreción en la aplicación de este régimen jurídico, especialmente es destacable la Comunicación de la Comisión de julio del año 2016⁶⁸ (en adelante, Comunicación de julio de 2016), en la que se introduce un apartado específico sobre cuestiones específicas sobre ayudas en el ámbito tributario y *tax rulings*.

El artículo 107.1 del TFUE determina el ámbito de aplicación del control de ayudas de Estado señalando lo siguiente "salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones". Puede observarse como este artículo no

⁶⁷ Cfr. MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, op. cit., pág. 177.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2016/C 262/01, DOUE 19.07.2016.



aporta una definición del concepto de ayuda de estado, sino que simplemente identifica los cuatro requisitos que deben concurrir simultáneamente para que una ayuda sea considerada como ayuda de Estado. Estos requisitos son:

1) Concesión de la ayuda por el Estado o mediante fondos estatales. Este requisito debe ser interpretado de una manera amplia, por lo que en Estados descentralizados, como es nuestro país, aparte del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales también estarían incluidos.

2) Afectación al comercio y la competencia entre Estados miembros. Este requisito es cumplido cuando el Estado concede una ayuda a un operador económico que sea objeto de intercambio con otro Estado miembro y la ayuda pueda afectar a la competencia, sin que ni siquiera sea necesario que se haya materializado el efecto sobre la competencia.

3) Existencia de selectividad, es decir, tiene que tratarse de una medida o práctica que favorezca a determinadas empresas o sectores en detrimento de otros operadores económicos en una misma situación jurídica y fáctica comparable.

4) Concesión de una ventaja económica. Este elemento alude a todo beneficio económico que una empresa ha obtenido al amparo de la actuación estatal. Esta intervención estatal puede ser directa, mediante transferencias económicas a la empresa, pero también puede tener un esquema indirecto mediante la disminución de la carga financiera de las empresas.

Pese a todo, no toda ayuda que cumpla con los requisitos que el artículo 107.1 del TFUE será considerado como ayuda estatal, ya que los apartados 2 y 3 del citado artículo 107 introduce una serie de



excepciones a la regla general.

La Comisión en virtud del artículo 108 del TFUE, es la encargada de verificar que si una norma o práctica administrativa puede ser considerada compatible con la normativa de la UE y velar por el cumplimiento de que todos los Estados miembros cumplen con este régimen jurídico. Esta competencia se extiende tanto a ayudas en una fase anterior a su ejecución como a ayudas vigentes. En el caso de las ayudas nuevas los Estados miembros tienen la obligación de notificar previamente a la Comisión, según preceptúa el artículo 108.3 del TFUE, para que este organismo evalúe si la ayuda es considerada ayuda estatal y, en caso de serlo, si pudiera aplicarse alguna excepción recogida en los apartados 2 y 3 del artículo 107 del TFUE o es declarada incompatible. La falta de notificación, o la ejecución de la ayuda sin haber aguardado a la decisión de la Comisión, produce que ayuda sea declarada ilegal, tras esto, si posteriormente se concluye que la ayuda es incompatible con el mercado interior se obligará al Estado miembro que emprenda acciones tendentes a recuperar la ayuda concedida ilegalmente a los beneficiarios de esta. Todas estas competencias de la Comisión en relación con el control de las ayudas de Estado son objeto de revisión ante el Tribunal General y, en su caso, ante el Tribunal de Justicia.

La amplitud conceptual, que tanto la Comisión como el TJUE, han otorgado al artículo 107.1 han permitido interpretar que las ayudas pueden ir más allá de las subvenciones directas, de modo que las ayudas indirectas de carácter tributario también queden comprendidas en el ámbito de control sobre ayudas de Estado ejercida por la Comisión. Sobre esto, la técnica jurídica utilizada para que una ayuda sea considerada incompatible es indiferente, siendo determinantes los efectos de la medida el aspecto clave para calificarla como ayuda de Estado. Por consiguiente, además de



las normas tributarias, las prácticas administrativas tributarias, como los *tax rulings*, también pueden ser declarados incompatibles con del Derecho de la UE⁶⁹.

Los *tax rulings* pueden considerados ayudas de Estado desde dos perspectivas distintas, por una parte, si los *tax rulings* aplican una norma jurídica que *per se* es considerada ayuda estatal, en estos casos es la propia norma jurídica sobre la cual se ha concedido el *ruling* la que cumple los requisitos para ser considerada de ayuda de Estado; por otra parte, también podría plantearse la concesión de una ayuda de Estado si el procedimiento de concesión del *tax ruling* en el cual la Administración tributaria goza de un cierto margen de discrecionalidad pudiera ser considerado como selectividad material si existe una excepción en la aplicación del sistema general de *tax rulings*⁷⁰.

⁶⁹ Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "El régimen jurídico de las ayudas de Estado y las normas de naturaleza tributaria", en CALDERÓN CARRERO, J. M., & MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., (Autores), *Derecho tributario de la Unión Europea*, Wolter Kluwer, Madrid, 2019, pág. 141.

⁷⁰ Cfr. GUNN, A. y LUTS, J., "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", *EC Tax Review*, nº 2, 2015, pág. 120. En este sentido, la Comisión en su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal de 2016 en su apartado 170 indica que "cuando una resolución fiscal respalda un resultado que no refleja de manera fiable lo que resultaría de una aplicación normal del sistema tributario general, dicha resolución puede otorgar una ventaja selectiva al destinatario en la medida en que ese trato selectivo se traduzca en una reducción de la deuda tributaria del destinatario en el Estado miembro en comparación con sociedades en una situación fáctica y jurídica comparable".



En particular, y a los efectos de este trabajo, merece especial atención la utilización del régimen jurídico de ayudas de estado para supervisar la utilización de APA por parte de Estados miembros.

5.1. El control de tax rulings por la Comisión europea: la "nueva" interpretación de los criterios de ventaja económica y selectividad

Desde hace varios años la Comisión ha iniciado múltiples investigaciones sobre la concesión y utilización de *tax rulings* por parte de Estados miembros con el propósito de atraer la a grandes grupos multinacionales a sus territorios.

Estas investigaciones realizadas por la Comisión sobre *tax rulings* desde la óptica del régimen jurídico sobre ayudas estatales en el ámbito de la UE derivaron en la apertura, entre otras, de investigaciones formales sobre los *tax rulings* otorgados por Irlanda a *Apple*⁷¹, Luxemburgo a *Fiat Finance & Trade* -FFT-⁷² y Países

⁷¹ *Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38373 Alleged aid to Apple*, disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373 (último acceso 16 de junio de 2021).

⁷² *Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38375 Alleged aid to FFT*, disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38375 (último acceso 16 de junio de 2021).



Bajos a *Starbucks*⁷³, Luxemburgo a *Amazon*⁷⁴ y Países Bajos a *Nike*⁷⁵.

Aun observando como la Comisión en los últimos años ha iniciado distintas investigaciones formales sobre *tax rulings*, este interés no es nuevo, y se remonta a la creación del Código de Conducta a finales del siglo XX, a pesar de las diferencias entre el Código de Conducta y el régimen de ayudas de Estado, tanto por su naturaleza jurídica como su finalidad.

No obstante, estas últimas investigaciones formales dirigen su atención hacia un nuevo enfoque orientado a la evaluación de prácticas administrativas, especialmente APA, que podrían ser consideradas como meras ejecuciones a normas o principios procedentes del sistema normativo general. Es decir, la Comisión ha evolucionado el objeto de sus investigaciones tratando de verificar si prácticas administrativas procedentes de un sistema normativo general podrían estar siendo utilizadas sutilmente para otorgar ayudas de Estado a

⁷³ *Commission Decision of 11 June 2014, Case SA.38374 Alleged aid to Starbucks*, disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374 (último acceso 16 de junio de 2021).

⁷⁴ *Commission Decision of 7 October 2014, Case SA.38944 Alleged aid to Amazon*, disponible en http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944 (último acceso 16 de junio de 2021).

⁷⁵ *Commission Decision of 10 January 2019, Case SA.51284 Alleged aid to Nike*, disponible en https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_51284 (último acceso 16.06.2021).



ciertas empresas multinacionales.

En este punto, se debe recordar que para calificar una norma o práctica administrativa como ayuda de Estado de naturaleza tributaria tienen que concurrir simultáneamente cuatro requisitos: (i) ventaja económica, (ii) selectividad, (iii) concesión por un Estado o mediante fondos estatales, (iv) afectación a la competencia e intercambios comerciales entre Estados miembros. De todos estos requisitos, desde una perspectiva tributaria el que más dificultades probatorias plantea es el requisito de selectividad.

A su vez, dentro del requisito de selectividad puede diferenciarse según su ámbito de aplicación entre selectividad material y territorial. En este caso, se centrará el estudio en el requisito de selectividad material que conlleva que la norma o práctica administrativa solo se aplica a empresas determinadas o sectores económicos concretos de un Estado miembro⁷⁶.

La estrecha conexión entre selectividad material y ventaja económica propicia que para una mejor comprensión de la temática se deba analizar, con carácter previo, el requisito de ventaja económica, dado que como luego se comprobará la Comisión ha argumentado en varias de sus decisiones finales que la desviación del principio de plena competencia (*at arm's lenght*) supone una ventaja económica y, por ende, ese *taxruling* será selectivo sin realizar una argumentación específica sobre este último requisito, aunque sean dos requisitos autónomos.

Este elemento de ventaja económica⁷⁷ es analizado por

⁷⁶ Sobre este criterio *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal de 2016, aps. 117-184.

⁷⁷ Sobre este concepto *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal de 2016, aps. 66-115.



la Comisión mediante la incorporación del principio *at arm's lenght*, aplicable a los precios de transferencia, en relación con el criterio de operador en una economía de mercado, es decir, la Comisión evalúa si un Estado miembro, en su concepto amplio, habría actuado como lo haría un operador en una economía de mercado en una situación similar. Por consiguiente, se utilizan las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia para fiscalizar la concesión de ciertos APA utilizando el régimen de ayudas de Estado.

El empleo de este nuevo razonamiento empleando el principio *at arm's lenght* por parte de la Comisión es importante porque se produce la incorporación del principio plena competencia como una vertiente principio de igualdad de trato materia tributaria que ampara el artículo 107.1 TFUE, por lo que la Comisión incorpora un nuevo instrumento para evaluar si se ha producido una ventaja económica en la concesión de APA. Esta argumentación realizada en virtud del artículo 107.1 del TFUE también es significativa porque al reconocer la inclusión de este principio a través del TFUE se vincula su cumplimiento por parte de los Estados miembros, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE, resolviendo la posible falta de incorporación de este principio a la normativa interna de los Estados miembros.

Posteriormente, esta argumentación ha sido confirmada posteriormente por el TGUE en algunas sus recientes sentencias como la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2020, *Irlanda y otros c. Comisión*, T-778/16 y T892/16 (caso *Apple*) (ECLI:EU:T:2020:338), en la cual el TGUE en su apartado 206 señala lo



siguiente “el principio de plena competencia, tal como lo describe la Comisión en la Decisión impugnada, constituye una herramienta que permite efectuarse esta verificación en el marco del ejercicio de sus competencias en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1”. En este mismo sentido se pronuncia el TGUE en Sentencia de 24 de septiembre de 2019, *Países Bajos y otros c. Comisión*. T-760/15 y T-636/16 (caso *Starbucks*) (ECLI:EU:T:2019:669) en su apartado 163.

Señalada la incorporación por parte de la Comisión del principio *at arm's length* para analizar si se cumple el requisito de la ventaja económica, habría que centrar la atención en el requisito que más complejidad conlleva en el contexto de evaluación de la concesión de un APA y su consideración como ayuda de Estado: la acreditación de la selectividad material. Para ello, habría que comenzar indicando que para apreciar la selectividad material de una norma o práctica administrativa tanto la Comisión como los Tribunales de la UE normalmente aplican del denominado test de derogación (*derogation test*). La finalidad de este test de derogación es determinar si se ha producido una derogación del sistema tributario general debiéndose identificar previamente el marco de referencia que resultaría de aplicación, y posteriormente evaluar la posible supresión de ese sistema general⁷⁸.

Este test de derogación requiere la aplicación de tres pasos o fases: en primer lugar, identificar el marco de referencia que podría ser definido como “conjunto de normas coherentes que generalmente se aplican, sobre la base de criterios objetivos, a todas las empresas que

⁷⁸ No obstante, en ciertas situaciones el TJUE ha utilizado otro método para apreciar la selectividad por considerar un sistema tributario selectivo de un modo global. *Vid.* STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión/Gibraltar y Reino Unido*, C-106/09 P y C-107/09 P (ECLI:EU:C:2011:732).



entran en su ámbito de aplicación definido por su objetivo⁷⁹; en segundo lugar, analizar si la medida o práctica administrativa constituye una excepción al marco de referencia y por ello se benefician a determinadas empresas frente a otras en una situación jurídica y fáctica comprable; en tercer lugar, si la selectividad de una medida o práctica administrativa puede ser justificada por razones de naturaleza y lógica del sistema tributario general.

Respecto al primero de los pasos, identificar el marco de referencia, en varias de las decisiones sobre *tax rulings*, Irlanda - *Apple*, Luxemburgo - *Fiat Finance & Trade - FFT*-y Países Bajos - *Starbucks*, la Comisión establecía como marco de referencia el impuesto sobre sociedades de cada Estado miembro, resultando comprable, según la Comisión, la situación entre empresas multinacionales y empresas independientes porque el propósito principal del impuesto sobre sociedades de cada Estado miembro es gravar la riqueza en sus respectivos territorios, aunque también analizaba otros posibles marcos de referencia como la normativa tributaria referente a la aplicación de APA.

En relación con el segundo paso, habría que examinar si los APA constituyen una excepción en la aplicación del sistema de referencia entre operadores económicos que se encuentren en una situación jurídica y comprable. El análisis realizado por la Comisión sobre este segundo en sus decisiones finales en los asuntos *Fiat*, *Apple* o *Starbucks*, que declaraban los APA evaluados contrarios al ordenamiento europeo por ser considerados ayudas de Estado, no se centraban tanto

⁷⁹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal de 2016, ap. 133



en acreditar la presencia de selectividad material por la concesión y aplicación de los APA a esas empresas, sino que más bien la Comisión concluía que si estas prácticas administrativas se apartan del principio de plena competencia, además de incumplir el requisito de ventaja económica, también incumplirían el requisito de selectividad sin argumentar cuales son los motivos para apreciar la existencia de este requisito de selectividad material.

Grosso modo, en estas decisiones finales Comisión sostenía que se han utilizado criterios o métodos erróneos para determinar la valoración de las operaciones intragrupo a efectos de cumplir con el principio de plena competencia, para la Comisión el hecho de que se haya utilizado por parte de las Administraciones tributarias de ciertos Estados miembros un método de valoración que se aparta de la realidad económica que dos partes independientes convendrían, y, por tanto, determinaría que los APA que sustentan ese tratamiento fiscal sean selectivos.

La evaluación de la selectividad material realizada por la Comisión adopta un nuevo enfoque porque se analiza si el método concreto escogido por la Administración tributaria para valorar las operaciones es el correcto, aunque no exista la obligación de escoger un método de valoración concreto, por lo que en cada transacción concreta debe escogerse el método que mejor se adapte a la situación. La posibilidad de adoptar varios métodos de valoración de las operaciones intragrupo implica a *contrario sensu* que no existe un método correcto por encima de todos, sino que cada situación concreta es distinta, de modo que al menos podría considerarse dudable que la Comisión pretenda fijar cual es, o debería haber sido, el método escogido para valorar las operaciones que abarcan el APA.

No obstante, si se acepta la anterior posibilidad, habría que preguntarse cuál es el alcance que tiene para la



Comisión que una operación sea realizada en condiciones de libre competencia y refleje correctamente la realidad económica. Al respecto, la Comisión indica en su Comunicación del año 2016 que “la búsqueda de una «aproximación fiable de unos resultados basados en el mercado» significa que cualquier desviación de la mejor estimación de unos resultados basados en el mercado debe ser limitada y proporcionada a la incertidumbre inherente al método de fijación de los precios de transferencia elegido o a los instrumentos estadísticos empleados para ese ejercicio de aproximación”⁸⁰.

Sin embargo, al hilo de dos de estas decisiones finales, sobre los casos *Starbucks* y *Fiat*, y con el propósito de analizar la Sentencia del TGUE se expresa CALDERÓN CARRERO indicando que “allí donde tal metodología sea consistente y resulte bien fundamentada técnicamente y soportada adecuadamente a través de la correspondiente documentación (*transfer pricing report* que forma parte del APA), cabe esperar que se considere que el APA no articula una ventaja fiscal selectiva contraria al art.107.1 TFUE, por más que tal metodología pueda ser cuestionada por una administración tributaria en el curso de una

⁸⁰ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal de 2016, ap. 171. Esta precisión realizada por Comisión sobre que podría entenderse por un precio acorde con el mercado, a su vez, un elemento de indeterminación jurídica al argumentar que esto sería “cualquier desviación de la mejor estimación de unos resultados” porque habría que preguntarse cuál de los métodos aprobados en el seno de la OCDE para valorar operaciones intragrupo es el más apropiado.



inspección”⁸¹.

En consecuencia, para apreciar la selectividad material de un APA la Comisión, además de argumentar que la elección de un método de valoración determinado o su aplicación metodológica no son correctos, debería demostrar que con la concesión de esos APA las empresas que aplican esa resolución administrativa han reducido su carga tributaria respecto a las que habrían soportado otras empresas en una situación jurídica y fáctica comprable. La argumentación realizada por la Comisión de apreciar la selectividad material de un APA por apartarse del principio *at arm's length* no es suficiente para apreciar este requisito de selectividad, debiendo de constatarse que efectivamente se está beneficiando a unas empresas concretas frente a otras en una situación jurídica y fáctica comprable.

A modo de reflexión final, y en línea con las palabras de CALDERÓN CARRERO introducidas con anterioridad, se puede observar cómo, independientemente de la argumentación jurídica realizada por la Comisión sobre la selectividad material, estas investigaciones formales iniciadas por la Comisión traslada indirectamente una exigencia a las Administraciones tributarias de los Estados miembros. Esto es, que en aquellas situaciones de concesión de APA que podrían ser objeto de evaluación a través del régimen jurídico de ayudas de Estado, se debería efectuar una exhaustiva fundamentación técnica y jurídica para argumentar que esa transacción económicas es acorde con las condiciones de mercado reduciendo al máximo el grado de discrecionalidad que este tipo de prácticas

⁸¹ CALDERÓN CARRERO, J. M., “La jurisprudencia del TGUE en los casos Starbucks y Fiat: clarificación del impacto del art.107 TFUE sobre APAs y tax rulings en materia de precios de transferencia”, *Quincena Fiscal*, nº 19, 2019, p. 11 (versión digital).



administrativas conllevan, y en consecuencia, limitando las posibilidades de que la Comisión declare un APA contrario al ordenamiento jurídico de la UE. Para ello, las Administraciones tributarias deberían realizar un análisis previo de cada APA antes de su concesión, y evaluar si desde la perspectiva del régimen jurídico de ayudas de Estado ese APA podría ser considerado contrario al ordenamiento europeo según las jurisprudencia comunitaria y las decisiones finales de la Comisión en este ámbito.

Capítulo cuarto

SEGURIDAD JURÍDICA Y TAX RULINGS: UNA RELACIÓN QUE PROPORCIONA CERTEZA JURÍDICA

1. MARCO PRELIMINAR

Hasta aquí se ha realizado un estudio de la labor realizada a nivel supranacional, tanto de la OCDE como de la UE, en el marco del aumento de la cooperación entre Estados en las actuaciones tendentes a aumentar la transparencia sobre *tax rulings* concedidos, modificados o renovados por las Administraciones tributarias de un Estado.

Ahora bien, y en un sentido totalmente contrapuesto al indicado anteriormente, hay que poner de relieve que la finalidad, a veces olvidada, principal de los *tax rulings* es proporcionar seguridad jurídica. De hecho, aunque ni la OCDE ni la UE han puesto en duda el uso de los *tax rulings*, estas organizaciones se han centrado más en mitigar o combatir los efectos dañinos del uso indebido de los *tax rulings*, que en potenciar su uso como instrumento cuya utilización, bajo unas



premisas claras, y dentro unos límites jurídicos fijados aportan seguridad jurídica. La aportación de seguridad jurídica que brindan los *tax rulings* adquiere aun siquiera mayor relevancia en un área dotada de inseguridad jurídica como es la fiscalidad internacional, y que, además, se encuentra en estrecha relación con factores económicos que pueden alterar sus operaciones por motivos de inseguridad jurídica⁸².

Esta falta de seguridad jurídica es también un elemento de preocupación para gobiernos de distintos países, tal y como refleja el encargo realizado en septiembre del 2016 por el G-20 a la OCDE y al Fondo Monetario internacional (en adelante, FMI) para que elaboren un informe sobre el estado de la seguridad jurídica en el ámbito de la fiscalidad internacional⁸³.

⁸² Siguiendo a SERRANO ANTON, existen múltiples factores o causas que propician incertidumbre jurídica, afectando negativamente la fiscalidad internacional y, por ende, a la inversión. Estas razones son las siguientes: nuevos modelos de negocios, vinculados especialmente a la digitalización económica, decisiones políticas en materia fiscal adoptadas unilateralmente, nuevas normas tributarias a nivel internacional que introducen nuevos cambios en las reglas tanto para los Estados como para los contribuyentes, como, por ejemplo, el Plan BEPS, o las diferentes modificaciones de la normativa europea de la Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. SERRANO ANTON, F., "Seguridad jurídica y gestión del riesgo fiscal: tax rulings, APA, procedimientos amistosos, arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 419, 2018, pág. 9

⁸³ El primer Informe fue publicado en marzo del año 2017, *Vid. IMF/OECD, Report for the G20 Finance Ministers, 2017*, y su última actualización publicada es del año 2019, *Vid. IMF/OECD, Progress Report on Tax Certainty, Paris, 2019*.



Señalada la relación entre los *tax rulings* y la seguridad jurídica, como instrumento que utilizado correctamente aporta certidumbre jurídica a un ámbito especialmente incierto como es la fiscalidad internacional, es pertinente realizar unas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica desde la óptica del derecho interno y europeo, para a partir de estas nociones básicas abordar el tratamiento de los *tax rulings*.

2. NOCIONES GENÉRICAS SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y DEL ÁMBITO TRIBUTARIO

Para conocer el contenido y alcance de este principio esencial de los ordenamientos jurídicos, que a nivel interno se encuentra garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, se debe señalar una idea previa, manifestada por PALAO TABOADA, conforme a la cual “partimos de la concepción de la seguridad jurídica como seguridad del Derecho mismo, no como seguridad obtenida a través del Derecho [....] Así entendida, la seguridad jurídica afecta a los dos momentos esenciales del Derecho: su creación y su aplicación; es decir, al establecimiento y modificación de las normas jurídicas, por un lado, y a la actuación de los órganos que aplican estas normas, o sea, los jueces y la Administración, por otro”⁸⁴. Como se puede advertir, la seguridad jurídica es un principio que puede

⁸⁴ PALAO TABOADA, C., “Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 185, 2020, pág. 2 (versión digital).



tener varias manifestaciones y que exige la observancia de este principio desde la creación de la norma jurídica hasta la aplicación en un caso concreto.

Seguridad jurídica que, siguiendo a SERRANO ANTON, podría ser definida como "como la predictibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos o conducta"⁸⁵, si bien a pesar de ser un concepto jurídico constantemente mencionado en el ámbito tributario, tanto por la normativa, jurisprudencia y doctrina, se trata de un concepto dotado de indefinición⁸⁶. Al mismo tiempo, este concepto engloba un conjunto de principios⁸⁷ que subyacen de este principio como son:

⁸⁵ SERRANO ANTON, F., "Seguridad jurídica y gestión del riesgo fiscal: tax rulings, APA, procedimientos amistosos, arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS", *op. cit.*, pág. 10.

⁸⁶ En estos términos se pronuncia GARCÍA NOVOA al afirmar que "parece que hay que llegar a aprehender la seguridad jurídica a partir de un razonamiento inductivo negativo. Conocemos la seguridad a través de las múltiples situaciones de inseguridad. Además, el concepto es sumamente transversal, de manera que la seguridad jurídica abarca una multiplicidad de expresiones". GARCÍA NOVOA, C., "El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables", *Revista Técnica Tributaria*, nº 124, 2019, pág. 57.

⁸⁷ En este sentido, compartimos las palabras de SÁNCHEZ LÓPEZ quien califica la seguridad jurídica como "principio marco" que opera a través de una serie de subprincipios autónomos que, a la vez, son manifestaciones de este principio de seguridad jurídica como, por ejemplo, la certeza o la confianza legítima. SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E., "La seguridad jurídica y el poliédrico concepto de transparencia. Un apunte en relación con las actuaciones de intercambio de información tributaria", *Quincena fiscal*, nº 1-2, 2021, pág. 6 (versión digital).



legalidad, certeza jurídica, publicidad de las normas y jerarquía.

Sobre este concepto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, siendo una de ellas la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4º (ECLI:ES:TC:1990:46), en la que se precisa que “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”. De esta Sentencia del Tribunal Constitucional se infiere que, este principio jurídico, a pesar de su cierta indefinición, dota de derechos y obligaciones tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos.

Principio el de seguridad jurídica que igualmente forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, aunque no tiene un reconocimiento expreso en el Derecho primario de la UE, como sí hace nuestra Constitución, pero que se encuentra plenamente reconocido gracias a la tarea realiza por el actual TJUE⁸⁸ (antes denominado, TJCE).

⁸⁸ Sobre este particular, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA indica que “el principio comunitario de seguridad jurídica se ha configurado como un “principio implícito”, esto es, como un principio “elaborado o construido” por el intérprete(s) autorizado. En nuestro caso, ese intérprete “constructor” es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), quien ha establecido que el de seguridad jurídica es un “principio general del Derecho Comunitario”. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho



Como se puede comprobar, este principio de seguridad jurídica es una pieza fundamental de los ordenamientos jurídicos y el ámbito tributario no va a ser menos.

Desde una perspectiva tributaria nacional, pero sobre todo internacional, este principio de seguridad jurídica tiene una innegable transcendencia que va más allá del ámbito jurídico y conecta con el terreno económico, por ser un factor fundamental en la elección de la ubicación de las inversiones económicas y del comercio internacional. Seguridad jurídica que no solo es importante para los operadores económicos sino también para los países, porque aquellas jurisdicciones que sean capaces de ofrecer un entorno jurídico sólido permitirá impulsar su crecimiento económico por captar inversión extranjera.

Ahora bien, la seguridad jurídica en la fiscalidad internacional no debe ser entendida como la consecución de una certeza absoluta, porque las repercusiones u obligaciones tributarias pueden variar según factores económicos inciertos tales como la rentabilidad de inversiones o el consumo de los productos comercializados, sino en la concreción de sistemas tributarios estables donde los operadores económicos sean capaces de gestionar el riesgo asociado a la incertidumbre fiscal. Existen varias razones o motivos que reducen la seguridad jurídica en el ámbito tributario como son: la disparidad de interpretaciones que pueden realizar las Administraciones tributarias sobre un mismo estándar internacional; la armonización a nivel internacional; la demora en la resolución de procedimientos administrativos; la soberanía tributaria de cada Estado para diseñar su políticas económicas y tributarias⁸⁹.

comunitario europeo: un estudio comparado", *Cuadernos de derecho público*, nº 28, 2006, pág. 34.

⁸⁹ Cfr. SERRANO ANTON, F., "Seguridad jurídica y gestión del riesgo fiscal: tax rulings, APA, procedimientos amistosos, 298



En consecuencia, hay que aludir a uno de los instrumentos jurídicos que tanto los ordenamientos jurídicos de cada Estado UE como las organizaciones supranacionales, OCDE y UE, han centrado su atención para aumentar la seguridad jurídica en el ámbito tributario: los *tax rulings*.

3. TAX RULINGS: INSTRUMENTOS QUE PROPORCIONAN SEGURIDAD JURÍDICA

Con carácter previo al análisis de los *tax rulings* como herramienta jurídica para aumentar la seguridad jurídica, habría que señalar que, evidentemente, la utilización de estos mecanismos es *a priori* adecuada y beneficiosa para todo tipo de contribuyentes, pero quizás los grandes contribuyentes, entendidos como grandes multinacionales o grupos empresariales con capacidad de generar elevadas cantidades de rentas que pueden ser sometidas a imposición por los sistemas tributarios, sean aquellos que deban utilizar con carácter preferencial este tipo de instrumentos jurídicos. Para estos grandes contribuyentes existen distintas razones que aconsejan el uso de los *tax rulings*, entre las que se podría destacar la siguiente: la prevención de posibles regularizaciones y sanciones tributarias derivadas de una aplicación alejada de la interpretación de la Administración tributaria, que *per se* no quiere decir que la interpretación sea errónea, pero si el contribuyente quiere hacer valer jurídicamente esa interpretación sería necesario acudir a la vía judicial con el consiguiente gasto temporal y

arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS”, *op. cit.*, pág. 13.



económico.

El estudio de los *tax rulings* como herramientas para aumentar la seguridad jurídica comienza, con los APA, un tipo de *tax ruling* que es especialmente relevante en el ámbito de las operaciones vinculadas, una materia muy concreta en la esfera tributaria pero de gran importancia, debido a las controversias que surgen entre las Administraciones tributarias y los grupos empresariales a raíz de la valoración de sus operaciones intragrupo. Es más, este instrumento jurídico adquiere todavía más importancia dado que es la única herramienta alternativa a los sistemas tradicionales de resolución de conflictos en el ámbito administrativo o judicial, que tienen tanto las Administraciones tributarias como los contribuyentes, para obtener una posible solución *ex ante* a las controversias que se puedan producir como consecuencia de la divergencia de valoraciones de una operación económica.

En nuestra normativa tributaria interna se encuentran regulados de un modo genérico en el artículo 91 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT). Además, en relación con el impuesto sobre sociedades, los APA se encuentran regulados en el artículo 18.9 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), y su desarrollo reglamentario en los artículos 21 a 36 y 38 a 44 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, RIS). Una revisión de las distintas fuentes normativas a nivel internacional, europeo y nacional sobre los precios de transferencia nos muestran la complejidad y cantidad de normas que deben cumplir los contribuyentes, siendo en este contexto jurídico tributario donde los APA emergen como un instrumento que aporta certeza jurídica.



Efectivamente, desde una perspectiva internacional, representada principalmente por los trabajos de la OCDE, se podrían indicar tres normas, tanto de carácter vinculante como de *soft law*, que inciden sobre los precios de transferencia: en primer lugar, el artículo 9 del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio de la OCDE; en segundo lugar, las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas y multinacionales y Administraciones tributarias; en tercer lugar, el Plan de Acción BEPS, en sus Acciones 8 a 10 relativas a que los resultados de los precios de transferencia se encuentren alineados con la creación de valor y en su Acción 13 relativa al desarrollo de una documentación sobre precio de transferencia que aumente la transparencia hacia la Administración tributaria.

Desde una óptica europea, las normas sobre precios de transferencia se centran en los trabajos del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia, también podría destacarse la Directiva 2017/1852/UE relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea que puede ser aplicable en materia de precios de transferencia.

Por último, en la normativa de nuestro país son la LIS quien en su artículo 18 y su posterior desarrollo reglamentario, a través del RIS en los artículos 13 a 44, con excepción del artículo 37, los encargados de establecer una regulación normativa sobre los precios de transferencia de operaciones vinculadas.

Como se puede comprobar, existe una muy amplia y variada normativa que pretende regular los precios de transferencia, situación que provoca que la utilización de los APA sea una opción atrayente para los contribuyentes, pero al mismo tiempo dotada de una



gran dificultad práctica para ajustarse a todas las normas que rigen esta materia. Mediante la utilización de este instrumento jurídico se estaría actuando a través de un denominado “puerto seguro” durante el plazo de vigencia del APA, siempre y cuando las condiciones económicas y fácticas sobre las que se concedió el acuerdo no varíen, de manera que se estaría vedando la posibilidad de comprobar por parte de la Administración tributaria⁹⁰.

Ahora bien, la concepción del APA como un instrumento que brinda seguridad jurídica se ha visto debilitada los últimos años en el ámbito europeo, a raíz de las investigaciones formales iniciadas por parte de la Comisión sobre la concesión de ciertos APA por Estados miembros a ciertas empresas multinacionales, desde la perspectiva del régimen jurídico de ayudas de Estado. Es decir, un instrumento destinado a proveer seguridad jurídica y utilizado para poder obtener un método de valoración apropiado al principio de plena competencia, ha visto como su propósito principal ha sido desvirtuado por ser considerado contrario al ordenamiento jurídico europeo, situación que podría incluso derivar en una disminución de la utilización de este tipo de *tax rulings*. Por lo que, para evitar este tipo de problemas, urge que en el ámbito europeo se impulse un mecanismo de armonización de *tax rulings* a nivel europeo.

Por su parte, en el ámbito de los ATR se debe tener presente que este término ofrece una amplia y variada gama de prácticas o normas administrativas y, además, cada país tiene una regulación jurídica distinta. Aunque si bien es cierto que, con independencia de la regulación nacional de cada país, los ATR comparten la característica de ser solicitados con carácter previo a la

⁹⁰ Cfr. GÓMEZ REQUENA, J. A., “Las operaciones entre personas y entidades vinculadas. Precios de transferencia”, *op. cit.*, pág. 296.



operación y el derecho a confiar en esos pronunciamientos administrativos, de manera que normalmente suelen tener un carácter vinculante, de ahí uno de sus indudables beneficios para reforzar la seguridad jurídica⁹¹.

Así, y debido a la amplitud de prácticas administrativas bajo el término ATR en los distintos países, se procederá a delimitar en líneas generales algunas de las características principales de un tipo de estos *tax rulings*, como son las consultas tributarias escritas, desde la óptica de nuestro derecho interno. Estas consultas tributarias escritas son una herramienta que nuestro ordenamiento jurídico interno tiene para proporcionar seguridad jurídica en el tratamiento de situaciones fácticas concretas, aunque con ciertos límites.

En nuestra normativa interna las consultas tributarias escritas encuentran su regulación los artículos 88 y 89 de la LGT complementados con los artículos 65 a 68 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

El carácter *ex ante* de este tipo de *tax rulings* se especifica en el artículo 88.2 de la LGT "las consultas tributarias escritas se formularán antes de la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos, la presentación de declaraciones o

⁹¹ *Vid.* WAERZEGGERS, C., y HILLIER, C., "Introducing an advance tax ruling (ATR) regime—Design considerations for achieving certainty and transparency", *op. cit.*, pág. 2.



autoliquidaciones o el cumplimiento de otras obligaciones tributarias". Por otra parte, el tiempo máximo del que dispone la Administración tributaria española para contestar las consultas tributarias escritas es de seis meses, según establece el artículo 88.6 de la LGT. Tiempo que parece un tanto extenso si se pretende ofrecer una herramienta eficaz para proporcionar seguridad jurídica en un contexto económico altamente volátil, puesto que, debido a múltiples factores no jurídicos, podrían surgir situaciones donde los hechos planteados en la consulta han cambiado por la falta de contestación a la consulta tributaria en un tiempo razonable.

Señalados, en líneas generales, distintos aspectos jurídico-tributarios relacionados con la seguridad jurídica y los *tax rulings*, es necesario realizar algunas observaciones en relación con este asunto.

Como se ha podido advertir, en un contexto altamente incierto como es la fiscalidad en general, y su vertiente internacional, en particular, los *tax rulings* son una herramienta eficaz para limitar el grado de incertidumbre jurídica que rodean a ciertas operaciones económicas o situaciones fácticas en el ámbito tributario. Con lo cual, a nivel internacional, pero sobre todo en el seno de la UE, para la consecución de un verdadero mercado único, se debería producir una cierta reorientación de los trabajos en el ámbito de *tax rulings* para complementar la actividad de control diseñada y potenciar el uso de estos instrumentos jurídicos desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Es decir, desde finales del siglo XX y sobre todo desde el escándalo *LuxLeaks*, los trabajos de la OCDE y UE han versado sobre el aumento de la transparencia en el uso de este tipo de prácticas administrativas, para que un Estado, si considera que ha sido afectado por un *tax rulings*, pueda emprender acciones unilaterales para evitar que su sistema tributario estatal sea perjudicado.



La realización de unos trabajos por parte de estas organizaciones supranacionales destinados a estudiar la actual eficacia del sistema de *tax rulings* y realizar recomendaciones sobre su uso, al estilo de las buenas prácticas incluidas en la Acción 5 del Plan BEPS, fomentaría en gran manera el uso de los *tax rulings* como herramienta que aporta ventajas en el ámbito de la fiscalidad internacional.

En el seno de la UE, estos trabajos deberían tener en consideración la compatibilidad de los *tax rulings* y el régimen jurídico de ayudas de Estado. Se debería de trabajar en unas directrices elaboradas por la Comisión, con la colaboración de los Estados miembros, sobre la emisión de *tax rulings* y la observancia del régimen jurídico de ayudas de Estado para que, en un terreno donde se ha instalado una cierta inseguridad jurídica, los contribuyentes no prescindan de la utilización de los *tax rulings* por la posibilidad de que la Comisión inicie una investigación sobre los mismos⁹².

⁹² Actualmente, solo la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de ayuda de estado de 2016 dedica su apartado 5.4.4.1. al análisis de la relación entre ayudas de estado y *tax rulings*. En este apartado, la Comisión realiza una serie de consideraciones sobre la posibilidad de que un *tax ruling* conceda una ayuda estatal desde la perspectiva de la selectividad material. En este sentido, es destacable comprobar como la Comisión vuelve a incidir en la idea de uno método de valoración de los precios de transferencia acordes con el principio de plena competencia como manifestación del artículo 107.1 del TFUE. Incluso, la Comisión parece establecer una suerte de presunción de métodos de valoración de APA contrarios al régimen jurídico de ayudas de Estado cuando al hilo de señalar unos criterios que indicarían la selectividad material de un *tax rulings* precisa lo siguiente "lo mismo ocurre si la resolución permite a su destinatario utilizar



Obviamente, con esta media no se eximiría la posibilidad de un posterior control del *tax ruling* por parte de la Comisión, pero sí sería más complicado que fuera declarado contrario al Derecho de la UE, al haber asumido el Estado miembro las directrices sobre el uso de *tax rulings*. Es necesario, por tanto, a nivel europeo una labor hacia la consecución de un marco común sobre *tax rulings* donde se garantice la seguridad jurídica no solo a nivel nacional, sino a nivel UE⁹³. Sobre esta cuestión, se debe mencionar el proyecto piloto que en el ámbito del IVA se está desarrollando para plantear *tax rulings* a nivel europeo sobre operaciones IVA entre

métodos alternativos más indirectos para calcular el beneficio imponible, por ejemplo el uso de márgenes fijos para un método de fijación de precios de coste incrementado o de precio de reventa para determinar un precio de transferencia adecuado, cuando se dispone de métodos más directos". Es decir, para la Comisión la simple utilización de estos dos métodos para valorar una operación intragrupo podría denotar que un *tax ruling* es selectivo. Cuestión que el TGUE se ha encargado de desestimar al indicar en varios de sus pronunciamientos al exponer que el mero incumplimiento de los requisitos metodológicos no necesariamente conlleva una reducción de la carga tributaria. El último pronunciamiento en este sentido ha sido el realizado por el TGUE en su Sentencia de 12 de mayo de 2021, *Luxemburgo y otros c. Comisión*, T-816/17 u T-318/18 (*caso Amazon*) (ECLI:EU:T:2021:252).

⁹³ Sobre esta idea, se pronuncia MORENO GONZÁLEZ indicando que "la consecución de un marco a nivel europeo sobre *tax rulings* puede ser visto por algunos como un objetivo lejano y difícilmente alcanzable. Aunque el camino esté plagado de obstáculos, a nuestro juicio podría ser de interés y utilidad la puesta en marcha en el ámbito de la imposición directa societaria de experiencias inspiradas en el proyecto piloto de resoluciones transfronterizas en el ámbito del IVA". MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, op. cit., pág. 296



dos Estados miembros de gran complejidad⁹⁴.

Al mismo tiempo, la implantación de un sistema de *tax rulings* efectivo desde la óptica de la seguridad jurídica debe conectarse con la idea precisada por GARCÍA NOVOA⁹⁵, quien vincula este principio con un factor económico, destacando que un ordenamiento jurídico seguro es un factor clave para atraer inversión extranjera y conseguir una economía competitiva a nivel internacional respecto a otros Estados. Los Estados deben impulsar la utilización de *tax rulings* como un elemento que atraiga a capitales extranjeros para lo cual se debe diseñar un sistema de *tax rulings* eficiente. Ahora bien, la utilización de *tax rulings* para atraer la inversión extranjera transita por la delgada línea entre la competitividad entre Estados "saludable" y la denominada competencia fiscal perniciosa, siendo el marco de transparencia implementado a nivel, OCDE y UE, quien limite los posibles efectos perjudiciales mediante el intercambio de información.

En consecuencia, se puede constatar la importancia y conexión que tienen en el sistema de *tax rulings* dos principios primordiales en la fiscalidad internacional, como son seguridad jurídica y transparencia, el primero como parte del propósito principal de los *tax rulings*, y el segundo como instrumento de control para que los Estados no realicen un uso indebido de los *tax rulings*.

⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *VAT Cross Border Rulings* (CBR), 2021.

⁹⁵ Cfr. GARCÍA NOVOA, C., "El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables", *op. cit.*, págs. 75-76.



CONCLUSIONES

Llegados a este punto, es necesario realizar unas reflexiones finales que permitan determinar con claridad cuáles son las conclusiones extraídas del estudio realizado sobre el contexto actual de los *tax rulings*.

En primer lugar, como se ha podido constatar, la palabra *tax ruling* es un término jurídicamente impreciso que abarca una amplia gama de normas y prácticas administrativas encaminadas a obtener la interpretación, valoración y clarificación en la aplicación de la normativa tributaria en una situación fáctica determinada, que además podrá tener efectos vinculantes, para la Administración tributaria, cuando exista una concreción en los contribuyentes y hechos que solicitan el pronunciamiento administrativo.

Por eso, no es posible ofrecer una definición precisa que delimite correctamente todo el espectro de modalidades que pueden comprender los *tax ruling*, sino que, más bien habría que conocer cuáles son los principales elementos definitorios de este término para poder analizar si una norma o práctica administrativa podría ser calificada como un *tax ruling*. Los elementos definitorios del término *tax ruling* podrían ser: la intervención de un órgano de carácter administrativo con competencia para conceder, modificar o renovar un *tax rulings* y la existencia de una resolución de carácter administrativo sobre la interpretación, aclaración o aplicación de la normativa tributaria, sin perjuicio de que, a su vez, dependiendo de cada tipología de *tax ruling* existan unos elementos propios o característicos de cada tipo de *tax rulings* como, por ejemplo, su carácter *ex ante* o *ex post*.

En segundo lugar, a pesar de la gran variedad de *tax rulings*, se ha realizado un estudio sobre los *tax rulings* que tienen como característica principal su concesión u emisión con carácter previo a la realización de una



transacción con efectos en el ámbito tributario. De modo que, la utilización de estos instrumentos jurídicos utilizados adecuadamente deben servir para un propósito de especial importancia en el ámbito tributario: obtener seguridad jurídica.

En tercer lugar, se ha podido advertir cómo el uso inadecuado de los *tax rulings* como instrumento jurídico asociado a prácticas fiscales perniciosas para la soberanía de los sistemas tributarios estatales como la competencia fiscal perjudicial entre Estado o, más recientemente, la planificación fiscal agresiva. Esta utilización inadecuada ha propiciado que tanto la OCDE como la UE inicien trabajos orientados al aumento de la transparencia en la concesión, modificación y aplicación de los *tax rulings*.

En este sentido, la principal medida implementada para supervisar los *tax rulings*, a nivel internacional y europeo, que se ha desarrollado ha sido el intercambio de información entre Administraciones tributarias. Concretamente, se ha puesto en marcha la Acción 5 del Plan BEPS, a nivel OCDE, y la Directiva 2015/2376/UE, a nivel UE, que establecen diferentes modalidades de intercambio de información con el propósito de desarrollar un marco de transparencia de *tax rulings* a nivel internacional y europeo.

Es decir, el uso inadecuado de los *tax rulings* se ha revelado como un problema de relevancia a nivel internacional como muestra la necesidad de actuación de la OCDE y UE para mitigar sus efectos.

En cuarto lugar, habría que plantearse si la implementación del intercambio de información sobre *tax rulings* es una medida efectiva, para lo cual consideramos que más allá del número de *tax rulings* intercambiados, que obviamente es un síntoma para



valorar el acogimiento de la medida por parte de los Estados, habría que evaluar el contenido propio de la información intercambiada sobre los *tax ruling*, esto es, la calidad de los datos transmitidos.

A tal efecto, las Administraciones tributarias deben procurar ofrecer una información mínima de calidad, aunque siempre dentro de los propios límites de la Acción 5 del Plan BEPS y la Directiva 2015/2376/UE, y del respeto sobre los derechos de los contribuyentes. Este contenido mínimo de calidad se presenta fundamental para que los Estados afectados por un *tax ruling* pudieran evaluar con la mayor de las garantías posibles si efectivamente se encuentran afectados por un *tax ruling* y si deben solicitar una información más detallada al Estado emisor de la información. En este último caso, solicitar información más detallada, también sería útil una información previa de calidad para fundamentar correctamente la propia solicitud de información adicional.

En quinto lugar, debido a la naturaleza jurídica no vinculante del Plan de Acción BEPS, a diferencia de la Directiva 2015/2376/UE, es necesario que las Administraciones tributarias que pretendan incorporar el sistema de intercambio de información establecido en la Acción 5 de BEPS, empleen unos instrumentos jurídicos adecuados a nivel internacional, e interno, que legitimen el intercambio de información entre administraciones tributarias.

Todo ello, debido a que, sin una base jurídica adecuada, garante de unos mínimos requisitos legales, se pueden suscitar aspectos o cuestiones problemáticas relacionados con la legitimidad en el uso de la información recibida por parte de las Administraciones tributarias.

En sexto lugar, en relación con la actividad investigadora de la Comisión de la sobre la concesión de *tax rulings*, fundamentalmente APA, por parte de



Estados miembros a ciertos contribuyentes, principalmente grandes grupos empresariales, desde la óptica del régimen jurídico de las ayudas de Estado se adopta un nuevo enfoque al analizar la Comisión si el método concreto escogido por la Administración tributaria para valorar las operaciones es el correcto.

Sobre esto se debe tener presente que no existe la obligación de escoger un método de valoración concreto sobre operaciones vinculadas, por lo que en cada transacción concreta debe escogerse el método que mejor se adapte a la situación. En consecuencia, si en la adopción del método de valoración se realiza una argumentación técnica y jurídica sólida por parte de la Administración tributaria, sería complicado que un *tax ruling* sea considerado contrario al régimen jurídico de las ayudas de Estado por el simple hecho de no ajustarse al método de valoración que la Comisión considerara más conveniente, ya que, además, se debe demostrar que efectivamente ese *tax ruling* ha supuesto una reducción de la carga tributaria diferente de la que se habría soportado en condiciones de ausencia del APA.

En séptimo lugar, la actividad realizada por parte de la OCDE y UE sobre el desarrollo de medidas destinadas a aumentar el control sobre la utilización de los *tax rulings* por parte de los Estados, debe complementarse con una cierta reorientación de los trabajos de ambas organizaciones internacionales en examinar el estado actual de los *tax rulings* en la fiscalidad internacional y, tras esto, emitir o desarrollar unas recomendaciones que incidan en mejorar los aspectos débiles detectados como medio para alcanzar un sistema de *tax rulings* eficaz. A nivel europeo, esta tarea debería además tener en cuenta la compatibilidad de los *tax rulings* con el régimen jurídico de ayudas de Estado para establecer unos criterios que permitieran presumir *a priori* la



observancia del *tax ruling* con este régimen jurídico.

En octavo lugar, es obvio que el funcionamiento del sistema actual de *tax rulings* no es perfecto; por consiguiente, como propuesta de futuro en el ámbito de los *tax rulings* a nivel internacional, europeo e interno, consideramos que se debería de trabajar en mejorar el sistema actual de *tax rulings* para potenciar su uso como herramienta que proporciona seguridad jurídica mejorando ciertos aspectos de su funcionamiento.

Quizás, los dos elementos sobre los cuáles se podría realizar un mayor impulso en el futuro serían: por una parte, el aspecto temporal, porque existen ciertas ocasiones en las que debido a un largo tiempo de espera para obtener contestación sobre un determinado *tax ruling* pueda perderse la eficacia de su uso, y por tanto se necesita reducir ese período de espera en recibir la contestación sobre un *tax ruling*; por otra parte, se debería trabajar en un aumento de la transparencia, en el sentido de permitir un acceso a la información sobre *tax rulings* por parte de los contribuyentes sencillo, creando al efecto sitios digitales intuitivos y de fácil acceso, para que sean publicados, con la pertinente anonimización de datos personales y confidenciales, los aspectos generales de todos los *tax rulings* concedidos, modificados o renovados por una Administración Tributaria, con la finalidad de que los contribuyentes puedan conocer cuáles son las interpretaciones o criterios administrativos y puedan actuar en consecuencia.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CARRERO, J. M., "La jurisprudencia del TGUE en los casos Starbucks y Fiat: clarificación del impacto del art.107 TFUE sobre APAs y *tax rulings* en materia de precios de transferencia",



Quincena Fiscal, nº 19, 2019.

CALDERÓN CARRERO, J. M., "La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria" en CALDERÓN CARRERO, J. M., & MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., (Autores), *Derecho tributario de la Unión Europea*, Wolter Kluwer, Madrid, 2019.

FERRAZ CORELL, G., "La potenciación del intercambio de información entre autoridades tributarias: intercambio de rulings y documentación de Transfer Pricing", en ALMUDÍ CID, J. M., FERRERAS GUTIÉRREZ J. A., y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA P. A. (Dirs.), *El plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GARCÍA NOVOA, C., "El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables", *Revista Técnica Tributaria*, nº 124, 2019

GÓMEZ REQUENA, J. A., "Las operaciones entre personas y entidades vinculadas. Precios de transferencia", en MORENO GONZÁLEZ, S. & NOCETE CORREA, F.J. (Dirs.), *Introducción a la fiscalidad internacional*, Atelier, Barcelona, 2020.

GUNN, A. y LUTS, J., "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", *EC Tax Review*, nº 2, 2015.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "La competencia fiscal entre Estados", *Unión Europea Aranzadi*, nº. 4, 2009.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "Acción 5. Eliminar las



prácticas fiscales abusivas reforzando la transparencia y la sustancia". en RAMOS PRIETO, J. (Coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Acción 5. La competencia fiscal perjudicial en el proyecto BEPS", en RAMOS PRIETO, J. (Coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

LUCHENA MOZO, G. M., "Fuentes tradicionales del Derecho tributario internacional y de la UE. Nuevos estándares internacionales de respuesta a fenómenos globales", *Quincena Fiscal*, nº 20, 2017.

MACARRO OSUNA, J. M., "La transparencia fiscal como mecanismo para combatir el uso abusivo de los acuerdos tributarios previos (tax rulings y APA) en el Plan BEPS y en el Derecho de la UE", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 413-424, 2017.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "El régimen jurídico de las ayudas de Estado y las normas de naturaleza tributaria", en CALDERÓN CARRERO, J. M., & MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., (Autores), *Derecho tributario de la Unión Europea*, Wolter Kluwer, Madrid, 2019.

MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial, paraísos fiscales e intercambio de información tributaria" en COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (Coords.), *Estudios sobre fraude*

fiscal e intercambio internacional de información tributaria, Atelier, Barcelona, 2012.

MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-Beps*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORENO GONZÁLEZ, S., "Ayudas de estado y tax rulings: ¿Un instrumento adecuado para dar respuesta a los problemas BEPS?", *Revista española de Derecho Financiero*, nº 175, 2017.

PALAO TABOADA, C., "Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias", *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 185, 2020.

RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F., "La competencia fiscal lesiva en la Unión Europea: Código de Conducta y ayudas de Estado", *Studi Tributari Europe*, 2010.

SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E., "La transmisión automática de información. ¿hacia un estandar global de intercambio de información?", *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, nº 11, 2016.

SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E., "La seguridad jurídica y el poliédrico concepto de transparencia. Un apunte en relación con las actuaciones de intercambio de información tributaria", *Quincena fiscal*, nº 1-2, 2021

SERRANO ANTON, F., "Seguridad jurídica y gestión del riesgo fiscal: tax rulings, APA, procedimientos amistosos, arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 419, 2018.



UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., "El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado", *Cuadernos de derecho público*, nº 28, 2006

VAN DE VELDE, E. "«Tax rulings» in the EU Member States", Directorate General for International Policies (Policy Department A: Economic and Scientific Policy), European Parliament, IP/A/ECON/2015-08, PE.563.447, 2015.



ESTUDIO COMPARATIVO DE LA FUNCIÓN NOTARIALROMANA CON LA ACTUAL

D^a Sofía Miranda Dochao

Opositora a Cuerpo Jurídico Superior de la Junta de
Castilla-La Mancha

Resumen: Este trabajo pretende realizar una comparación entre la figura del tabellio romano con la del notario actual para descubrir los muchos puntos en común de estas dos instituciones, reconocidas ambas por la sociedad como verdaderos profesionales del Derecho. Un buen jurista es aquel que conoce la palabra *ius* que proviene de *iustitia* siendo esta el "arte de lo bueno y de lo justo". Es un sacerdote, un guardián de la legalidad ya que rinde culto a la justicia y profesa "el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicado, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía"(Ulpiano. D. 1, 1, 1).

Así, la figura del notario que hoy conocemos realiza una indispensable función pública en el ámbito del estado patrimonial de personas físicas y jurídicas. Además, es quizá uno de los juristas mejor preparados de la actualidad. Estas características son las que previenen



de su posible sustitución por el uso de nuevas tecnologías como los blockchain, ¿podrá adaptarse a la nueva realidad que deparan las nuevas tecnologías? Aparentemente sí, pero sólo el transcurso del tiempo dirá.

Palabras clave: Tabelliones, notario, escrituras, seguridad jurídica, fe pública, blockchain, inteligencia artificial, tecnología.

Abstract: The aim of this paper is to compare the figure of the Roman *tabellio* with that of the current notary, in order to spot the many points in common between these two institutions, both of which are recognised by society as true legal professionals. A good jurist is one who knows the word *ius*, which comes from *iustitia*, *iustitia* being the "art of what is good and just". He is a priest, a guardian of legality, for he cultivates justice and professes "the knowledge of the good and the just, separating the just from the unjust, discerning the lawful from the unlawful, longing to make men good, not only by the fear of punishments, but also by the encouragement of rewards, devoted, if I do not err, to a true and not a pretended philosophy" (Ulpianus. D.1.1.1).

Thus, the figure of the notary as we know it nowadays performs an indispensable public function in the area of the property status of natural and legal persons. In addition, it is perhaps one of the best trained jurists of our present. These characteristics are the ones that prevent its possible replacement by the use of new technologies such as blockchain. Will it be able to adapt to the new reality that new technologies bring? Apparently so, but only time will tell



Key words: Tabelliones, notary public, public deeds, legal security, public faith, blockchain, artificial intelligence, technology.

Sumario:

1. Figuras antecesoras
 3. La función notarial en Roma
 - 3.1 Concepción de fides publica y valor de los documentos elaborados por la figura del tabellio
 - 3.2 Proceso de elaboración del documento notarial
 - 3.3 Importancia de los testigos y documentos
 4. Función actual del notariado
 - 4.1 Características y nociones generales del notario
 - 4.2 De los documentos notariales y la formación de protocolo
 5. Tecnología; nuevas perspectivas
 - 5.1 Blockchain ¿amenaza o nueva forma de trabajar?
 6. Conclusiones
 7. Bibliografía
 8. ANEXOS
- ANEXO I
ANEXO II
ANEXO III. "Los profesionales hablan"

1. FIGURAS ANTECESORAS

Cuando hablamos de la figura del notario en la actualidad lo primero que se nos viene a la mente son palabras como firma, oposición o escritura entre otras. Pero, debemos remontarnos a los orígenes de esta figura o, más bien, a los distintos perfiles profesionales que han desembocado en lo que conocemos como notario hoy en



día. Así, podremos entender su evolución a lo largo de los siglos y cómo la sociedad ha ido reconociéndole importancia al ser uno de los más importantes profesionales del mundo jurídico que nos acompañan en diferentes actos de la vida cotidiana que muchas veces tachamos de tediosos o burocráticos.

En distintas comunidades de la antigüedad encontramos múltiples personas que desempeñaban funciones similares al notario actual. Así, en la comunidad hebrea podemos diferenciar entre tres tipos de escribas: en primer lugar, los escribas del rey que eran aquellos que autenticaban los actos y las resoluciones provenientes del monarca. En segundo lugar, el escriba del pueblo, que desempeñaba una función de redactor de convenios y, por último, el escriba del Estado siendo este un secretario del Consejo de Estado que colaboraba con los Tribunales de Justicia¹.

En Grecia destacan las figuras del "mnemon", y el "hyeromnemon"² con un origen distinto a las figuras romanas debido a que en Grecia existía la práctica de la contratación escrita y, posteriormente registrada en los archivos públicos. El origen de la figura del notario en Grecia tuvo una estrecha relación con el trato con el público siendo una actividad accesoria de los encargados de los archivos públicos y hasta de los propios banqueros³.

¹ Sánchez Maluf, M. "La función notarial en Roma", Anuario de Derecho Civil, nº 8. 2003, pág. 161.

² 2 Ibid., pág. 161.

³ D'Ors, A. "Documentos y notarios en el derecho romanos post- clásico". Centenario de la Ley del Notariado. volumen 1. 1962-1968. pág. 87.



Sin embargo, la figura del notario en Roma tardó más tiempo en aparecer debido a que predominaba el carácter oral de los actos, dónde “el testamento primitivo, la stipulatio, y la mancipatio constituyen las principales fórmulas de negocio con carácter verbal”⁴.

Además, no es clara la existencia de un único profesional que se dedicara a las funciones notariales semejantes a las conocidas en la actualidad. Las fuentes presentan una larga e interminable lista de perfiles que tenían funciones con características comunes a las del notario. Así, encontramos los notarii, scribae, tabeliones, tabularii, chartabularii, actuarii, librarii, emanuenses, logographi, refrendarii, cancelarii, diastoleos, censuales, lobelenses, numerarii, scrinarii, cornicularii, diastoleos, censuales, lobelenses, exceptores, epistolares, etc.⁵

Sin embargo, no todas las figuras mencionadas desempeñaban las funciones exactas de los notarios actuales, aunque sí tenían ciertas similitudes. Así, por ejemplo, los librarii se encargaban de la custodia de los libros, los accensi, también denominados accensi magistratum, eran aquellos auxiliares de los magistrados investidos de imperium que desempeñaban funciones subalternas dentro del grupo de auxiliares que el estado brindaba a los candidatos electos⁶ y los censuales que redactaban, corregían, registraban, anotaban los senadoconsultos y distribuían edictos del pretor⁷.

⁴ 4 Fernández de Buján, A., “Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho Romano”, Revista de Estudios Latinos. 2001. pág 191.

⁵ Ibid. págs. 159-170.

⁶ Muñoz Coello, J., “Accensi Magistratum”, Habis, nº 18-19, 1987-1988, pág 401.

⁷ Sánchez Maluf, M., op cit., pág 161.



Debido a la extensión de figuras que podrían tener funciones similares a las del notario, la doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar cuáles son los antecedentes directos del Notariado. Por una parte, la doctrina mayoritaria concibe el Notariado como una institución prácticamente reciente en la historia jurídica con concretos antecedentes en el Bajo Imperio romano, mientras que otro sector de la doctrina considera cualquier antecedente por muy remoto que sea como una verdadera organización del Notariado, que aun disponiendo de un carácter rudimentario satisfacía las principales necesidades de la función. Asimismo, es coincidente la idea que de entre las figuras expuestas tienen mayor relevancia y características comunes con la función notarial actual los perfiles del scriba, el notarius, el tabularius y, en especial el tabellio⁸.

En primer lugar, el scriba era aquel que custodiaba los documentos y que estaba al servicio del pretor. Señala Sánchez Maluf que estos scriba no eran esclavos sino libres y gozaban de una posición preferente en los espectáculos públicos ya que tenían un cierto estatus. Ciertamente, eran los encargados de anotar en las tablas las actas públicas⁹. Festo afirma de estas figuras: "scribas proprio nomine antiqui et librarios et poetas vocabant; at nunc dicuntur scribae equidem librari, qui rationes publicas scribunt in tabulis (de verborum significatu¹⁰, L. 446). Fernández Casado añade a esta

⁸ Ibid. pág 162.

⁹ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 162.

¹⁰ Traducción; Los antiguos llamaron propiamente scriba a los librarii y a los poetas; ahora ciertamente se dice scribas a los librari, los cuales escriben rationes públicas en tablas.



cita de Festo lo siguiente; itaque faciebant illud quod hodie Notarii faciunt¹¹.

Debido a esto, eran muchos los escribas que estaban al servicio de los magistrados maiores tales como pretores o cónsules para la redacción de documentos relacionados con su función de ejercer en nombre de la res publica romana. El ius flavianum es uno de los ejemplos más claros que tenemos de cómo las contribuciones de estos escribas tenían una fuerte relevancia en la historia del Derecho; llamamos ius flavianum al calendario de acciones publicado por Cneo Flavio¹², escriba del cónsul Apio Claudio en el año 304 a.C por el que el estudio del Derecho dejó de estar en manos de unos pocos para abrirse al conocimiento de todos, exponiéndose las tablillas de bronce en la plaza para que todo el mundo pudiera acceder al derecho vigente. Fue tan importante la obra del escriba para el pueblo que llegó a ser nombrado tribuno de la plebe, senador y edil curul; "cuando Apio Claudio hubo propuesto y reducido á forma estas acciones, Cneo Flavio, su escribiente hijo de un libertino, entregó al pueblo el libro que había sustraído; y tan grato fue al pueblo este regalo que le hizo tribuno de la plebe, senador y curul" (D 1.2.7).

Por otro lado, estarían los llamados notarios judiciales, conocidos en Roma con los nombres de scribae, exceptores, epistolares y cornicularii quienes formaban

¹¹ El autor añade a la cita de Festo lo siguiente; itaque faciebant illud quod hodie Notarii faciunt porque a él le parece que es una figura asimilable al notario de su época. Véase en Fernández Casado, M. Tratado de Notaría. Madrid. 1895. pág 57.

¹² Cneo Flavio elaboró los llamados "calendarios fasti" que informaban de los días hábiles para actividades administrativas y políticas (dies fasti) y en cuales las actividades religiosas (dies nefasti) con el fin de no perturbar la "pax" o paz con los dioses.



un grupo de funcionarios que no se encargaban de autenticar actos de las Autoridades como los anteriores sino, única y exclusivamente de los Tribunales de Justicia¹³.

Al final del ciclo romano, durante el Imperio Bizantino, encontramos la figura del notarius¹⁴ que se puede relacionar con los taquígrafos actuales ya que sus funciones principales eran la recepción de exposiciones verbales provenientes de terceros y la plasmación de estas por escrito con rapidez. Para ello se servía de abreviaturas y signos, para ir más rápido¹⁵. En algunos momentos, estos eran también requeridos para la redacción de asuntos entre particulares y actos de última voluntad, los llamados testaments. A su vez, encontramos la figura del notario gubernativo, a diferencia de lo que ocurrían en el grupo anterior, eran las personas encargadas de autenticar actos procedentes de alguna autoridad independiente del orden judicial.

¹³ Bono, J. Historia del derecho notarial español. Madrid. 1979, pp 70-71; Sánchez Maluf, M. op cit. pág 161.

¹⁴ Fernández de Buján llama notarius a aquellos que realizaban funciones similares a los taquígrafos actuales. Véase en Fernández de Buján, A (2001). op cit. pág 191. Por su parte, Sánchez Maluf define a los notarii como aquellos que llevaban a cabo funciones similares a las del taquígrafo. Véase en su obra Sánchez Maluf, A. op cit. pág 162. Asimismo, D'Ors explica cómo que nota es la "abreviatura estenográfica" y notarius son aquellos a los que se les puede relacionar con la figura del taquígrafo actual. Véase e D'Ors, A. op cit. pág 86.

¹⁵ Estas abreviaturas fueron llamadas notas tironianas, por haberlas usado Tirón, liberto de Cicerón. Una de las abreviaturas usadas con más frecuencia era q.s.s.s., que significa quae supra scripta sunt o q.nq.a.nq que equivale a queano neque ais neque negas. Véase en Fernández Casado, M. op cit. pág.56.



Sin embargo, las figuras más interesantes por cuanto más cercanas a las funciones del notario son los tabularii y tabelliones. Ciertamente, es necesario señalar que para definir y diferenciar estas figuras debemos remontarnos a las llamadas tabulas las cuales eran los documentos redactados sobre tablas cubiertas de cera en las que se grababa el texto correspondiente. Los dos perfiles provienen de la misma palabra, pero tienen significados diversos que a lo largo de los años han sido erróneamente identificados tal vez debido a que “en la época justiniana, las funciones de tabularii y de tabelliones se confunden recibiendo el tabellio de Constantinopla el nombre de tabularius denominación que perdura hasta la caída del Imperio Bizantino”¹⁶.

Con el fin de aclarar este error puramente etimológico, los tabularii eran aquellos que ejercían funciones notariales pero su condición jurídica era la de esclavo. Estas figuras surgieron por primera vez por Marco Antonio¹⁷ en las provincias y tenían funciones de contadores en las administraciones centrales de las provincias romanas y de los municipios. Los tabularii ostentaban un carácter público considerados como *personae publicae*, siendo, en definitiva, escribas adscritos al oficio de un funcionario¹⁸. Destaca Bono que “los tabularii eran funcionarios subalternos de la curia municipal, encargados de múltiples labores de contabilidad y percepción de impuestos y de llevanza de archivos municipales”¹⁹. Aunque desempeñaban funciones notariales, no ostentaban plena *fides publica* los actos en los que intervenían ya que las funciones que

¹⁶ Ibid. pág.56; Bono, J. op cit. pág 55.

¹⁷ Marco Antonio ordenó que todos los nacimientos fueran informados a los tabularii dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que ocurrieron.

¹⁸ D’Ors, A. op cit. pág 87.

¹⁹ Bono, J. op cit. pág 54.



realizaban eran de "contabilidad, percepción de impuestos y los archivos públicos, de ahí la consideración de su cargo dentro de los officia publica de las ciudades"²⁰.

Todas las figuras mencionadas hasta ahora tenían una característica común y es su intrínseca relación con el Estado, todos ellos eran funcionarios que llevaban a cabo funciones públicas.

Sin embargo, la figura del tabeli6n o tabellio no ejercía una funci6n p6blica, sino que su funci6n era totalmente privada. Esto se debía a que realizaba la escrituraci6n de los actos y negocios jur6dicos de los particulares con autorizaci6n del Estado. Podemos encontrar la primera menci6n a los tabelliones en D. 48, 19, 9, 4 realizada por Ulpiano donde se lleva a cabo una separaci6n entre profesiones jur6dicas, al distinguir entre "iuris studiosis interdicti, vel advocatis, vel tabellionibus sive pragmaticis"²¹. Adem6s, las tareas de los tabelliones quedan especificadas como "instrumentara omnino forment, libellos concipiant, testationes consignent" (D. 48,19,9,5) a6nadi6ndose con posterioridad, "testamenta ordinent vel scribant, vel signent"²² (D. 48,19,9,7).

²⁰ Fern6ndez de Buj6n, A (2001). op cit. p6g 191.

²¹ Traducci6n; "A los que estudian el derecho, 6 a los abogados, 6 a los tabeliones o pragm6ticos".

²² Este t6tulo 19 del libro 48 del Digesto habla de las prohibiciones de mandato dirigidas a aquellos que gobernaban las provincias. La traducci6n de tal regulaci6n est6 en forma negativa, es decir, las funciones del tabellio se expresan en forma de negaci6n dado que establecen prescripciones para aquellos gobernadores. Por lo tanto, la traducci6n ser6a la siguiente; "tambi6n se les suele prohibir que no formalicen de ning6n modo instrumentos, ni confeccionen libelos, ni firmen declaraciones testificales" (D. 48,19,9,5). "tambi6n se les



Asimismo, diversas fuentes afirman que existieron tabelliones tanto en la parte Oriente como Occidente del Imperio romano²³.

De los tabelliones sabemos que eran considerados “scriptores profesionales”²⁴ llevando a cabo sus funciones cerca del foro romano en unos lugares fijos llamados stationes o statio. Además, es importante señalar que el derecho a plaza provenía de una designación gubernamental. Con respecto a la figura de la statio existen diversas interpretaciones con relación a su naturaleza debido a que una parte de la doctrina señala que esta es un lugar de naturaleza privada perfectamente enajenable, existiendo un propietario de dicha plaza o statio que podía coincidir o no con la figura del tabellio²⁵.

En el caso de que existieran dos personas diferentes, arrendador de la plaza y arrendatario que sería el tabellio, este último tenía el derecho al uso y disfrute de la plaza, derecho a ejercer y desempeñar funciones en esta. Otros no le atribuyen ninguna naturaleza, expresando que el tabellio simplemente ejercía su función en esta plaza pero que no era dueño de esta²⁶. No obstante, todo parece indicar que la plaza o statio de los tabelliones eran objeto de tráfico privado debido a que dicha plaza podía ser propiedad de un tercero que podía arrendarla al notario con el fin de desempeñar su

suele prohibir que dispongan testamentos, ó los escriban, ó los signen” (D. 48,19,9,7).

²³ Amelotti, M. (2 de abril de 1987). “Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado.

²⁴ Bono, J. op. cit. pág 46; Amelotti, M y Costamagna, G; Alle origini del notariato italiano. Milano. 1995. pág 15 y ss.

²⁵ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 165.

²⁶ Ibid. pág. 165.



función²⁷. Sea como fuere, lo que sí estaba claro es que en la (Constitución XLV. Novela 45) se establecen una serie de sanciones que veremos posteriormente que se imponen a los notarios por no atender al ejercicio de sus funciones teniendo como consecuencia la expulsión de estos de las llamadas "estaciones" (stationes).

Respecto a sus funciones, en las fuentes, concretamente en la (Constitución LXXVI. Nov 76) se deduce que no solo redactaban documentos de contratos y testamentos, sino que también, realizaban instancias y declaraciones testificales para los tribunales. Los tabelliones podían tener a su cargo a scriptores o ministrantes que eran auxiliares que los ayudaban con el ejercicio de su cargo estando también presentes en las stations o plazas. En cuanto a su naturaleza, al no tener los tabelliones la condición de funcionario público, no gozaban del *ius actorum conficiendorum*. Aun así, ejercían cargos de rango jurídico redactando documentos relacionados con la actividad de los particulares y brindado asesoramiento jurídico²⁸. Y, aunque anteriormente he señalado que su nombre provenía de las llamadas "tabulas" lo cierto, es que no utilizaban estas para su función, sino que utilizaban otro tipo de tablas llamadas "tabella" siendo estas de menor tamaño que las anteriores para su mejor uso entre particulares, de las que luego se pasaría a los papiros y, posteriormente a los pergaminos²⁹.

Con todo lo dicho, es claro que el antecedente que puede ser considerado un precedente a la figura del notario actual es el tabellio por las muchas funciones y particularidades comunes al notario de nuestros días.

²⁷ Ibid. págs.163- 165.

²⁸ Fernández de Buján, A (2001). op cit. pág 192.

²⁹ Fernández de Buján, A (2007). op.cit. pág 129.



Como he expuesto, las figuras de los tabularii y los tabelliones pueden ser objeto de confusión aun siendo figuras aparentemente diferentes debido a que uno tenía una condición de persona pública siendo, además, esclavo y, otro ejercía labores en el ámbito privado. D'Ors resalta que tal confusión resulta de "la tendencia a equiparar el documento privado notarial con el documento público"³⁰ y como se expondrá en diferentes puntos del trabajo, la fides publica solo la ostentaban aquellos funcionarios públicos que tenían el ius actorum conficiendorum por lo que sería incorrecto equiparar los documentos elaborados por los tabelliones con aquellos que gozan de fe pública. A causa de este problema, D'Ors afirma que el "término más ajustado para designar el notario es el tabellio, es decir, el que escribe las tablillas (tabulae) en que se hacían constar los actos jurídicos."³¹

Otro de los factores entre tabularius y tabelliones que puede llevar a error es su condición económica. Aunque los tabularius eran considerados cosas u objetos al ser meros esclavos, lo cierto es que los tabelliones no tenían un poder adquisitivo muy elevado. Esto se debe a que en realidad aun siendo los tabelliones personas libres y los tabularius esclavos, el nivel social de los tabelliones era muy bajo. Sólo hay que consultar cuál era el arancel notarial fijado por Diocleciano en su ley de tasas "10 sesteracios³² por cada 100 líneas³³", cuando un copista cobraba entre 25 o 20 sesteracios. Aunque también es cierto que cada vez tenían más importancia estas figuras

³⁰ D'ors. op cit. pp 89.

³¹ Ibid. págs. 86 y 87.

³² Antigua moneda romana de plata que equivalía a dos ases y medio.

³³ Edictum de pretiis, 7, 41.



fijándose en el Edictum de pretiis las tarifas que pueden exigir por el desempeño de sus funciones³⁴.

Las figuras anteriores tenían una característica común siendo esta su relación con el *populus*, ya que los diferentes actos que afectan al ámbito familiar romano estaban conectados de alguna forma con la sociedad romana. Esta conexión pudo estar ligada al sentimiento de identidad y diferenciación que tenían los ciudadanos romanos desde el origen de Roma, siendo una ciudad diferenciada de las otras, estableciendo fronteras tanto físicas como jurídico- religiosas. Así pues, en la historia romana nos encontramos con varias figuras en las que el *populus* tenía una función esencial en determinados negocios jurídicos, como la *adrogatio* mediante la cual una persona *adrogatus* (adoptado) se incorporaba bajo la protección de un *adrogator* (adoptante). O el famoso *testamentum*, por parte de aquel *pater familias* que no disponía de herederos y quería procurarse uno. Estos actos se celebraban ante el pueblo reunido en asamblea, que actuaba como fedatario público. De esta manera, se refleja cómo el *populus* afecta a la vida familiar romana y actos resultantes de esta³⁵.

Con el tiempo, este rito oral propio de la época arcaica romana donde la sociedad era de un número reducido de personas irá evolucionando a una Roma cada vez más poblada donde será necesario la plasmación de dichos documentos en tablillas. Así, por ejemplo, la figura del testamento que se venía desarrollando de una forma

³⁴ D´Ors, A. op. cit. pág 89.

³⁵ Véase en García Garrido, M. J. Derecho privado romano. 2015. pág 257; Fuenteseca, P. Derecho privado romano. 1978. pág 479.



oral, pasa a ser escrito³⁶, apareciendo en las Instituciones de Gayo³⁷ la figura de la nuncupatio siendo esta una declaración de carácter solemne en el que el testador dice “en estas tablas está mi testamento”. Es decir, las tabulae o tablillas³⁸ en las que se redactaba el testamento por escrito.

2. LA FUNCIÓN NOTARIAL EN ROMA

2.1 Concepción de fides publica y valor de los documentos elaborados por la figura del tabellio.

Una vez constatadas las diferentes figuras antecedentes del notario actual remarcando cuáles son las que tienen

³⁶ Como expresa Mario Amelotti en su obra, Justiniano regula la relación entre el negocio y el documento en el plano procesal. En cuanto a los negocios de menos enjundia, es decir, los menos importantes, se permanecía con el rito oral. Pero, si existía una cierta cantidad relevante de dinero, era necesario plasmar este por escrito. Véase en Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág 141.

³⁷ Según señala Fernández Buján, en la República comienzan a proliferar los textos escritos en contraposición al rito oral que se venía desarrollando desde la época arcaica. Comienzan a documentarse diferentes actos en tablillas de madera llamas “tabulae ceratae” de hasta 2 o más láminas extraídas de un mismo madero para no incurrir en ningún acto de falsedad del documento. Además, estaban unidas unas a otras por cordones de cuero atados por agujeros o ranuras. El texto redactado en las tablillas recibía el nombre de testatio y llevaba a cabo la exposición de lo hecho en tercera persona, es decir, con la clara intervención de una tercera persona para elaborar y redactar dicho documento. Véase en Fernández de Buján, A. (2005). op cit. pág 121.

³⁸ “El primer documento escrito con relación a un negocio que asume un valor particular está representado propiamente por las tablillas testamentarias”, Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág 137.



mayores similitudes con este, es necesario explicar en qué consistía la función notarial de aquellos profesionales dedicados a la redacción de documentos con efectos probatorios y su relación con la llamada fides pública. Así, Sánchez Maluf señala que cuando hablamos del cuerpo notarial debemos tener en cuenta varios datos tanto de carácter histórico, antropológico, sociológico y jurídico³⁹, ya que desde épocas antiguas se ha observado cómo el hombre tiene esa necesidad de que sus asuntos le sobrevivan, es decir, que sea recordados constantemente por sus contemporáneos y hasta por generaciones posteriores. Es necesario destacar una cita de J. J Hall en la que explica que el surgimiento del notariado está relacionado con la "necesidad que ha tenido el hombre de transmitir de una manera indubitada a las generaciones venideras la fe y la verdad de los hechos jurídicos"⁴⁰.

Este deseo inmanente propio del ser humano ha sido atendido por parte de los distintos ordenamientos jurídicos dando lugar a un surgimiento histórico de figuras a través de las cuales se ha ido desarrollando la figura del notario. Por ello, como dice Fernández Casado, la institución del Notariado comprende a todas aquellas personas que han tenido y tienen la facultad de autenticar los actos de las autoridades, corporaciones y personas de toda clase y condición de diferentes épocas y bajo diferentes denominaciones⁴¹ con el fin de proteger sus intereses. Y por Notaría se entiende "el arte que enseña a redactar con precisión y claridad, con arreglo a las leyes, los actos y contratos de los particulares, y por

³⁹ Sánchez Maluf, M., op cit. págs. 159-170.

⁴⁰ Hall, J.J. El Notariado. Buenos Aires. 1916. pág 1.

⁴¹ Fernández Casado, M. op cit. pp 11- 139.



Notariado el conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la Notaría⁴².

Tal y como señala Fernández de Buján "los tabelliones han conservado en toda la historia del Derecho Romano su carácter de profesionales privados"⁴³ y, por tanto, los documentos elaborados por ellos carecieron de dicha fides publica porque "habría sido incompatible en la comunidad política romana con su permanente posición como profesionales privados, incluso en una época como el Dominado, caracterizada por el autoritarismo y la burocratización"⁴⁴.

Sin embargo, el autor también señala que, aunque dichos tabelliones no tuvieran este ius actorum conficiendorum y, por lo tanto, los documentos elaborados por ellos no tenían fe pública⁴⁵. En la práctica los efectos fueron diferentes debido a que se relacionó el documento elaborado por el tabellio a con un documento público. Tenemos constancia de ellos en las fuentes dónde se puede ver cómo este documento se considera instrumentum publice confectum expresión utilizada en las disposiciones reguladas en la (Constitución LXXVI. Nov 76).

En la (Constitución LXXVI. Nov 76) se les dota a estos documentos elaborados por los tabelliones de efectividad y credibilidad, es decir, plena fides publica siempre y cuando el notario atestigüe bajo juramento ante el Tribunal su propia intervención en la elaboración del documento. Así, Amelotti afirma que "un mayor valor

⁴² Fernández Casado, M. op.c. pág 23.

⁴³ Fernández de Buján, A, (2001). op cit. pág 192.

⁴⁴ Ibid. pág 197.

⁴⁵ Fernández de Buján, A. (2001). op cit. págs. 142- 192. Toda la página es referente a las páginas citadas de la obra del autor.



asume el documento si ha sido redactado por persona particularmente experta, es decir, por un tabellio". Asimismo, explica que este documento tiene gran valor respecto a otros "no sólo porque la participación del notario garantiza el rigor jurídico de las cláusulas negociales, sino porque será suficiente el notario, incluso sin testigos, para poder dar testimonio de las mismas y confirmar la verdad"⁴⁶.

De hecho, un testamento finalizado por quien hubiera redactado el documento, que podía o no ser coincidente con la figura del tabellio, si es jurado por el mismo haciendo constancia de su pleno conocimiento y su intervención en este, se consideraba suficiente y quedaba excluido del procedimiento de convalidación llamado *comparatio literarum*. Este era un proceso en el que si una parte quería favorecer su posición respecto a la otra en un procedimiento judicial aportando un documento elaborado por otra persona, y se tienen dudas acerca de quién llevó a cabo dicho documento, en este caso, debía llevarse a cabo esta comparación o *comparatio literarum* con el fin de verificar que ese escrito ha sido elaborado por la persona que consta en el documento procediendo así a su convalidación⁴⁷ y poder así beneficiar a la parte que lo presenta ante el Tribunal reputándose esa prueba documental como veraz.

En definitiva, la fuerza probatoria de los documentos públicos confecta era superior a los documentos meramente privados y la fuerza de los llamados instrumentos quasi públicos confecta cuya fuerza probatoria derivaba de los tres testigos de buena e

⁴⁶ Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág.144.

⁴⁷ Fernández de Buján, A. (2001). op cit. pág 194; Fernández de Buján, A. (2005). op cit. pág 129.



íntegra reputación que los habían suscrito⁴⁸ eran inferiores a su vez a los instrumenta publica o los llamados documentos puramente públicos que producían fe pública por sí mismos.

Por otro lado, explica Amelotti que "si el documento de los tabelliones tenía mayor valor, el resultado óptimo se produce si el documento deviene público mediante la insinuatio"⁴⁹, siendo este un procedimiento que requería de ciertas formalidades y ejecución de ciertos requisitos -lectura oral del acto escrito ante la curia-, por el cual un documento o negocio oral⁵⁰ deviene público. Estamos, por tanto, ante un modo por el cual se eleva un documento privado a público dotándole de fides publica, una vez leído, se redactaba una copia auténtica de dicha verbalización expidiéndose la llamada "copia auténtica del expediente de la curia" obteniéndose de esta manera el documento público o instrumenta publicem⁵¹.

En un primer momento sólo podían ser objeto de insinuatio determinados actos negociales como las donaciones que superaban una determinada cantidad, pero, posteriormente, Justiniano regula en la (Constitución LXXVI. Nov 76) que podía ser objeto de insinuatio cualquier negocio confiriéndole plena credibilidad ante terceros expidiéndose, en definitiva, un documento público. Amelotti explica que nosotros tendemos a relacionar este procedimiento con el registro de documentos en las oficinas públicas o ante la curia municipal, algo muy similar a nuestros Institutos de

⁴⁸ Ibid. pág 193.

⁴⁹ Amelotti, M. (2 de abril 1987). op cit. pág 143.

⁵⁰ Mediante el procedimiento de la insinuatio se podía "llegar al documento público sin documento escrito de partida" desarrollando oralmente el negocio ante la curia. Véase en Amelotti, M. op cit. pág 143.

⁵¹ Ibid. pág 143.



registro actuales, pero, en realidad, era un procedimiento en el que la curia desempeñaba una función activa dentro del proceso de la insinuatio⁵².

A modo de conclusión, podemos decir, siguiendo a Sánchez Maluf respecto a la explicación del surgimiento de la función notarial en Roma, "que el notariado ha surgido como un elemento de carácter puramente social con el objetivo de proteger las relaciones de carácter mayoritariamente económico de los particulares. Siempre indubitada esta función a la fe pública, siendo su virtud sustancial"⁵³.

2.2 Proceso de elaboración del documento notarial

El documento del tabellio se elaboraba mediante un proceso en el cual se distinguen claramente varios pasos a seguir por las partes y por el tabellio, o aquellos que estaban bajo su poder, auxiliares o ministrantes, con el fin de elaborar el documento requerido.

En primer lugar, tenía lugar el llamado initium (comienzo) en el que las partes requerían al tabellio para que interviniese en la plasmación de un acto o negocio jurídico en un documento. Esta primera fase de elaboración del documento tenía que estar iniciado mediante la rogatio o principio de rogatoria en el que las partes intervinientes solicitaban la ayuda del tabellio o uno de sus auxiliares elaborando una scheda (informe) o borrador en el que se recoge la voluntad de las partes. Una vez redactada la scheda era leída a los particulares para que estos solicitaran la modificación o eliminación

⁵² Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág 143.

⁵³ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 160.



de algún punto del documento con el que no estén de acuerdo⁵⁴.

Una vez finalizada la corrección del informe, si la hubiere por petición de las partes, se procedía a la completo contracti vel instrumenti en el que la información plasmada en la scheda es redactada in extenso y pasada a lo que va a ser el documento final. Es notorio señalar que en este paso es obligatoria la presencia del tabellio debido a que según establece la (Constitución XLV. Nov 45)⁵⁵ del emperador Justiniano, los tabelliones deben estar presentes desde el principio hasta el final de la completo, para evitar la delegación de funciones del notario a sus auxiliares, no respondiendo el tabellio de aquellos documentos no redactados por ellos mismos sino por sus auxiliares. Es en esta Constitución donde se expresa la razón de la regulación de dichas sanciones a los notarios a partir de un litigio en el que una mujer presentó un documento redactado no por su letra sino por la de otro, debido a que esta no sabía escribir. Dicho

⁵⁴ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 166.

⁵⁵ En dicha (Constitución XLV. Nov 45) se establecen una serie de prescripciones con el fin de evitar el absentismo notarial y la ausencia de conocimiento del contenido de la escritura por parte del tabellio. De este modo se estipula lo siguiente; "pues nosotros creemos que es conveniente auxiliar a todos, y hacer una ley común para todos los casos, a fin de que los mismos que están al frente del trabajo de los notarios se les imponga de todos modos que formalicen por sí el documento, y que estén presentes hasta que se acabe, y no se ponga al documento la conclusión, de otra suerte, sino si se hubieran hecho estas cosas, á fin de que tengan medio para conocer el negocio, é interrogados por los jueces puedan saber lo que se siguió, y responder, principalmente cuando no saben de letras los que encargan tales cosas, en quienes es fácil e incontrarrestable la negación de lo que verdaderamente se hizo".



documento había sido realizado por un notario y un auxiliar ya que en el documento constaban sus firmas y las de los testigos. Posteriormente, se dio el caso que la mujer no estaba de acuerdo con lo que venía establecido en el documento llamando al notario a declarar ante el juez. Este expresó que reconocía la letra en la que había sido escrito el documento, pero, que desconocía de la existencia del mismo debido a que se lo había encargado a uno de sus trabajadores. Además, tampoco acudió a la conclusión y firma del documento. Finalmente, no se encontró a aquel al que se le asignó la función de redactar dicho documento y si el juez no tuviera la declaración de los testigos serían muy fácil perder por completo el conocimiento del negocio jurídico. Por todo ello, Justiniano reguló diferentes sanciones y medidas para así obligar al notario a responder de sus actos o aquellos actos que fueran realizados por uno de sus trabajadores en su statio con el fin de proteger a los particulares ante situaciones en los que el tabellio no respondía por el documento redactado por uno de sus trabajadores sino solamente por los elaborados por él.

Las sanciones podían ser la pérdida de la plaza o statio otorgándose a al auxiliar que realizó dicho documento, o la pérdida de la plaza por indignidad que se daba cuando el tabellio no procediera a la elaboración y redacción del documento una vez que se le ha requerido por los particulares. Dicha pérdida de la plaza o statio no podía perjudicar en ningún momento a terceros, situación que podía ocurrir en los casos en los que la statio no era propiedad del tabellio sino de otra persona diferente a este expresando lo siguiente;

“Mas si acaso fuera indigno de recibir autoridad en la plaza aquel a quién contra lo que por nosotros ha sido dispuesto en la presente ley, se le encomienda un



documento, piérdela ciertamente por esta causa del notario y sea constituido otro en su lugar sin que en nada absolutamente haya de ser perjudicado el dueño de la plaza". Incluso, en dichas Novelas se resalta la obligación del notario de constituir a un trabajador o esperar a un día óptimo en el caso de enfermedad o situación puntal que por consecuencia de esta no se pueda redactar el documento expresando que "porque las causas que acontecen raras veces no causarán impedimento a la generalidad" (Constitución XLV. Nov 45). De este modo, destaca la obligatoriedad de la presencia del tabellio en las fases de redacción y comprobación del documento.

Finalmente, continuando con el proceso de elaboración del documento, los últimos pasos para la formalización de este son, por un lado, la completo⁵⁶ o conclusión donde el notario autoriza y, consecuentemente, firma el documento. Y, por el otro, la absolutio siendo este el acto de entrega del documento a las partes.

En relación a la fecha de los documentos, la (Constitución XLVIII. Nov 48) expresa que la indicación de la fecha⁵⁷ que tenía que llevar a cabo el tabellio debía remitirse al día y nombre del cónsul, o haciendo referencia a un acontecimiento de gran peso de la época

⁵⁶ En la época de Justiniano, el documento elaborado por el tabellio debe ser puesto en limpio – nisi instrumenta in mundum recepta- requiriéndose de la autorización – completo- del tabellio y de la conformidad – absolutio- de las partes, sin que pueda derivarse ningún derecho del documento puesto en limpio, mientras que no fuera declarado "completum et absolutum" por el notario. La fórmula de perfección del documento tabeliónico recibía el nombre de completi et absolvi.

Fernández de Buján, A. (2001). op cit. pág 198.

⁵⁷ En la Constitución XLVIII (Nov 48) Justiniano elabora un nuevo sistema de datación al que deben atenerse aquellos que redactan los documentos.



en la que se llevó a cabo el documento ejemplificando expresamente que se debía proceder de la siguiente manera, "en el año tal del Imperio de tal Augusto Emperador, y después de esto, escriban el nombre del Cónsul que hay en el año, en tercer lugar, la indicción, el mes y el día"⁵⁸ añadiendo como explicación a este sistema de datación que, de esta forma, "se conservará íntegramente la fecha, y con la memoria del imperio, y del orden del consulado, y las demás circunstancias consignadas en los documentos, se hará que éstos sean perfectamente inalterables" (Constitución LXVI. Nov 76).

Por otro lado, se debe tener en cuenta el concepto del protocolo⁵⁹. Podemos encontrar el origen etimológico de esta palabra en dos vocablos griegos; "proto" (primer) y "kolla" (engrudo). Así, el protocolo sería la primera hoja de papel pegada en los libros con cola o engrudo. Sin embargo, en Roma era aquella señal auténtica que se incorporaba a todos aquellos que fueran públicos y no privados. En la época del Bajo Imperio romano, no era una señal sino una especie de etiqueta que era colocada en la parte inferior de los rollos de papiro. Sin embargo, tal y como explica Sánchez Maluf, una parte de la doctrina encuentra un origen etimológico diferente de la palabra protocolo ya que estos consideran que la palabra proviene de "protos" y de "collatio"⁶⁰ significando esta última palabra el cotejo⁶¹ o comparación de un

⁵⁸ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 167.

⁵⁹ Hoy en día, el protocolo es el conjunto de documentos que autoriza el notario que son ordenados de manera correlativa en carpetas de características concretas teniendo la fecha una gran relevancia.

⁶⁰ Sánchez Maluf, M. op cit. pág 166.

⁶¹ En la (Constitución LXXVI. Nov 76) se explica el procedimiento del cotejo que se llevaba a cabo cuando todos los testigos hubieran fallecido o, estuvieran ausentes. También



documento original -comparatio literarum-. Y, lo cierto, es que también podemos encontrar cierta relación con el procedimiento de cotejo del notario actual.

A consecuencia de ello, Justiniano ordena a los tabelliones en la (Constitución XLV. Nov 45) "no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que en principio tenga (lo que se llama protocolo), el nombre del que a sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento, y lo que en tales hojas se escribe, que no corte el protocolo, sino que lo dejen unido".

2.3 Importancia de los testigos y documentos

En relación con los documentos, se debe tener una noción clara de lo que es un documento notarial siendo este una "cosa" tal y como dice Rodríguez Agradós. Pero, lo cierto es que a esa "cosa" se le añade un trabajo realizado por el hombre obteniendo como resultado un documento. En la época romana dicho documento, si es elaborado por una persona o por otra de diversa condición o índole, va a ser considerado como documento público o privado. Asimismo, unos van a tener más importancia que otros y van a ser dotados de la llamada publica fides. Sin embargo, un documento

se realizaba cuando no estaba presente por fallecimiento o ausencia el notario que autorizó el documento expresándose que dicho procedimiento se debe hacer con "toda escrupulosidad". Además, cabía la posibilidad de que el juez conecedor del caso estableciera la obligación de prestar juramento por parte del que exhibe el documento el cual tenía que expresar "que no es sabedor de ninguna maldad en lo que por él se presenta, ni preparó que se cometiera algún fraude en el cotejo, y que se vale de ellos a fin de que no se pierda nada absolutamente, y se dé en toda seguridad a las cosas".



privado característico es el elaborado por el tabellio que, con los años y a lo largo de las diferentes leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales, va a desempeñar una función muy importante en el ámbito de la prueba en el proceso judicial y en el ámbito negocial siempre o, casi siempre, acompañado de testigos los cuales debían cumplir una serie de características que desarrollaré a continuación⁶².

Tal y como destacan diversos autores como Amelotti o Fernández de Buján, no hay constancia de ninguna disposición legislativa ya sea ley, ya sea senadoconsulta o constitución imperial que desarrolle la prueba de una forma homogénea y global⁶³. Con carácter general se puede decir que, desde un primer momento, los medios de prueba más utilizados eran los testigos los cuales desempeñaban un papel muy importante en determinados negocios de carácter oral como la nuncupatio o la mancipatio. Pero, con el paso del tiempo y con la evolución de la plasmación de diversos negocios jurídicos – sobre todo los de cierto índole patrimonial- en forma escrita, el papel de los testigos no era ya referidos a actos orales, sino que estos eran incorporados en el documento en el que se plasmaba el negocio llevado a cabo por las partes. Como señala Fernández de Buján,

⁶² Rodríguez Adrados, A. "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial".

Centenario de la Ley del Notariado. Sección II. Volumen I. pág 686.

⁶³ Existe un intento de sistematización en un fragmento del Código Teodosiano XI,39, De fide testium et intrumentorum, en el que se considera a los testigos como un medio de prueba previo a la prueba escrita o documental. Antonio Fernández de Buján, A. (2005) op cit. pág 118; Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág 135.



no era un requisito sustancial que estos testigos fueran incorporados en los documentos, es decir, no tenían un carácter ad substantiam sino que valían para ayudar a afirmar la veracidad de la prueba del negocio.

Sin embargo, en la práctica cada vez era más frecuente que muchos testigos fueran incorporados a los documentos y, que, probaran en el procedimiento judicial la veracidad de ese documento afirmando que estaban allí en el momento del suceso del negocio jurídico⁶⁴. Por esta razón, el juez no sólo debía atender a diferentes cualidades de los testigos como que fueran dignos y veraces, sino que, también, debían ser estos fidedignos expresándose que no debe haber sospecha en su testimonio, ni debe haber sospecha de que lo haga con el objetivo de lucrarse por ello, ni por favor o enemistad (Constitución LXXVI. Nov 76). Dichas cualidades de los testigos también se explican en C.J 4.20.5 donde se dice que "es conveniente, que para favorecer a la verdad se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la fidelidad debida a la religiosidad judicial".

Con motivo de lo explicado, es necesario saber en qué tipos de documentos se precisaba de testigos para verificar la veracidad de los documentos y, por lo tanto, ayudar en su fuerza probatoria en un procedimiento. Así, necesitaban de testigos los documentos quasi publice confecta y los publice confecta. Sensus contrario, no necesitaban testigos los documentos privados ni los documentos públicos⁶⁵ puesto que estos últimos

⁶⁴ Fernández de Buján, A. (2005). op cit. pág 119.

⁶⁵ En relación con la falta de necesidad de testigos en los documentos públicos, nos encontramos una Constitución de Zenón C.20,15,6 (Zenón, a. 486) que expresa que los documentos públicos, por el mero hecho de ser públicos, no necesitan de testigos.



contaban con la llamada publica fides. Como ya sabemos, los documentos elaborados por los tabelliones no tenían publica fides al no ser documentos públicos, pero sí eran denominados quasi publice confecta y, por lo tanto, van a precisar de la asistencia de testigos. Así, la (Constitución LXXVI. Nov 76) establece que “mas también si los instrumentos hubieran sido hechos públicamente (publice confecta), aunque tengan el complemento de los notarios, agrégueseles antes que sean terminados, la presencia de testigos que consten por escrito”.

Un punto de inflexión en la importancia de la prueba testifical en relación con la prueba documental fue auspiciado por el emperador Constantino (C.J. 4,21,20) quién estableció en una de sus Constituciones que tanto valía la fe de los instrumentos como las declaraciones de los testigos⁶⁶ así como que no debe prevalecer el testimonio no escrito frente el testimonio escrito “contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud proferetur”⁶⁷ (C.J. 4,20,1).

Una de las explicaciones de por qué decidió este emperador equilibrar el grado de importancia de un tipo de prueba y otra la da Amelotti expresando que Constantino observa que la sociedad está cambiando y

⁶⁶ En esta constitución se explica que únicamente se pueden realizar cotejos sobre “instrumentos forenses ó públicos”. A los que se añaden los documentos hechos por los quirógrafos siempre y cuando tengan la firma dichos documentos de tres testigos a lo que se añade que es necesario que si tienen la firma de estos tres testigos “se le dé fe á la letra de ellos, ó declarándolo ellos mismos, (ora todos, ora en todo caso dos de ellos), ó mediante el cotejo de la firma de los testigos”.

⁶⁷ Traducción; Contra un testimonio escrito no se produce testimonio no escrito.



va aumentando en ciudadanos y, consecuentemente en negocios con una mayor cantidad de patrimonio en juego. Por ello, se da la necesidad e incluso la exigencia, de constatar todo mediante la escritura. Con Constantino la forma escrita deviene ad substantiam para determinados negocios como la donación o la venta de inmuebles⁶⁸.

Con respecto a los documentos privados aun no siendo necesaria la presencia de testigos, el emperador Justiniano la recomienda, concretamente un mínimo de tres expresándose en la (Constitución LXXVI. Nov 76) "si alguien quiere hacer con seguridad un depósito, no presente confianza a la sola escritura del que lo recibe sino llame al que da el depósito también testigos y, no menos de tres a fin de que no estemos pendiente de la sola escritura y de su examen". Lo mismo ocurría para los contratos de mutuo y de permuta, siendo recomendados no menos de tres testigos con el debido cotejo de las escrituras. Sin embargo, cuando alguna de las partes del negocio no sabía escribir o, como expresamente dispone "no sabía de letras", no bastaba sólo con la presencia de tres testigos, sino que en estos casos Justiniano recomendando la presencia de no menos de cinco testigos con el fin de que "de este modo se adquiriera la veracidad de los documentos" (Constitución LXXVI. Nov 76).

Esta Constitución de Justiniano enuncia una solución y, es que, cuando hubiera una discordancia entre el testimonio de los testigos y el examen de las letras, es decir, el proceso de cotejo en ese supuesto, se daba preferencia al testimonio de los testigos constando que "en este caso, hemos, a la verdad, estimado que más bien sea digno de fe lo que se dice de viva voz y bajo

⁶⁸ Amelotti, M. (2 de abril de 1987). op cit. pág 141.



juramento, que no que subsista por sí misma la escritura" (Constitución LXXVI. Nov 76). Desde mi punto de vista, está claro que aun estando en una época de auge en la escritura, los contratos orales tenían aún cierta importancia en la sociedad romana, aunque cada vez eran más escasos en el ámbito negocial romano.

Por otro lado, dicha constitución también señala cómo la influencia de los tabelliones iba cobrando más importancia en relación con el testimonio prestado por estos en el procedimiento judicial diciéndose que "el testimonio prestado también por voz del que los perfeccionó, y que tiene agregado juramento, dio cierto valor al negocio". Por ello, una vez escuchado el testimonio del tabellio no era necesario acudir al cotejo de las escrituras. Además, era considerado como el mejor de los testigos o, como expresa Fernández de Buján "como un testigo privilegiado"⁶⁹. Este autor considera que esta disposición de Justiniano adquiere gran relevancia en relación con el tema estudiado en este trabajo, expresando que dicha (Constitución LXXVI. Nov 76) expone "el punto final de una lenta pero constante evolución precedente, caracterizada por el progresivo valor concedido a la prueba documental, que sólo con muchas vacilaciones consigue emanciparse – salvo el documento público- de la testifical"⁷⁰.

⁶⁹ Fernández de Buján, A (2005). op cit. pág 121.

⁷⁰ Ibid. pág 121.



3. FUNCIÓN ACTUAL DEL NOTARIO

3.1 Características y nociones generales del notario

La función notarial es una labor compleja con multitud de contenidos que finaliza con la autorización del documento público por parte del notario y la recepción de las partes de este. Tal y como afirma Ávila Álvarez "la autorización es el punto culminante de la función a la que sólo se desemboca tras un proceso o serie de actos y que exige una actividad funcional complementaria"⁷¹.

La labor del notario no solo consiste en firmar, redactar y elaborar documentos. La función del notario es mucho más, comprende un inmenso haz de competencias que van desde recibir a las partes, escucharlas, comprender cuáles son sus verdaderas voluntades hasta informarlas de las posibles soluciones que la ley da a sus pretensiones y redactar la escritura que devendrá pública incorporando las voluntades exactas de las partes. Además, debe autorizar dicho documento, conservarlo, elaborar el protocolo y, expedir copias del instrumento para que así conste su existencia. Asimismo, hay que añadir a esto las competencias que se han incorporado a la función del notario actual en estos últimos años como la cooperación con la Administración para evitar el blanqueo de capitales y la colaboración con Hacienda para evitar el fraude fiscal enviándose quincenalmente los índices o colaborando con la Administración de justicia para ayudar a solventar el colapso aumentado por la pandemia⁷². Expuesto lo

⁷¹ Ávila Álvarez, P. Derecho Notarial. 1990, pág 1.

⁷² La Administración de Justicia solicitó a los notarios su colaboración en el "Plan de reactivación de la Justicia" por el cual los notarios tienen que desarrollar vías alternativas a la judicial para así ayudar a solventar el colapso jurídico en la Administración. Véase en Barrio del Olmo, C. P. "Colaboración



anterior, podemos afirmar al igual que Rodríguez Adrados, que “los principios relativos a la función notarial y al notario que la ejerce son fundamentalmente tres: verdad, legalidad y profesionalidad”⁷³ siendo los notarios unos de los mayores profesionales del derecho de nuestro país. A su vez, Sánchez Lima destaca que “en el notario debe conjugarse una capacidad técnica óptima, constantemente actualizada, y una solvencia moral y ética, que le permita ser depositario de la fe pública”⁷⁴.

La definición de notario la podemos encontrar en el artículo 1 del Reglamento de la Organización y Régimen del notariado⁷⁵ donde se explica que el notario es un

notarial para evitar el colapso de la Administración de Justicia subsiguiente al estado de alarma”. El Notario del siglo XXI. N.º 91-92. 2020. Obtenida el 25/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-91-92/opinion/opinion/10122-colaboracion-notarial-para-evitar-el-colapso-de-la-administracion-de-justicia-subsiguiente-al-estado-de-alarma>

⁷³ Rodríguez Adrados, A. “Principios Notariales”. El Notario del siglo XXI. N.º 6. 2006. Obtenida el 26/05/2021 en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3052-principios-notariales-0-19471092726542702>

⁷⁴ Sánchez Lima, M. “El notario como autor y responsable del documento notarial”. Ensayo, presentado en la postulación para la Universidad Mundial del Notariado. 2018. pág 9.

⁷⁵ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 1944, núm 189, pp. 5225 a 5282.

El reglamento de la organización y régimen del Notariado se modifica en algunos artículos por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Boletín Oficial del Estado, 29 de enero de 2007, núm 25, pp. 4021 a 4070.



funcionario público que ejerce la fe pública notarial⁷⁶y, además, es considerado como un profesional del derecho al igual que los tabelliones en la antigua Roma. “Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” (artículo 1 del Reglamento)⁷⁷. Giménez- Arnau define al notario como aquel que lleva a cabo una “función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo”⁷⁸. “En la esfera de los hechos, los notarios deben dar fe con exactitud de todo lo que ven, oyen y perciben por sus sentidos”. (artículo 1 del Reglamento). Por ello, el notario debe percibir si por ejemplo una persona es capaz o no de llevar a cabo un testamento cerciorándose con exactitud de la capacidad para testar de esa persona o realizar cualquier acto o negocio jurídico. Y, en la esfera del derecho, deben dar

⁷⁶ El lema de los notarios es una frase en latín; “Nihil Prius Fide” (nada antes que la fe). Con este lema es clara la importancia de la fe pública notarial para los notarios y el buen uso de ella durante su carrera profesional. Como señala Herrán en su obra, la fe pública tiene como propósito “establecer sin dudas que la relación entre acto y testimonio es verdad”. Por su parte, Ríos Helling añade que es “la relación de verdad entre el hecho o acto y lo manifestado en el instrumento”. Véase en Herrán, A. “Blockchain y la función Notarial. Fecha cierta e indubitabilidad como funciones del Notario Público y su relación con la Tecnología Blockchain”. En Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial. 2020. pág 1002; Ríos Hellig, J. La práctica del derecho notarial. 2007. pág 58.

⁷⁷ Debo destacar que, dicha función de asesoramiento se lleva a cabo de una forma imparcial y gratuita por parte del notario.

⁷⁸ Gimenez- Arnau, E. Introducción al Derecho Notarial. 1944. pág 26.



autenticidad y fuerza probatoria de la voluntad de las partes a través de las escrituras elaboradas por estos.

Esta voluntad de las partes tiene una estrecha relación con la rogatio romana. Al igual que en el derecho romano, los notarios no pueden actuar sin el previo requerimiento de las partes. Dicha rogatio viene regulada en el artículo 3 del Reglamento en el que se expresa que "el notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar sin previa rogación del sujeto, excepto en casos legalmente fijados". Como expresa Ávila Álvarez, "por regla general la función del Notariado no se inicia motu proprio: el ministerio notarial necesita la puesta en marcha por la instancia del particular"⁷⁹. Por ello, cada particular goza de un derecho de libre elección del notario debiendo iniciar siempre la consulta a instancia de parte con la obligatoria prestación del servicio por parte del notario. Esta regla la veíamos en la regulación de Justiniano –(Constitución XLV. Nov 45)- en la que se pretendía castigar a los tabelliones que se negasen a atender a los particulares.

Desde mi punto de vista, las disposiciones normativas de Justiniano contra el absentismo notarial pueden ser entendidas como el origen de la regla prevista en el artículo 2 de la Ley del Notariado⁸⁰ en la que se estipula que "el Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo en las leyes". Añadiendo el artículo 3 del Reglamento que "la prestación del ministerio notarial tiene carácter

⁷⁹ Ávila Álvarez, P. op cit. pág 13.

⁸⁰ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Boletín Oficial del Estado, 19 de junio de 1862, núm. 149. Me referiré a dicha ley como "Ley del Notariado".



obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida”.

Con respecto a la capacidad, son competentes para ser notarios, aquellos que no incurran en las causas de incompatibilidad reguladas en el artículo 7 del Reglamento⁸¹. El Título II de la Ley del Notariado se dedica a explicar los requisitos para obtener, mediante la superación de la oposición, la condición de notario y así poder ostentar de fe pública. Así, el artículo 10 regula que “los que aspiren a realizar las pruebas selectivas para el ingreso del Notariado” deben reunir una serie de condiciones tales como ser español u ostentar la nacionalidad de cualquier país miembro de la Unión Europea, ser mayor de edad, no encontrarse comprendido en ningún caso de incapacidad para el desempeño de su función, y ser graduado o licenciado en Derecho. El notario Molleda Fernández-Llamazares señala que la única novedad que introdujo la Ley del Notariado frente al régimen anterior a la promulgación de dicha ley fue “la de abrir camino hacia las Notarías a los abogados, en absoluta paridad con los que hubieran cursado los estudios del Notariado”⁸². Además, su

⁸¹ El artículo 7 del reglamento señala las causas por las que una persona no puede ejercer la función notarial; “Los impedidos física o psíquicamente para desempeñar el cargo, los que estuvieren inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de sentencia firme, los que se hallaren declarados en situación de prodigalidad, los quebrados no rehabilitados, los concursados no declarados inculpables y aquellos que como consecuencia de expediente disciplinario hubieran sido separados del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, por resolución firme”.

⁸² Molleda Fernández- Llamazáres, JA. “Estudio de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862”. Centenario de la Ley del Notariado. Volumen I. pág 642. Es destacable la opinión del autor sobre la ausencia del establecimiento de un año de prácticas del oficio en la Ley. Desde el punto de vista



función será incompatible con “todo cargo que lleve aneja su jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo o gratificación y con los cargos que le obliguen a residir fuera de su domicilio” (artículo 16 de la Ley del Notariado).

En cuanto a su naturaleza, aun siendo funcionarios públicos⁸³, ya que se accede a la profesión únicamente por oposición (artículo 10 y 12 de la Ley del Notariado), los notarios tienen una naturaleza híbrida. Es decir, aunque son funcionarios, su autonomía es plena constando esto en el artículo 1 del reglamento; “en ningún caso, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario”.

En su organización jerárquica, dependen únicamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los

del autor, “la no exigencia expresa de un requisito de práctica ca notarial puede y debe considerarse como un grave defecto de la L.O”. Véase en Molleda Fernández- Llamazares, JA. op cit. pág 642.

⁸³ La calificación del notario como funcionario público ha suscitado muchas críticas desde la promulgación de la Ley de Notariado de 28 de mayo de 1862. Lo que sí es claro, tal y como expresa Danés y Torras es que “el Notario, si es que es en realidad funcionario, es lo menos funcionario que puede imaginarse”, añadiendo que, la calificación de funcionario público produce una “incomodidad psíquica que al Notario ha de producirle esta calificación de funcionario público ya que nace, crece, vive y muere a la sombra del Presupuesto del Estado”. Véase en Danés y Torras, D. “El notario como funcionario, como técnico en derecho, consultor y asesor”. Centenario de la Ley del Notariado. Volumen II. págs. 163-169.



Registros y del Notariado⁸⁴, pero ellos son responsables de la gestión de su notaría y del sustento de la misma. Además, se encargan de la contratación de sus trabajadores (tanto oficiales como auxiliares). Esta naturaleza de carácter híbrido entre lo público y lo privado se ha visto cristalizada durante los primeros meses de la pandemia ocasionada por el COVID'19 sobre la que afirma Gomá Lanzón que "el delicado equilibrio de incentivos públicos y privados que caracteriza nuestra profesión impone una respuesta caracterizada por la flexibilidad y capacidad de adaptación en un entorno público-privado"⁸⁵.

Es claro que, al ser una profesión entre los dos mundos de la doctrina jurídica, su responsabilidad es mucho mayor y sus funciones más extensas al abarcar tanto responsabilidades de funcionario público, siendo un servicio esencial para la sociedad, como de empresario al gestionar todo lo relativo a su notaría y trabajadores. Sin embargo, resulta interesante que las facultades del notario están delimitadas territorialmente a su partido judicial o distrito. Es decir, la jurisdicción del notario sólo es válida, excepto en algunos casos tasados⁸⁶, al distrito

⁸⁴ Actualmente la Dirección General de Registros y Notariado adopta el nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública desde el año 2020.

⁸⁵ Gomá Lanzón, I. "La función notarial en tiempos de coronavirus". El Notario del siglo XXI. N.º 90. 2020. Obtenida el 26/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus>

⁸⁶ Estos casos tasados en los que el notario puede actuar fuera de su Distrito para actuar en otros colindantes son dos. En aquellos municipios colindantes en los que no ejerza ningún notario, para autorizar testamento de aquellas personas que se encuentra gravemente enferma y, en aquellos Distritos que haya quedado sin notario en activo cuando esto no se haya



notarial en el que está demarcada su Notaría (artículo 3 Reglamento). Como consecuencia de ello, el notario debe residir cerca de su notaría para desempeñar de una forma correcta su función y ejercicio; "la residencia habitual de los Notarios ha de ser el punto designado en la creación de su respectivo oficio" (artículo 7 Ley del Notariado). Podrán establecer su residencia en el lugar que deseen siempre y cuando estén dentro del partido judicial en el que se halle su notaría. Asimismo, el artículo 41 de la Ley del Notariado regula que "habrá colegios de notarios en los puntos que el Gobierno designe" añadiendo que "a cada colegio pertenecerán todos los notarios del territorio señalado". Así, los notarios dependen jerárquicamente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, pero están adscritos a un Colegio Notarial dependiendo del territorio dónde se halle su notaría. Dichos colegios están dirigidos por Juntas las cuales en casos de "falta de disciplina o de decoro" por parte del notario podrán "reprenderlos por escrito y multarlos gubernativamente". Por lo tanto, el Notario puede actuar únicamente dentro de su Distrito ya que tal y como expresa Ávila Álvarez salvo algunas excepciones, "la actuación del Notario fuera de su Distrito es ilícita. Y como el Notario carece de fe pública fuera de aquel, los instrumentos autorizados en otro son nulos"⁸⁷.

Asimismo, la responsabilidad del notario es amplia, tal y como explica el notario Prieto Escudero, el notario es completamente responsable de todos sus actos respondiendo de estos con "todos sus bienes pasados, presentes y futuros" y son, junto con los Registradores

previsto en el cuadro de sustituciones. Véase en Ávila Álvarez, P. op cit. pág 27.

⁸⁷ Ávila Álvarez, P. op cit. pág 27.



de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles los únicos funcionarios que están retribuidos con arancel siendo una clara consecuencia del grado de responsabilidad de su función (ver anexo III). Así, en el artículo 17. 2 de la Ley del Notariado se expresa que “El Notario deberá velar por la más estricta veracidad de dichos índices, así como su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, y será responsable de cualquier discrepancia que exista entre ellos”.

Como afirma Ávila Álvarez, “un documento falso, inexacto o simplemente imperfecto es un peligro para el tráfico jurídico”⁸⁸ no sólo por el perjuicio que esto supone a las partes, sino por la publicidad que se ha dado de un documento falso o erróneo. A su vez, tal responsabilidad es consecuencia de la labor tan importante que llevan a cabo los notarios ya que todos los documentos redactados por ellos, al dotar de publicidad ante todos no pueden ser revocados por cualquiera, sino que, al producir la escritura pública efectos jurídico-reales, sólo puede ser revocada por un Juez. Es decir, existe una presunción de legalidad en cuanto a las escrituras. Por ello, para probar que dicho documento es erróneo debe impugnarse ante un juez y podrá ser revocado por sentencia firme en relación con el artículo trescientos diecinueve (319) de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁹; “en defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”.

⁸⁸ Ibid. pág 2.

⁸⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm 7. pp 575- 728.



Esta disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil está estrechamente relacionada con la seguridad jurídica preventiva que brinda el Notariado en nuestro país. Ya que, al realizar y autorizar documentos públicos erga omnes, previene futuros conflictos y costes innecesarios debido a que lo elevado a escritura pública tiene efectos probatorios ante todos. Por ello, muchas veces los notarios no han sido sólo meros conservadores de documentos, sino que, a su vez, son, resolutores de conflictos entre particulares o empresas.

3.2 De los documentos notariales y la formación de protocolo.

Son múltiples los documentos que realiza el notario y que podemos encontrar en el artículo 17 de la Ley del Notariado que establece que "el notariado redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y formará protocolos y Libros- Registros de operaciones".

De todos los documentos expuestos, voy a centrarme en el estudio y explicación de las escrituras matrices, de las copias simples y de la formación del protocolo ya que considero que son los que son más habituales en el tráfico jurídico diario en una notaría.

Es importante tener en cuenta que todas las escrituras que elabora, redacta y firma el notario tienen el calificativo de "públicas"⁹⁰ debido a que estos ostentan la fe pública notarial obtenida por la superación del proceso selectivo de la oposición al cuerpo notarial. Estas

⁹⁰ Debemos relacionar el carácter público de las escrituras elaboradas por el notario actual con las escrituras de los tabelliones las cuales no contaban con esa característica de publice confecta.



escrituras públicas tienen como contenido “las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas las clases”⁹¹. Dichas escrituras públicas pueden ser escrituras matrices o copias simples, ambas dotan del mismo contenido, pero su diferencia es crucial en el tráfico jurídico. La escritura matriz es aquella “escritura original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, y firmada y signada por el Notario” (artículo 17 de la Ley del Notariado). Además, es importante señalar que las escrituras públicas dotan de determinados efectos como efectos probatorios⁹², efectos íntegros, efectos de título ejecutivo, efectos legitimadores y, suponen un medio para la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, la copia simple o, como señala el artículo 17 de la Ley del Notariado “primera copia”, es el traslado de la escritura matriz a esta que tienen “derecho a obtener por primera vez los otorgantes” dicha copia puede tener dos formas de circulación, en formato papel, o en formato electrónico. Este último formato no resulta un problema para el desenvolvimiento normal de una notaría debido a que está perfectamente contemplado en la ley regulándolo el artículo 17 bis de la Ley del Notariado; “los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de

⁹¹ Ávila Álvarez, P. op cit. pág 33.

⁹² Al igual que en la época romana, los particulares en la actualidad pueden utilizar la escritura pública como prueba en cualquier procedimiento judicial.



aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias”. Caso análogo ocurre con la incorporación de la firma digital regulada en la ley 24/2001⁹³ por la cual los notarios y registradores deben tener una firma de “carácter avanzada que sólo servirá para la remisión de documentos y demás informaciones, por razón de la función pública desempeñada por notarios y registradores, que deberá vincular unos datos de verificación de firma a la identidad de su titular, su condición de Notario o Registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, que está en servicio activo y la plaza de destino”⁹⁴.

Sea como fuere, lo que podemos extraer de este artículo 17 es que la escritura matriz es propiedad exclusiva del notario y, por lo tanto, no puede salir de la notaría. Mientras que la copia simple es entregada a las partes y puede salir de la notaría sin ningún problema. Este secreto y guarda de la escritura matriz por parte del notario, constituye una garantía inmensa para los particulares debido a que la escritura original del acto o negocio jurídico que se ha plasmado en esta no puede ser visto ni modificado por nadie que no sean las partes participantes en el procedimiento.

⁹³ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. 31 de diciembre de 2001. núm 313. Págs. 50.493 – 50. 619.

⁹⁴ Instrucción de 18 de marzo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con relación al artículo 107 de la Ley 24/ 2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 9 de abril de 2003, núm 85, págs.13673 a 13677.



Por su parte, las actas, son constataciones de hechos que el notario percibe a través de sus sentidos con el fin de documentar una realidad. Un acta está integrada a sensu contrario de la escritura pública por los "hechos jurídicos que no pueden calificarse como actos o contratos"⁹⁵. De la misma forma que las escrituras, también se pueden impugnar por fraude en el documento público cuando el notario mienta o no estuviera capacitado en el momento de la constatación de los hechos, es decir, en casos de nulidad o falsedad. Por falsedad, "debemos entender que la presunción de verdad que se asume del contenido del instrumento notarial no corresponde con la realidad"⁹⁶. En otras palabras, el instrumento público deviene falso por no adecuarse a la exactitud de los hechos o pretensiones de las partes⁹⁷.

Un elemento diferenciador entre la escritura pública y el acta es que, en esta última, el notario no adecúa la voluntad de las partes a un lenguaje legal, sino que únicamente "se limita a recibir la información y verterla en un documento"⁹⁸. Por otro lado, en las actas los particulares no necesitan una capacidad que deba comprobarse por el notario para que se realicen, sino que, únicamente, se necesita una capacidad de

⁹⁵ Ibid. pág 33.

⁹⁶ Herrán, A. op cit. pág 1003.

⁹⁷ Un instrumento notarial se considera válido por dos causas principales. La primera, "porque ha sido sancionado y autenticado por el Estado a través de un delegado de la función de la Fe Pública". Y, la segunda, "los hechos, derechos, obligaciones, voluntades y, demás elementos, del negocio jurídico consignado en el instrumento coinciden con la realidad". Si alguno de estos dos elementos explicados no se encuentra presentes en el instrumento público, será ineficaz. Véase en Herrán, A. op cit. pág 1004.

⁹⁸ Ávila Álvarez. op cit. pág 34.



comprensión del texto e identificarse ante el notario. Lo que sí se necesita es interés legítimo, es decir, un interés de que ese hecho quede plasmado en un documento notarial debido a que el notario no puede dar constancia de hechos caprichosamente, sino únicamente, cuando alguien se lo requiere.

En cuanto al protocolo, además de la creación de la escritura y la correspondiente adopción a esta de la voluntad de las partes, el notario debe elaborar su propio protocolo siendo responsable exclusivamente de este. En el artículo 5 de la Ley del Notariado se regula que "cada Notario formará así su propio protocolo" siendo un archivo en el que se añaden "los instrumentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año, contado desde primero de enero a treinta y uno de diciembre, ambos inclusive, aunque en su transcurso haya vacado la Notaría y se haya nombrado nuevo Notario" artículo doscientos setenta y dos (272) del Reglamento. De una forma más coloquial, es el conjunto de documentos que autoriza el notario cada año, ordenados de una forma determinada. La elaboración y guarda de los documentos que autoriza el notario es una labor esencial de este con graves consecuencias reguladas en el artículo doscientos setenta y nueve

(279) del Reglamento en el que se explica que los protocolos; "si se deteriorasen por falta de diligencia, los Notarios y Archiveros lo repondrán a sus expensas, incurriendo además en responsabilidad disciplinaria".

Por último, es necesario hacer referencia a la fecha de los instrumentos públicos ya que es muy importante, hasta tal punto que un testamento es declarado nulo si no consta la fecha en este. Sin embargo, en los demás contratos sólo será necesario que conste la fecha sin la hora, pero en el caso de los testamentos debe constar



siempre la hora y el día. La importancia de la fecha viene regulada en el artículo 1218 del Código Civil en el que se estipula que los documentos públicos son documentos probatorios en un procedimiento "aun contra tercero" no solo del hecho que motiva su otorgamiento sino también de la fecha del mismo. Unas de las funciones notariales que sigue perviviendo desde la época de los tabelliones es el cotejo por el cual, el notario da constancia que lo exhibido ante él en un procedimiento judicial es cierto. Uno de los principales requisitos en este procedimiento de cotejo es que se dé fecha veraz y exacta con el fin de evitar falsificaciones o alteraciones del documento.

Todas las funciones y responsabilidad explicadas las realiza el notario con resultados óptimos. Pero al estar en la era de la globalización y ciber conexión, muchos se preguntan si gran parte de las funciones de estos profesionales pueden ser sustituidas por sistemas informáticos que, a simple vista, pueden tener resultados "idénticos" a cuando lo realiza este guardián de la fe pública.

4. TECNOLOGÍA; NUEVAS PERSPECTIVAS

4.1 Blockchain ¿amenaza o nueva forma de trabajar?

Estamos ante una era donde podemos contemplar como puestos de trabajo, sobre todo en el mundo mecánico y burocrático, están siendo reemplazados por sistemas tecnológicos. La abogada del Estado de la Nuez Sánchez-Cascado pone el punto de mira en la inteligencia artificial y la tecnología afirmando que este suceso no es el mañana, sino que es el hoy. La inteligencia artificial y la tecnología en los puestos de trabajo es una realidad a la que nos vamos a tener que enfrentar más pronto que tarde, sobre todo en el ámbito de las Administraciones



Públicas, “es importante subrayar que uno de los problemas al que nos enfrentamos cuando hablamos de la es que no siempre es posible detectar su utilización, no ya cuando complementa o auxilia sino incluso cuando suple a las personas en los procesos de toma de decisiones”⁹⁹.

Desde el surgimiento de la cadena de valores o, dicho en inglés los blockchain¹⁰⁰, muchos han afirmado que puede ser el “nuevo notario del siglo XXI” y, como este trabajo está orientado a estudiar e investigar la función notarial, es necesario mirar hacia el futuro, y hablar sobre este sistema que muchos afirman que es una nueva amenaza para la figura del notario.

⁹⁹ De la Nuez Sánchez- Cascado, E. “Inteligencia artificial y transparencia. Especial referencia a su utilización en el ámbito de las Administraciones Públicas”. El Notario del Siglo XXI. Nº 93. 2020. Obtenida el 30/5/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10160-inteligencia-artificial-y-transparencia-especial-referencia-a-su-utilizacion-en-el-ambito-de-las-administraciones-publicas>.

¹⁰⁰ El origen de blockchain está relacionado con el Bitcoin, ya que blockchain se crea para solventar los problemas que suponía la creación del Bitcoin. A su vez, el Bitcoin es “un medio de pago aceptado como tal por muchos operadores, sobre todo en el comercio online. Sus facilidades como medio de pago, el anonimato actual, su carácter inmediato, la presunta simplificación de intermediarios, la presunta seguridad de las transacciones con bitcoins es incontestable, aunque en seguridad ya ha habido fallos importantes y eso de que no hay comisiones ni intermediarios tampoco es tan cierto al cien por cien”. Véase en Herrán, A. op cit. pág 1005; Pascua Ponce, MP. Lo que el bitcoin esconde. NotaríAbierta. Obtenida el 30 de mayo de 2021 de <https://notariabierta.es/lo-bitcoin-esconde>



En primer lugar, debemos definir la tecnología blockchain como un "registro de transacciones único pero llevado de forma descentralizada o distribuida que no lleva un único sujeto, sino a la vez todos los usuarios del sistema"¹⁰¹. En otras palabras, un consenso de redes que permite que varios dispositivos acuerden de forma simultánea registrar la información en una cadena de valor o blockchain que es posible gracias a que dicha información no puede ser cambiada, y, además, es pública (siendo accesible a todo el que esté interesado).

Todo esto es posible gracias a que la tecnología blockchain cuenta con cualidades como la publicidad, la autonomía, la descentralización, la inmutabilidad y, como consecuencia de los anteriores: la confiabilidad¹⁰². Además, "es posible utilizar la tecnología blockchain para crear registros confiables de actos jurídicos sin necesidad de que participen personas ajenas a las partes"¹⁰³. Pero ¿realmente es posible que la tecnología blockchain sustituya a los notarios actuales?

Tal y como se explica en la entrevista el notario Prieto Escudero, "el blockchain no es una amenaza para la función, aunque se haya querido plantear en estos términos y pueda ser una oportunidad para hacer algunas cosas de otro modo. ¿Cuáles? Pues, francamente, todavía no lo sé" (consultar anexo III). A juicio de González Granada, "pretender equiparar esa verificación digital on-line con la actuación off-line de un Notario equivale a afirmar que la función del Notario consiste en conservar, ordenados por fechas,

¹⁰¹ González- Meneses, M. Entender Blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido. 2017. pág 40.

¹⁰² Herrán, A. op cit. pág 1000.

¹⁰³ Ibid. pág 1001.



documentos que no ha leído y de los que ni siquiera puede expedir copia y eso dista mucho de nuestra función; ciertamente, una de las funciones del Notario es archivar, pues tiene encomendada legalmente la formación, custodia y conservación del Protocolo, una colección ordenada de los documentos que autoriza pero no es esa, ni mucho menos, la única función del Notario”¹⁰⁴.

Como hemos visto la función del notario no es sólo conservar, ni firmar, sino que podemos decir que es el creador de la escritura pública, el guardián de que las leyes se actúe conforme al derecho y que las voluntades de los particulares se adapten a estas. Además, los blockchain no tienen esa función del notario de cerciorarse de la capacidad de quienes le reclaman¹⁰⁵

¹⁰⁴ González Granado, J. (2016). “¿Enviaré blockchain de vacaciones a los notarios?”. NotaríAbierta. Obtenida el 30 de mayo de 2021 de <https://notariabierta.es/enviara-blockchain-vacaciones-los-notarios/>

¹⁰⁵ La Ley 8/2021 de 2 de junio reforma la legislación civil y procesal con el fin de adecuar a nuestra normativa interna el artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Véase en Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su



para llevar a cabo determinados negocios jurídicos o, tampoco puede darse cuenta de cuándo hay una clara situación de abuso entre particulares que quieren elevar un negocio o acto jurídico a público. Y, sin lugar a duda, tampoco detenta dicha cadena de valores (blockchain) la fe pública, esa fides que los notarios ostentan y llevan a la práctica diariamente en su profesión.

No podemos comparar las amplias funciones del notario como profesional del derecho con una cadena de valores que, aun siendo segura, no hace sombra a la labor de estos profesionales del derecho. Además, no debemos olvidar que "la adicción digital no es un accidente o efecto colateral de las redes sociales sino la base misma de todo un modelo de negocio"¹⁰⁶ y que, como modelo de negocio que es, no estará exento de esa autonomía de la que se habla, sino que acarreará consecuencias y precios por el hecho de poder conservar tu información. Además, no debemos olvidar que el contrato guardado en la cadena de valores (blockchain) es un contrato privado. Asimismo, la firma de los particulares no garantiza la capacidad o que el documento sea veraz. Tampoco contará la información guardada en el blockchain con la firma y autorización del notario sobre dicho negocio o acto jurídico.

Por todo ello, podría ser posible que los blockchain puedan ser parte de la labor del notario en un período de

capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021. núm 132. pp 67789 a 67856.

¹⁰⁶ González- Meneses García Valdecasas, M. "El lado oscuro de las redes sociales". El Notario del siglo XXI. Nº 95. 2021. Obtenida el 30/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-95/opinion/opinion/10505-el-lado-oscuro-de-las-redes-sociales>



tiempo en determinadas funciones, pero sin duda, no podrá reemplazarle, al menos en un futuro imaginable para nosotros.

5. CONCLUSIONES

Finalizada la exposición del estudio realizado, me gustaría remarcar las ideas principales de este trabajo el cual está dividido en tres partes diferenciadas; antecedentes y figura del notario romano, figura y función del notario actual y una breve reseña a lo que le depara a la profesión en un futuro no muy lejano.

En primer lugar, no debemos olvidar que este trabajo es un trabajo comparativo y no evolutivo de la función notarial. Por ello, el eje central del trabajo se centra en comparación de la figura de los tabelliones romanos explicando su estatus social, sus funciones, el desempeño de esta en la statio o plaza, la forma de gestionar a sus trabajadores o auxiliares, los aranceles, y las sanciones impuestas por Justiniano a aquellos profesionales del derecho con la figura del notario actual. Así, la intención del trabajo trata de resolver no sólo el estigma de que los antecedentes romanos del notario eran esclavos, sino que muchas de las funciones del notariado actual provienen de procedimientos romanos como es la rogatio, la presencia del notario en la escritura, el cotejo, la presencia de testigos y el concepto de fides publica que no son conceptos de la actualidad, ni tampoco de la Edad Media con las Partidas de Alfonso X, sino que se remonta mucho más atrás, a la época romana, concretamente desde mediados la época republicana hasta la época del Imperio bizantino con Justiniano (367 a.C – 565 d.C).

En segundo lugar, se explica la función actual del notario, en esta parte del trabajo se desarrolla el carácter híbrido



de la figura al ser considerado un funcionario público y al mismo tiempo ejercer una función privada corriendo a cargo del notario los gastos del local, trabajadores y ser, en definitiva, autónomos. Asimismo, el objetivo principal no es sólo el estudio de las diferentes disposiciones normativas que explican cómo se ha de desarrollar la función, quienes son o no competentes para poder presentarse a los exámenes de acceso a la profesión. Realmente, la verdadera intención, es señalar como no solo “firman y ya” sino que llevan a cabo una tarea muy laboriosa y ardua que muy lejos está de la imagen que tiene la sociedad de esta profesión. Son creadores, asesores, jueces, y, sobre todo, profesionales del derecho que se han ido adaptando con el paso de los años a las necesidades de la sociedad implementando funciones añadidas como la colaboración con la administración o, la elaboración de métodos tecnológicos para llevar a cabo su función con mayor eficacia.

La tercera parte del trabajo trata de un breve estudio de la tecnología y el conocimiento de las cadenas de valores o blockchain, muy populares en estos últimos años, tanto que se ha llegado a afirmar que sustituirán a estos profesionales del derecho en unos años. En esta parte la idea principal es simple, un registro informático por muy seguro, individual y descentralizado que sea no puede suplir las funciones que lleva a cabo el notario. El notario observa la capacidad de las partes con todos sus sentidos, sentidos de los que carece una cadena de valor informática o blockchain. Además, carece de la fe pública porque al incorporar únicamente la firma de los particulares ese documento a efectos legales tendría carácter privado.

Desde mi punto de vista, el notario en el siglo XXI es de gran utilidad ya que garantiza que nuestros actos patrimoniales otorgados ante ellos sean veraces y públicos teniendo certeza de la seguridad de los casos



que más nos importan que no sólo pueden tener una gran carga psicológica y sentimental para nosotros, sino también patrimonial. Por todo ello, "Notaría abierta, Juzgado cerrado"¹⁰⁷.

6. **BIBLIOGRAFÍA**

- Amelotti, M. (1990). "Negocio, documento y Ontario en la evolución del derecho romano". Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo 29. pp 133-146.
- Amelotti, M., & Costamagna, G. (1975). Alle origini del notariato italiano. Consiglio nazionale del notariati. P. (1990). Derecho Notarial. Bosch Edit.
- Barrio del Olmo, C. P. "Colaboración notarial para evitar el colapso de la Administración de Justicia subsiguiente al estado de alarma". El Notario del siglo XXI. Nº 91-92. 2020. Obtenida el 25/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-91-92/opinion/opinion/10122-colaboracion-notarial-para-evitar-el-colapso-de-la-administracion-de-justicia-subsiguiente-al-estado-de-alarma>

¹⁰⁷ Expresión muy utilizada en el ámbito notarial. Su autoría corresponde al notario Don Joaquín Costa (nacido en Monzón el catorce de septiembre de 1846). Véase en García Collantes, J.M. "El rotundo notario del pirineo". El Notario del siglo XXI. nº 36. 2011. Obtenida el 11/06/2021 en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-36/902-joaquin-costa-el-rotundo-notario-del-pirineo-0-8249923510709706>



- Bono, J. (1979). Historia del derecho notarial español. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- Danés y Torras, D. (1962- 1968). "El Notario como funcionario, como técnico en derecho, consultor y asesor". En Centenario del Notariado. (Vol. II, pp. 118-188). Estudios Históricos.
- De la Nuez Sánchez- Cascado, E. "Inteligencia artificial y transparencia. Especial referencia a su utilización en el ámbito de las Administraciones Públicas". El Notario del Siglo XXI. Nº 93. 2020. Obtenida el 30/5/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10160-inteligencia-artificial-y-transparencia-especial-referencia-a-su-utilizacion-en-el-ambito-de-las-administraciones-publicas>
- D'Ors, A. (1962- 1968). "Documentos y notarios en el Derecho Romano post-clásico". En Centenario del Notariado (Vol. I, pp. 84-161). Estudios Históricos.
- Fernández Casado, M. (1895). Tratado de Notaría. Imprenta de la viuda.
- Fernández de Buján, A., "Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho romano". Revista de Estudios Latinos. Nº 1. 2001. pp 189- 200.
- Fernández de Buján, A., "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana"., Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid. nº12. 2005. pp. 117-142.
- Fuenteseca, P. (1978). Derecho privado romano. E. Sánchez A. Graficas.
- García Collantes, J.M. "El rotundo notario del pirineo". El Notario del siglo



XXI. Nº36. 2011. Obtenida el 11/06/2021 en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-36/902-joaquin-costa-el-rotundo-notario-del-pirineo-0-8249923510709706>

- García del Corral, I.L (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Editorial Lex Nova, S.A.

- García Garrido, M. J. (2015). *Derecho privado romano: Casos, Acciones, Instituciones*. Ediciones Académicas.

- Giménez- Arnau. E. (1944). *Introducción al Derecho Notarial*. Revista de Derecho Privado.

- Gomá Lanzón, I. "La función notarial en tiempos de coronavirus". *El Notario del siglo XXI*. N.º 90. 2020. Obtenida el 26/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus>

- González- Meneses García- Valdecasas, M. "El lado oscuro de las redes sociales". *El Notario del siglo XXI*. N.º 95. 2021. Obtenida el 30/05/2021 en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-95/opinion/opinion/10505-el-lado-oscuro-de-las-redes-sociales>

- González Meneses, M. (2017). *Entender Blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*. Aranzadi.

- Herrán, A. (2020). "Blockchain y la función Notarial. Fecha cierta e indubitabilidad como funciones del Notario Público y su relación con la Tecnología Blockchain". En *Blockchain: Impacto en los sistemas*



financiero, notarial, registral y judicial. (pp. 999–1024). Aranzadi.

- López Palo, E. (1962- 1968). "La Ley del Notariado de 1862". En Centenario de la Ley del Notariado (Vol. I, pp. 513–705). Estudios Históricos.

- Muñoz Coello, J., "Accensi Magistratum", Habis, nº 18-19, 1987-1988, pp 397-406.

- Ríos Hellig, J. (2007). La práctica del Derecho Notarial (Séptima Edición ed). McGraw- Hill Interamericana.

- Rodríguez Adrados, A. (1964–1968). "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial". En Centenario de la Ley del Notariado (Vol. I, pp. 113- 188) Estudios Históricos.

- Rodríguez Adrados, A. "Principios Notariales". El Notario del siglo XXI. Nº6. 2006. Obtenida el 26/05/2021 en

[https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3052- principios-notariales-0-19471092726542702](https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3052-principios-notariales-0-19471092726542702)

- Sánchez Maluf, M. "La función notarial en Roma". Anuario de Derecho Civil. Nº 8. 2003. Págs.159-170.

- Sánchez Lima, M. "El notario como autor y responsable del documento notarial". Ensayo, presentado en la postulación para la Universidad Mundial del Notariado. 2018.

Otras fuentes

- González Granado, J. (2016). ¿Enviará blockchain de vacaciones a los notarios?. NotaríAbierta. Obtenida el



30 de mayo de 2021 de <https://notariabierta.es/enviara-blockchain-vacaciones-los-notarios/>

- Pascua Ponce, MP. Lo que el bitcoin esconde. NotaríAbierta. Obtenida el 30 de mayo de 2021 de <https://notariabierta.es/lo-bitcoin-esconde/>

Normativa e Instrucciones

- Código Civil de 1889
- Ley del Notariado del 28 de mayo de 1862. Boletín Oficial del Estado, 29 de junio de 1862, núm. 149.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7. pp 575- 728
- Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 2001. núm 313. Págs.50.493 a 50. 619.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, 3 de junio de 2021. núm 132. Págs. 67789 a 67856.
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 1944, núm 189, pp. 5225 a 5282.
- Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Boletín Oficial del Estado, 29 de enero de 2007, núm 25, pp. 4021 a 4070



- Instrucción de 18 de marzo de 2003, de la Dirección General de Registros y Notariado, con relación al artículo 107 de la Ley 24/ 2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 9 de abril de 2003, núm 85, pp 13673 a 13677.

7. ANEXOS

En los anexos I y II adjunto escrituras tanto del siglo XIV como del siglo XVI. Con ello, pretendo mostrar cómo la función notarial, aun siendo una de las profesiones con más antigüedad, se ha ido adaptando a los tiempos y a los problemas personales y patrimoniales de los que solicitan la ayuda de este magnífico profesional del derecho.

Por otro lado, adjunto entrevista del notario de Pinoso (Alicante), Miguel Prieto Escudero también conocido como "Justito el Notario" quién me ha ayudado mucho en la elaboración de este trabajo ya que me ha dado un punto de vista de la función actual muy interesante para mi futuro y para todos aquellos que estén interesados en esta profesión. Agradezco su colaboración en este trabajo mediante la contestación a cada una de las preguntas enviadas.

ANEXO I

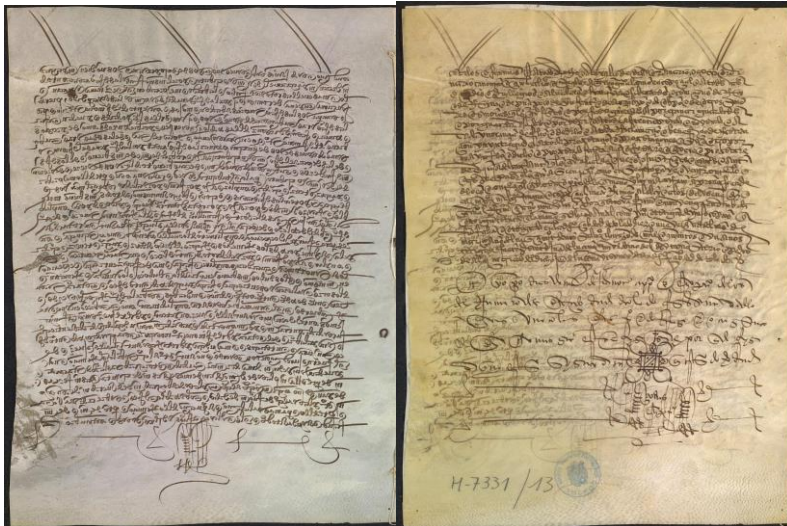
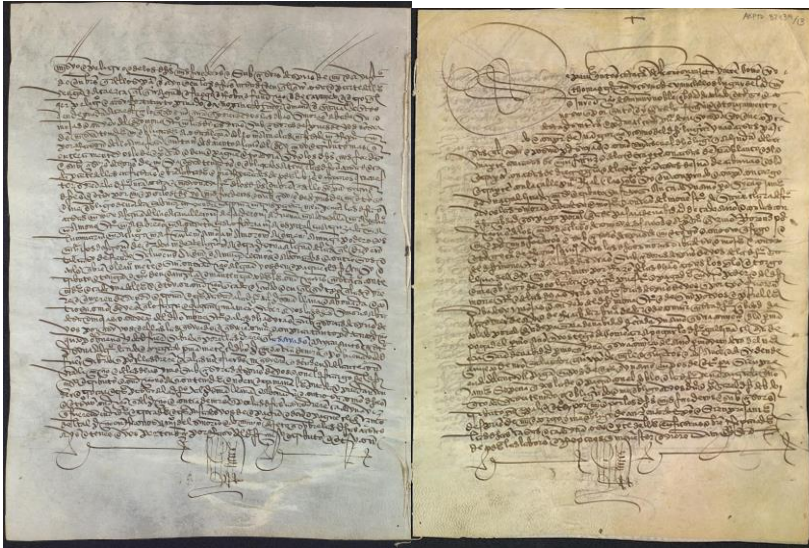
Escritura de poder otorgado por el monasterio de San Clemente a Juan Iñíguez, escudero de Juan Alfonso, para

que arriende todos los bienes inmuebles que el monasterio tiene en Sevilla a día 27 de septiembre de 1327 (S. XIV) con firma en árabe.



ANEXO II

Escritura de compraventa de unas casas en Yunclillos, propiedad de Juan García, por Tomás García, vecino de dicha villa a día 19 de marzo de 1501 (S XVI).





ANEXO III. "Los profesionales hablan".

Entrevista realizada a Miguel Prieto Escudero/ Justito el Notario, notario de Pinoso (Alicante).

1. ¿Considera la figura del Notario algo esencial en la sociedad?

"Sí, claro, y se ha puesto de manifiesto con la pandemia del COVID-19. Los Notarios hemos sido considerados un servicio esencial y hemos trabajado desde el primer día como muchos otros sectores que han sido considerados del mismo modo. Sin las notarías en funcionamiento para atender las actuaciones urgentes (financieras o de otra índole) se hubiera dificultado extraordinariamente el tráfico jurídico y económico del país. Como ha ocurrido con otros colectivos que han estado al pie del cañón solo los que han necesitado de nuestros servicios han sido verdaderamente conscientes de nuestra esencialidad y de los riesgos asumidos al cumplir con nuestra obligación".

2. ¿En qué momentos de la vida de las personas es importante la figura del Notario?

"Si me pongo a pensar para que he utilizado yo los servicios de un Notario resulta que lo he hecho para hacer testamento (además en varias ocasiones), para otorgar un acta de manifestaciones, para comprarme dos viviendas e hipotecarlas, para vender la primera de esas dos viviendas y cancelara la hipoteca, para recibir una donación de mi padre, para luego vender lo que me había donado para mi padre, para aceptar y adjudicarme con mis hermanos la herencia de mi padre y para comprar una participación en unas fincas rústicas. También he otorgado varios poderes y firmado varias pólizas de



préstamo y crédito. Creo que no me olvido de nada. Tengo 53 años en este momento y he pasado por la notaría, como la mayoría de las personas, para las cosas más usuales: testamentos, actas, donaciones, herencias, compraventa e hipoteca, poderes y pólizas de préstamo y crédito. A estas cuestiones también habría que añadir la constitución de sociedades, las compraventas de participaciones sociales y las elevaciones a público de acuerdos del ámbito mercantil”.

3. Blockchain y función notarial: ¿Amenaza u oportunidad para la institución?

“En el artículo "¿Enviaré blockchain de vacaciones a los notarios?" publicado en el blog notariAbierta del que formo parte, mi compañero Javier González Granado, que es una autoridad en todos estos temas casi sentenciaba hace unos años que: "Los notarios no sólo archivamos y la blockchain ni siquiera archiva Pretender equiparar (la) verificación digital online con la actuación off-line de un Notario equivale a afirmar que la función del Notario consiste en conservar, ordenados por fechas, documentos que no ha leído y de los que ni siquiera puede expedir copia y eso dista mucho de nuestra función; ciertamente, una de las funciones del Notario es archivar, pues tiene encomendada legalmente la formación, custodia y conservación del protocolo, una colección ordenada de los documentos que autoriza, pero no es esa, ni mucho menos, la única función del Notario. El registro en la blockchain no supone la formación de ningún archivo de custodia o conservación de documentos: la cadena de bloques garantiza que el archivo informático registrado existía en determinada fecha y que no se ha modificado pero nada garantiza acerca de su contenido, de suerte que si dicho archivo se pierde o (inadvertidamente) se modifica su contenido o su formato, el cotejo será imposible; no hay un archivo o algo parecido a un protocolo que permita expedir una



copia con el mismo valor que el original. Llevando el rigor formal (del que pretende huir) hasta el paroxismo resulta que se acaba por atribuir a la cadena de bloques un valor absoluto, como si fuese una forma "ad solemnitatem", esencial, de suerte que la pérdida del archivo supone la pérdida de toda prueba de su contenido; recuérdalo la próxima vez que pierdas la copia de tu testamento notarial y ten la seguridad de que tu Notario expedirá, con el mismo valor jurídico que el original, las copias que desees en cuanto lo solicites. A la blockchain no le importa el contenido y el contenido lo es todo ... "añadiendo después que "la blockchain tiene un valor probatorio carente de valor legitimador" y que "considero la confrontación "Notario-Blockchain" inapropiada desde un punto de vista conceptual y comercialmente tan engañosa como inquietante pues promete algo que legalmente no está a su alcance y anhela convertirse en aquello que dice detestar". González Granado se hace además una serie de preguntas de hondo calado que atacan la línea de flotación de los defensores acérrimos del blockchain enemigos y desconocedores de la función notarial: "¿Cuál será el instrumento que sustituye a la actuación del Notario? ¿Quién controlará ese documento? ¿Cuál es el coste de dicho documento? ¿Qué implicaciones tiene ese documento sobre los Registros y Oficinas Públicas? ¿Cuál será la fiscalidad de dicho documento? ¿Cómo se controlará el blanqueo de capitales? ¿Qué repercusiones tendrá sobre el sistema financiero? ¿Qué repercusiones tendrá sobre el sistema judicial en relación con los medios de prueba?" para terminar reconociendo únicamente que el registro en la blockchain es (casi podría añadirse aquí que "es tan solo") una prueba judicial con un futuro prometedor.



Está demoledoramente claro, ¿no?: El blockchain no es una amenaza para la función, aunque se haya querido plantear en estos términos y pueda ser una oportunidad para hacer algunas cosas de otro modo. ¿Cuáles? Pues, francamente, todavía no lo sé. Hace un cierto tiempo que escribí en mi blog el único artículo que he dedicado a este asunto. Con él alcancé la curva de la máxima sabiduría en esta materia.

En aquella ocasión tuve que recurrir, como ahora, a los que saben del asunto y comenté que como escribió mi compañero Luis Fernández-Bravo Francés para el blog *Notarios en Red* refiriéndose a los adelantos tecnológicos en general que: "...si (el blockchain) funciona, lo usaremos, aunque no sepamos exactamente en qué consiste. Ni falta que hace ...". La afirmación es completamente cierta: tampoco tengo ni idea de cómo funciona la firma electrónica pero la uso y lo hago desde el primer día en que pude hacerlo. Nos pasamos el día desde hace tiempo (bueno, ahora ya no tanto o casi nada) oyendo hablar del blockchain y aún no hemos podido implantar ni utilizar para absolutamente nada esta tecnología en las notarías españolas.

En mi pensada sobre el asunto partí de una noticia que había leído en aquel momento. Era esta: "El Gobierno de Ucrania registrará sus tierras en la blockchain". De súbito me sentí cómo Arquímedes con su eureka o cómo Newton y su manzana en la cabeza y empecé a hacerme una serie de preguntas. ¿La blockchain o una blockchain? ¿Por qué dice una? Entonces, ¿la blockchain no es única como lo es Internet? o ¿hay tantas blockchains como usos pretendamos darle? De nuevo tuve que volver a preguntar y esto fue lo que me dijeron: "En este momento Bitcoin se basa en una blockchain de código abierto y libre. El problema es que a veces se divide como si fuera una autopista en la que de repente hay más carriles y solo uno prevalece. Es lo que se llama un



"fork". Parece ser que hay prevista una escisión o fork para primeros de agosto. Del mismo modo, hay otras "criptomonedas" que se basan en blockchain como Ethereum y también están las DLT privadas como la que propone Lyra". Deduje entonces que no hay una sola blockchain y, de paso, me surgieron varias nuevas dudas al leer la contestación de mi compañero: ¿Fork? ¿DLT? ¿Privadas y públicas? Entonces continué preguntando. ¿Blockchain y DLT son lo mismo? Eso parece. La blockchain o cadena de bloques es un libro de contabilidad distribuido (Distributed Ledger Technology), es decir, una DLT y puede haberlos públicos y privados dependiendo del uso al que se destinen. Privada (aunque tampoco estoy seguro) sería la de Lyra. Y pública (¿ya hay alguna en España?), supongo que sería la que pretende hacer el gobierno ucraniano. Tal vez a estos efectos haya que redefinir público y privado y, sobre todo, preguntarse ¿qué es nacional? ¿qué es extranjero?, ¿qué es en España? y ¿qué es fuera de España? Aquí en España podría ya existir el germen de una pública pues la CNMV tiene abierta consulta sobre la utilización del blockchain en los mercados. Queda claro, entonces, que no hay una blockchain y que blockchain y DLT son lo mismo. También queda claro que se pueden utilizar para fines públicos o privados. En computerworld.es ("No lo llame "el 'blockchain'") encontré una buena explicación para todo esto: "La primera cosa que hay que saber sobre blockchain es que no es sólo uno, son muchos. Los blockchains están distribuidos como libros de contabilidad a prueba de manipulación de transacciones. El más conocido es el registro de transacciones Bitcoin, pero además de controlar las criptomonedas, blockchain también se está utilizando para los registros de préstamos, las transferencias de acciones, los contratos o incluso para



datos sobre salud o votaciones". Llegado a este punto, me había ocurrido otra vez: cuando parecía que avanzaba no paraban de aparecerme nuevas dudas". ¿Blockchain se inventó para bitcoin o ya existía y se aprovechó para ello? Al hacer esta nueva consulta me encontré de nuevo con complicadas respuestas: "Por ahora disociar "blockchain" de "criptodivisa" es algo teórico", entonces, ¿no hay usos de blockchain al margen de las criptomonedas?, "los hay están poco proyectados, aunque sin duda se usarán". "Otros sostienen que primero fue el Bitcoin cuya blockchain de 2009 ofrece la posibilidad de registro desde 2014". "Difícilmente habrá usos públicos en un entorno privado sin minado de criptomoneda". "Si hablamos de criptomoneda como indisociable de blockchain, ¿no deberíamos decir más bien que es indisociable de un token? Tal vez deberíamos decir que toda blockchain necesita un token que genere minado". Y concluyeron: "bitcoin (en minúscula) es el token de la blockchain de la moneda Bitcoin (con mayúscula)". A estas alturas yo ya estaba pensando en que para qué me habría metido yo en el lío de escribir sobre blockchain.

En cuanto a los posibles usos en nuestros despachos según José Carmelo Llopis para El Notario del Siglo XXI: "... podríamos adoptarla (la tecnología blockchain) en momentos previos a la actuación notarial como medio de recepción y cotejo telemático seguro de documentos" si bien "es posteriormente a la actuación notarial donde más efectos puede desplegar, y siempre utilizando una cadena de bloques que sea privada y cerrada, para mayor seguridad ...". "Podría ser interesante para el registro de documentos digitales que sean depositados por los usuarios del servicio notarial, en cuyo caso la blockchain se convertiría en un instrumento que el Notario utiliza para prestar su función, como si alquilara una caja de seguridad en un banco, salvando las



distancias (electrónicas). Otro uso podría ser el dar garantías de inalterabilidad a la circulación de las copias electrónicas, si ésta circulara fuera del entorno cerrado y seguro de SIGNO (Sistema Integrado de Gestión Notarial)".

Para terminar y cómo me decía otro relevante compañero al que consultaba sobre el uso actual o próximo de blockchain en la función notarial: "Desde el punto de vista legal la norma básica sería el Reglamento Europeo 910/2014 (EIDAS). Hay interés en usarlo, pero siempre que las autoridades mantengan control lo que va en contra la propia filosofía cripto".

Desde que escribí estas líneas, no había vuelto a hablar de este asunto y no pensaba volver a hacerlo, pero este TFG se ha puesto en mi camino y he tenido que incumplir la promesa que me había hecho. Tengo también que reconocer que me ha venido bien hacerlo.

4. Legitimación de firma y elevación a público de un documento privado: Diferencias y puesta en común con el punto anterior

"A los efectos del punto anterior, y comenzando por el final de esta cuestión, es posible que la tecnología blockchain bajo el control de las autoridades pudiera ser utilizada en los momentos previos a la propia actuación notarial de legitimación o elevación a público como medio de recepción y cotejo telemático seguro de los documentos objeto de dicha legitimación o de elevación.

Dicho esto, la legitimación de firmas está sometida a las importantísimas limitaciones del artículo 258 del Reglamento Notarial que señala que "sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre



que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 207 de este Reglamento. No podrán ser objeto de dichos testimonios la prestación unilateral de garantías, ni los contratos de carácter mercantil que el artículo 144 de este Reglamento define como propios de las pólizas cuando exista pluralidad de partes con intereses contrapuestos".

Este precepto excluye de la legitimación de firmas a un buen número de documentos y somete a otros a las reglas del también trascendente artículo 207 del Reglamento Notarial que señala que "2.º Para hacer constar la existencia de un documento no notarial cuyas firmas legitime el propio Notario autorizante, que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental. En estas actas, el Notario identificará a los interesados, quienes comparecerán ante él, y en el mismo acto firmarán el documento no notarial o declararán que las firmas estampadas son las suyas, y, en todo caso, que conocen el contenido del documento y que, libre y voluntariamente, quieren que produzca los efectos que le sean aplicables conforme a lo previsto por las leyes extranjeras. El Notario, además, deberá emitir en cuanto le sea posible el juicio de capacidad legal o civil a que se refiere el artículo 156, 8.º de este Reglamento, y cumplir lo dispuesto en el mismo respecto de la intervención y representación de los otorgantes. El documento, o un ejemplar del mismo, original o por fotocopia, quedará incorporado a la matriz del acta en la que se expresará, literalmente o en relación, el texto del testimonio de legitimación. En dicho texto, a continuación de las firmas legitimadas, se consignarán, abreviadamente, los particulares contenidos en el acta que sean pertinentes".



Es, probablemente, la legitimación de firmas la actuación que más aproxima la función del Notario latino a la del Notario anglosajón, a cuyos sistemas nos referiremos en un momento, puesto que como señala el trascendental Artículo 256 del Reglamento Notarial (que nos da una pista importante sobre el régimen de responsabilidad del Notario del que también hablaremos) "la legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario, o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada. El notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime". Por supuesto, y en esto que voy a decir nos alejamos de los Notarios anglosajones, no seremos nunca responsables de su contenido, aunque siempre habremos de controlar su legalidad y respeto al orden público y de determinar que el documento no constituya uno de los supuestos excluidos por el 258 o que han de encuadrarse en la hipótesis del 207.

En cuanto a la elevación a público de un documento privado, habría que decir en realidad que nada tiene que ver con la simple legitimación de firmas puesto que esta no convierte en público el documento cuya firma se legitima mientras que la elevación a público si convierte en público el documento que hasta ese momento era privado. Así de fácil. Ese nuevo documento público, requisitos técnicos al margen, exige la firma de todos aquellos que lo firmaron o de sus causahabientes. Además, es necesario para que un documento privado pueda elevarse a público que sea válido por lo que, por poner algún ejemplo, no podría nunca elevarse a público la donación de un bien inmueble. Por último y como explica mi compañero Francisco Mariño "Iurisprudente" en su blog: "El documento privado elevado a público puede estar o no liquidado fiscalmente. El hecho de que



no exista una liquidación fiscal no impide la elevación a público, sin perjuicio de las consecuencias fiscales posteriores que ello tenga. Se distingue este supuesto de la simple acta de protocolización de un documento privado (o la legitimación de las firmas del mismo) que exigen la previa liquidación fiscal, al menos cuando esté sujeta a la misma. Así lo consideró la Circular de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España 1/1996, de 23 de marzo. Es de interés el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, conforme al cual: "A los efectos de prescripción, en los documentos que deban presentarse a liquidación, se presumirá que la fecha de los privados es la de su presentación, a menos que con anterioridad concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 1.227 del Código Civil, en cuyo caso se computará la fecha de la incorporación, inscripción, fallecimiento o entrega, respectivamente. En los contratos no reflejados documentalmente, se presumirá, a iguales efectos, que su fecha es la del día en que los interesados den cumplimiento a lo prevenido en el artículo 51. La fecha del documento privado que prevalezca a efectos de prescripción, conforme a lo dispuesto en este apartado, determinará el régimen jurídico aplicable a la liquidación que proceda por el acto o contrato incorporado al mismo".

Una variante más (apuntada por Mariño) a considerar por su relación con este tema sería la de las actas notariales de protocolización que se regulan en los artículos 211 y siguientes del Reglamento Notarial. El artículo 215 dispone: "Los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que tal protocolización se



efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo

1.227 del Código Civil. Cuando no sean materia de acto o contrato se podrán protocolizar mediante acta a los efectos que manifiesten los interesados".

5. Diferencias entre función notarial en EE. UU. y función notarial en España

"Mas que contraponer EE. UU. y España habría que contraponer el Notariado latino con el Notariado anglosajón que, como dice José Carmelo Llopis Benlloch, en su artículo "Encriptación de datos y avances en la digitalización notarial", "no son sino proyecciones del tipo de sistema jurídico en que se encuadra cada uno". Continúa mi compañero diciendo que "el notariado anglosajón tiene las limitadas características que tiene, siendo normalmente un mero encargado de presenciar que una persona determinada, que más o menos debe identificar, firma un documento, cuyo contenido puede ser cualquiera, y con una responsabilidad muy limitada" y que "el sistema jurídico continental en general y español en particular pone mucho mayor énfasis en la seguridad jurídica de tipo preventivo, especialmente mediante el desarrollo del concepto de jerarquía normativa y sistema de fuentes legales, dejando la oscilante jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico positivo y no como sustento principal del mismo. Otra manifestación muy clara de esta idea es el concepto de seguridad jurídica preventiva, basada en la existencia de un notariado de corte latino y un sistema posterior de registro de la propiedad y mercantil. Este sistema notarial de tipo latino es el predominante en Europa y en el mundo y sobre este sí que se pueden predicar, sin género de duda, un alto grado de seguridad jurídica y la nota de confianza".



En la actualidad el Notariado latino me parece que se encuentra muy potente, consolidado y en expansión. Cuando uno tiene un sistema que funciona lo único que tienes que hacer es seguir usándolo correctamente y seguir vendiéndolo a los demás que no lo utilizan. No podemos estancarnos, ni morir de éxito. Hay que renovarse y, sobre todo, hay que mantener la pureza del sistema evitando que se vea lesionado y en esto somos los profesionales del sector los que tenemos la máxima responsabilidad frente a los políticos y legisladores que son los que toman las decisiones y pueden legislar contra el sistema o sus valores esenciales y frente a la ciudadanía que es la que usa el sistema de seguridad jurídica preventiva y se beneficia de él y que tiene que seguir siendo consciente de que resolvemos sus problemas con un coste muy bajo en comparación al de otros sistemas alternativos que descansan sobre otros pilares que podrían proporcionar (y proporcionan sin duda) otro tipo de garantías aunque con costes generalmente mucho más elevados y basados en una concepción de factores en juego y riesgos potenciales completamente diferentes a los de los países del sistema latino los cuales no tienen porqué ser deseables (ni porqué funcionar) en los países que seguimos desde tiempo inmemorial (o más recientemente) la cultura latina de la seguridad jurídica preventiva y, dentro de la misma, la cultura jurídica del Notariado latino”.

6. Notarios en la Unión Europea

“Como ya hemos visto el sistema notarial de tipo latino predomina en Europa. Diría que salvo Reino Unido (con la excepción de los Notarios de Londres), Irlanda, Chipre y los cuatro países escandinavos todos forman parte de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) aunque por supuesto existen diferencias considerables entre los distintos Notariados nacionales algunos de los cuales han sufrido considerables cambios, no siempre



exitosos, en los últimos tiempos como ha sido el caso de Portugal, Países Bajos o Italia. Esas diferencias es posible encontrarlas en el acceso a la función, en el aspecto organizativo, en el de la retribución o en el puramente competencial. Sin embargo, más allá de esas diferencias, por muy notables o esenciales que pudieran parecer, lo más destacable es la coincidencia en ese énfasis en la seguridad jurídica de tipo preventivo, que se adelanta y previene los conflictos, frente al limitado carácter de testigo cualificado del Notario en el ámbito anglosajón.

En el concreto ámbito de la Unión Europea, el Notariado se ve afectado por una buena cantidad de normas que pretenden establecer un política común y unificar procedimientos de actuación en ámbitos diversos de extraordinaria importancia como ha ocurrido en cuestiones como las sucesiones internacionales (Reglamento 650/2012), las uniones de pareja registradas (Reglamento 1104/2016), los regímenes económicos matrimoniales (Reglamento 1103/2016), la digitalización del derecho de sociedades (Directiva 1151/2019), la cooperación en el ámbito de la ley aplicable a divorcio y separación judicial (Reglamento 20 diciembre 2010), la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento 27 noviembre 2003), la sustracción de menores (Reglamento 25 junio 2019), los documentos públicos (Reglamento 2016/1191), las obligaciones contractuales (Reglamento 17 junio 2008), la ley aplicable a obligaciones extracontractuales (Reglamento 11 julio 2007) y los procedimientos de insolvencia (Reglamento de 20 mayo 2015), por citar algunas materias de extraordinaria importancia y repercusión directa (reglamentos) o indirecta (directivas) que dan lugar a



cambios importantes en la práctica diaria de los despachos notariales”.

7. Protocolo (requisitos). Escritura matriz. Copias autorizadas y copias simples. Regulación de los protocolos

“Quizá el más relevante de los artículos del Reglamento Notarial relativos a las copias es el artículo 221 que dice que "se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho. Igualmente, tendrán el mismo valor las copias de pólizas incorporadas al protocolo. Las copias deberán reproducir o trasladar fielmente el contenido de la matriz o póliza. Los documentos incorporados a la matriz podrán hacerse constar en la copia por relación o transcripción. Las copias autorizadas pueden ser totales o parciales, pudiendo constar en soporte papel o electrónico. Las copias autorizadas en soporte papel deberán estar signadas y firmadas por el notario que las expide; si estuvieran en soporte electrónico, deberán estar autorizadas con la firma electrónica reconocida del notario que la expide". Es muy normal que coloquialmente hablemos de la "escritura de mi casa" puesto tan escritura es la matriz (el original con sus documentos unidos o incorporados por exigencia legal o a criterio del Notario) que conserva el Notario y que forma parte del protocolo como colección ordenada de los instrumentos públicos autorizados durante el año, como la propia escritura matriz que nunca saldrá de la oficina notarial salvo cuando le llegue el momento de ir al Archivo del Distrito (cumplidos los 25 años) o al Histórico Provincial (siempre bajo control notarial en cuanto a la expedición de copias poco usuales por otra parte cuando son tan antiguas), una vez cumplidos los 100 años o en el extraordinario caso de que así fuera ordenado por la autoridad judicial.



Si hablamos de protocolo, el Reglamento Notarial contiene también una serie de artículos fundamentales para entender su composición y conservación. Son estos:

Artículo 272: "El protocolo notarial comprenderá los instrumentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año, contado desde primero de enero a treinta y uno de diciembre, ambos inclusive, aunque en su transcurso haya vacado la Notaría y se haya nombrado nuevo Notario. Asimismo, se incorporarán al protocolo las pólizas siempre que el notario así lo hubiera comunicado al Colegio Notarial en los plazos y modo previsto en el artículo 283 de este Reglamento. Las pólizas incorporadas al protocolo se numerarán conforme a lo previsto en la normativa notarial. Las Juntas directivas de los Colegios Notariales, dando cuenta a la Dirección General, podrán autorizar a los Notarios de aquellas poblaciones en que se autorice habitualmente un número de instrumentos elevado, para abrir, además del protocolo ordinario, uno especial de protestos de letras de cambio y de otros documentos mercantiles, con numeración propia y con apertura y cierre en las mismas fechas indicadas en el párrafo anterior. La Dirección General podrá dar instrucciones especiales sobre la conservación y encuadernación de este protocolo"

Artículo 276: "En los dos primeros meses de cada año deberán quedar encuadernados los protocolos en pergamino o en piel; la encuadernación se hará a pasta entera, con una caja de cartón, piel o pergamino, que impida el deterioro de su contenido".

En cuanto a las copias simples, estas no constituyen escrituras, ni tienen valor como medio de prueba pues tan solo tienen un valor puramente informativo. Si son



copias simples en papel no se imprimen en papel timbrado de uso exclusivo notarial, sino en el que llamamos papel de los Colegios Notariales o papel de copia simple. Si se trata de copias simples electrónicas no son susceptibles de firma como las autorizadas. En las copias simples el Notario no rubrica cada hoja ni firma y signa en la última de ellas.

Por último, las firmas de los otorgantes no están nunca en las copias simples ni en las autorizadas. Es un detalle que suele generar las dudas de los otorgantes al ver que no hay firma alguna en las simples y que solo está la del Notario en las autorizadas”.

8. Responsabilidad del Notario

“Tendría que decirte ahora que "me alegro de que me hagas esta pregunta". Somos, con los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles los únicos funcionarios retribuidos por arancel y esa forma de retribución está fundamentada en nuestro régimen de responsabilidad. Como le gustaba decir a mi predecesor en la notaría de Pinoso: "yo respondo de mis errores en la notaría con todos mis bienes pasados, presentes y futuros". La cosa está clara, ¿verdad? A diferencia de los demás funcionarios públicos (y aunque nosotros seamos al tiempo profesionales del Derecho y precisamente por este doble carácter), nosotros no tenemos detrás a ninguna administración que responda de lo que hacemos. Precisamente por esa responsabilidad tenemos el seguro de responsabilidad civil que tiene carácter obligatorio (y que puede voluntariamente extenderse) que nos cubre las contingencias derivadas de nuestras actuaciones. Sin duda creo que el régimen de responsabilidad de los Notarios es una cuestión muy desconocida (como en realidad toda nuestra función



aunque pueda parecer lo contrario) que, tal vez, contribuiría a hacer entender a los ciudadanos las singularidades de nuestra profesión que, al menos para mi, resultaría francamente difícil de organizar de otro modo teniendo en cuenta que nos movemos a diario entre los márgenes de lo público y de lo privado, del secreto del protocolo y de la multiplicidad de obligaciones de información que tenemos para con las administraciones de las que formamos parte.

El Notario como, cualquier funcionario público, puede incurrir en responsabilidad administrativa o disciplinaria, civil y penal.

Responsabilidad disciplinaria: Las faltas cometidas por los Notarios en el ejercicio de su actividad pública se considerarán infracciones muy graves, graves o leves (art. 347 del Reglamento Notarial). Conforme al art. 352 del Reglamento Notarial los tipos de sanciones que pueden imponerse son: apercibimiento, multa, suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria hasta dos años, postergación de la antigüedad en la carrera cien puestos o en la clase hasta cinco años, traslación forzosa, suspensión de funciones hasta cinco años y separación del servicio.

Responsabilidad civil: Dispone el párrafo primero del art. 146 del Reglamento Notarial que "El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados por su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados". El párrafo segundo del mismo art. 146 dispone que "quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera



evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto”. Conforme a los artículos 24 y 25 del Reglamento Notarial y como ya he comentado, el Notario electo deberá obligatoriamente acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil, que tendrá por objeto cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudiera incurrir el Notario en el ejercicio de su cargo.

Responsabilidad penal: El Notario, como funcionario público, puede cometer delito de falsedad en el ejercicio de sus funciones (artículo 390.1 del Código Penal) alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho y faltando a la verdad en la narración de los hechos. Tal falsedad podrá ser cometida por simple imprudencia. En el Código Penal hay otras figuras delictivas en las que podría incurrir el Notario en el ejercicio de su función: falsificación de certificados (art. 398), infidelidad en la custodia de documentos (art. 413), cohecho (art. 419) o blanqueo de capitales (arts. 301 a 304)”.

9. Anécdota para recordar en relación con su profesión

“Mis lectores habituales saben que una de las series más largas de las varias que tengo o he tenido en mi blog es la de las anécdotas notariales. Son más de setenta episodios en los que he recogido docenas de situaciones entre las que me resulta ya imposible destacar una sola o entresacar las más divertidas o especiales (salvo que me quedara con el chiste del régimen matrimonial que



aún sigo contando a menudo). Así que, como primicia, te ofrezco las dos últimas que he recopilado y que aún no han sido publicadas en el que será el episodio LXXIIIº de la saga. Son estas:

- Hace unos días unos señores vinieron a la notaría para explicarme que habían hecho un contrato de "jarras" y que querían ya firmar la correspondiente escritura.
- También hace escasos días desde otra notaría me contaban que un cliente extranjero no tenía claro cuáles eran los límites de la competencia notarial cuando por correo electrónico le decía al oficial de la notaría: "I expect the garage to be completely empty. It looks like some rubbish is still in. Could you please remove everything? King regards, Bob".

Después de tantos años y tantas anécdotas soy incapaz de seleccionar una sola pero tal vez entre todas destacaría aquellas que tienen relación con el reconocimiento a la dificultad y prestigio de nuestra profesión porque, aunque cada vez ocurre menos, sigue habiendo gente que de cuando en cuando te dice aquello de que ser Notario debe ser muy difícil y que habrás estudiado mucho para conseguirlo. Entre estos casos, quizá el más divertido es el de aquel señor que sin saber qué era exactamente aquel ordenado conjunto de tomos que había en el despacho de la notaría en el que estábamos firmando su escritura me dijo: "¿No habrá tenido usted que estudiarse todo eso para ser Notario?".

10. Ventajas y desventajas de la profesión

"¿Ventajas y desventajas para mí en particular o del Notariado o de los Notarios en general? No tenía claro la manera de abordar esta última pregunta, así que



intentaré responderla, aunque sea brevemente, desde los dos puntos de vista.

Desde la perspectiva personal quizá compartiría con los lectores algo que he pensado en los últimos tiempos. Cuando empecé (y ha de tenerse en cuenta que soy hijo y hermano de Notarios) yo pensaba que esto iba a ser más fácil o, dicho al contrario, que esto no iba a ser tan difícil. Aun firmando poco, como siempre lo he hecho en mis pequeñas notarías y haciéndolo con el máximo rigor, el nivel de exigencia en estos tiempos (y desde hace años) para la función, para el Notario, para sus empleados, es inmenso. Hay que estar al tanto del BOE, de la jurisprudencia y de la doctrina casi a diario. Cada semana, y lo demuestra la reciente serie de posts en mi blog que he titulado "Novedades en la oficina notarial", surgen una o dos docenas de cosas para tener en cuenta que constituyen giros radicales, ligeras desviaciones o simples mejoras en la forma de hacer las cosas hasta el día inmediatamente anterior. Mis modelos de escrituras evolucionan constantemente de manera que mis escrituras de 2008, año en que llegué a mi actual notaría, no tienen nada que ver con las que hago ahora y hasta diría que están a años luz de las que hago actualmente. Esta labor resulta agotadora y genera una gran carga de responsabilidad. Por supuesto, es perfectamente posible funcionar a un ritmo mucho más bajo y hacer una escritura menos esmerada en la que el resultado no sea el mejor posible a nivel del propio producto en sí (el instrumento público notarial) y a los niveles fiscal, registral y catastral que son en los que se derivan de ella un mayor número de importantísimas consecuencias.

Frente a esta desventaja, que en realidad no es más que una obligación (que todos tenemos en nuestros ámbitos respectivos) de hacer las cosas bien o lo mejor posible rindiendo a tope en cada asunto, aunque se trate de un



simple poder para pleitos, yo le veo a mi profesión dos grandes ventajas: la primera es que no tengo un superior inmediato, no tengo un jefe, al que rendir cuentas y la segunda que estoy muy bien remunerado a través del sistema de arancel que antes comentaba.

Si hablamos de ventajas a nivel general no cabe duda de que habría que hablar de los costes. El sistema de seguridad jurídica español que descansa en buena medida sobre los Notarios es barato y no solo comparando con otros Notariados de tipo latino sino especialmente comparando con el coste del sistema anglosajón en el que otros operadores (bancos y especialmente abogados y compañías de seguro) dan lugar a un coste muchísimo más alto para actuaciones equiparables. Esos costes también son inmensamente más bajos si los midiéramos en términos de conflictos judiciales que son escasos (aunque hay que reconocer su incremento en los últimos años debido a ese nivel de exigencia a la función del que hablaba antes) frente al de otros sistemas alternativos, especialmente el de tipo anglosajón.

Más allá de los costes yo destacaría la facilidad de acceso a la función notarial por parte de los usuarios gracias a su extensa y bien repartida organización y distribución a nivel territorial y el alto nivel tecnológico que, entre otras cosas, supone que el Notariado español tenga la segunda base de datos más grande del Estado español tras la de la Agencia Tributaria. La cooperación entre el Notariado y las diferentes administraciones (autonómica, local, provincial, tributaria y catastral) hace que hoy por hoy sea para mi impensable pensar en un sistema alternativo capaz de sustituir con similar eficacia alguna de nuestras funciones, toda vez que como funcionarios públicos y



ejercientes de una potestad delegada por el Estado (la fe pública) no podría depositarse en otras manos.

En el lado de las desventajas solo podría situar lo que más bien serían carencias y aspectos susceptibles de mejora. Actualmente ya podemos los Notarios hacer multitud de trámites telemáticos más allá de los puramente corporativos o internos como son los ejecutables ante la hacienda estatal, las autonómicas y las locales para consultas, pagos y liquidaciones de impuestos o para solicitudes de Números de Identificación Fiscal; de tipo bancario para la formalización de préstamos hipotecarios o personales; ante los Registros de la Propiedad y Mercantiles, el Registro General de Actos de Última Voluntad o el de Seguros o ante otros registros de carácter administrativo; ante el Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales; para consultar deudas de comunidades de propietarios; para tramites como autoridad de registro; para la tramitación de Sociedades Limitadas o para el otorgamiento e inscripción de voluntades anticipadas o testamentos vitales, entre otras muchas gestiones. Lo más reciente es el Portal del Ciudadano para el envío y depósito de copias simples o para expresar tu última voluntad al notario y solicitar cita para su otorgamiento que seguirá siendo (de momento al menos) presencial o para el asesoramiento por videoconferencia. Sin embargo, a la espera quedan multitud de cosas algunas aparentemente sencillas como la obtención de Números de Identificación de Extranjeros o de certificados de residencia fiscal desde las notarías y otras de gran complejidad técnica y necesitadas de estudio y desarrollo legal como las matrices digitales, la identificación biométrica o la interconexión con los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero que



son los encargados de ejercer la fe pública fuera de nuestras fronteras”.

Miguel Prieto Escudero/Justito El Notario. Notario de Pinoso (Alicante)



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



BREVES REFLEXIONES ACERCA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y SU CAPITAL IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Martín Galli Basualdo¹

Profesor Adjunto de "Derecho Administrativo" en la
Universidad de Buenos Aires

Sumario:

- 1. El objetivo del desarrollo sostenible global**
- 2. Breves consideraciones a propósito de la
contratación pública sostenible en la Unión
Europea y España**

¹ Profesor Adjunto de "Derecho Administrativo" en la Universidad de Buenos Aires; profesor en postgrados de las materias "Fuentes supranacionales del derecho administrativo" y "Contratos administrativos", en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina y "Responsabilidad del estado y sus agentes públicos", en la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano; es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), del Instituto de Derecho Administrativo, de la Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de la Regulación (ASIER); Director Académico del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Administrativo y Tecnología; socio del Estudio Galli Basualdo & Vazón.



3. La contratación pública sostenible en Argentina

4. La auto-regulación regulada del “seguro verde” para la actividad forestal y los contratos celebrados a raíz de ello en Argentina

5. Consideraciones finales

1. El objetivo del desarrollo sostenible global

Una buena administración de las instituciones públicas², en el orden nacional y en la gobernanza global, ha de

² Acerca del principio de buena administración dan cuenta numerosas publicaciones, entre las cuales nos interesa notar: RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, JAIME, *El buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas adaptado a la ley 5/2006, de 10 de abril*, Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica, 2006, “El buen gobierno y la buena administración en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, JAIME y SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ANGEL (AUTORES), Comares, Granada, 2014, págs. 6 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Edit. Reus, Madrid, 2012, págs. 124 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Segunda edición, Buenos Aires, 2021, págs. 603 y ss.; CASSESE, SABINO, “Il diritto a la buona amministrazione”, *European Review of Public Law*, 2009, 21, 3, otoño, 1037 y ss.; 2021; DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley, Montevideo, 2012, págs. 157 y ss. Hemos abordado el estudio de este tema en: GALLI BASUALDO, MARTÍN, *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y*



traducirse en el impulso del desarrollo sostenible en su múltiple dimensión ambiental, social, económica, institucional, ética y jurídica.

Se ha de tener presente que, según fue estimado en 1987 por la Comisión Brundtland, el desarrollo sostenible consiste en "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades."³

administración electrónica, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2019.

³ La Comisión Brundtland instrumentó el libro "Nuestro Futuro Común" (nombre original del "Informe Brundtland"). Este fue uno de los primeros intentos de eliminar la confrontación entre desarrollo y sostenibilidad. El citado informe se presentó en 1987 por la "Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo" de la ONU, encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland. En él se trabajó el análisis de la situación del mundo y se señaló que el camino que la sociedad global estaba tomando implicaba la destrucción del ambiente y dejar a cada vez más gente en la pobreza y la vulnerabilidad. El propósito de este informe fue encontrar medios prácticos para revertir tales problemas ambientales y de desarrollo del mundo. En orden a lograrlo, se destinaron tres años a audiencias públicas y se recibieron más de 500 comentarios, examinados por científicos y políticos provenientes de 21 países. Como se indica en el mencionado libro, el trabajo de tantas personas con historia y culturas diferentes hizo que fuera necesario fortalecer el diálogo. El mencionado documento postuló principalmente que la protección ambiental había dejado de ser una tarea nacional o regional para convertirse en un problema global. Por ello, en forma global debía trabajarse para revertir la degradación del planeta. También se señaló que debía dejar de verse al desarrollo y al ambiente como si fueran cuestiones separadas. Por último, se estimó que el desarrollo dejaba de ser un problema exclusivo de los países que no lo tenían. Ya no se trataba de que los "pobres"



A decir del profesor PIÑAR MAÑAS, "el principio de desarrollo sostenible hoy se ha convertido en un verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable." "Incluso se ha llegado a decir que en el desarrollo sostenible adquieren la condición de sujetos de derechos las generaciones futuras. El bien jurídico protegido no es nuestra salud futura, sino la de nuestros hijos y, lo que es más importante e innovador, la de quienes todavía no han nacido." ⁴

En este sentido, la "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" (1999) incluye una lista de principios entre los cuales sobresalen en relación al objetivo que nos es ahora propio:

- i) Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. (Principio 1).
- ii) El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de

siguieran el camino de los "ricos", toda vez que la degradación ambiental es consecuencia tanto de la pobreza como de la industrialización, razón por la cual, ambos habrían de buscar un nuevo y similar camino. La importancia de este documento no sólo reside en el hecho de lanzar el concepto de "desarrollo sostenible", definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones, sino que este fue incorporado a los programas de la ONU. (<https://desarrollosostenible.wordpress.com/2006/09/27/informe-brundtland/>). El informe puede encontrarse en <https://desarrollosostenible.wordpress.com/2006/09/27/informe-brundtland/>.

⁴ PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Endesa, Ibercaja, Civitas, Madrid, 2003, págs. 185 y ss.



desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. (Principio 3).

iii) A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. (Principio 4).

iv) Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo. (Principio 5).

v) Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas. (Principio 8).

vi) Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras. (Principio 9).

vii) El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá



proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Principio 10).

viii) Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional. (Principio 12).

Conviene también traer a colación algunas normas interesantes sobre el denominado "Acuerdo de Escazú"⁵, en cuyo art. 1º se preceptúa: "el objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible."

⁵ El "Acuerdo de Escazú" es el "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" celebrado en el 2018. Ha sido ratificado por Argentina mediante la Ley 27.566.



Y a su vez entre los principios que guían la implementación del precitado Acuerdo se detallan (art. 3º):

- a) principio de igualdad y principio de no discriminación;
- b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas;
- c) principio de no regresión y principio de progresividad;
- d) principio de buena fe;
- e) principio preventivo;
- f) principio precautorio;
- g) principio de equidad intergeneracional;
- h) principio de máxima publicidad;
- i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales;
- j) principio de igualdad soberana de los Estados; y
- k) principio pro persona.”

Al margen de los principios consabidos del derecho ambiental, cuadra resaltar el principio pro persona⁶ o in dubio pro homine⁷ a la luz del prisma del principio de la buena administración –sobre el que nos hemos referido en una publicación anterior⁸- y el principio de equidad intergeneracional de capital importancia para un enfoque

⁶ Acerca de los principios del desarrollo humano y el desarrollo sostenible ampliar en la obra de PINTOS SANTIAGO, JAIME, Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, INAP, Madrid, 2017, págs. 211 y ss.

⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, Los grandes principios del Derecho Público, ob. cit., págs. 96 y ss.

⁸ Así, hemos hecho un estudio in extenso sobre estas cuestiones atinentes al principio de buena administración en nuestro libro: GALLI BASUALDO, MARTÍN, La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica, ob. cit., 2021, págs. 67 y ss.



propio del desarrollo sostenible global, clave, desde luego, a la hora de definir buenos gobiernos, buenas administraciones, una gestión pública de calidad y la gobernanza democrática.

Es menester poner de relieve, además, el art. 7º del mismo acuerdo internacional en tanto hace referencia a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, al aludir a los modos de participación abierta e inclusiva, la participación pública en asuntos ambientales de interés público, el acceso a la información pública efectiva y oportuna, la participación del público a nivel nacional e internacional y otros mecanismos de gobernanza público – privada y de buena administración allí prescriptos.

Por lo demás, los procesos de toma de decisiones hoy son claves en el orden nacional e internacional. Esto es, ¿quién comienza el proceso decisorio, quién participa en su construcción y desarrollo, y quién/es es/son el/los decisor/es finales? ¿Hay un único decisor o varios? ¿La decisión se adopta sólo por el sector público o éste escucha e interactúa con el sector privado? ¿La decisión se toma en forma vertical y con un único decisor? ¿O en forma horizontal y con una participación público – privada? Se trata de temas, por cierto, claves para el buen gobierno, la buena administración y la buena gobernanza en nuestros países hoy en día.

Otra cuestión importante es el acceso a la justicia en asuntos ambientales, previsto en el art. 8º. En dicho precepto se regula acerca de la garantía del debido proceso; la necesidad de contar con órganos estatales especializados; los procedimientos efectivos, oportunos, transparentes e imparciales; la admisión de legitimación activa amplia; las medidas judiciales; la eliminación de trabas; acciones judiciales que habrán de garantizarse; entre otras medidas contempladas en este régimen jurídico.



Es que en todo régimen jurídico global, internacional o supraestatal debe sopesarse la importancia en los mecanismos de solución de controversias y su decisión a través de organismos especializados independientes que respeten los principios de imparcialidad, objetividad, transparencia y buena administración.

De tal manera, frente a la arquitectura de la decisión gubernamental⁹ es menester considerar los aspectos ambientales, de eficiencia energética¹⁰, sociales y éticos en la contratación pública.¹¹

Es posible colegir que a través de las estructuras regulatorias preceptuadas para la actividad contractual pública puede procurarse, encaminarse y lograrse un mayor desarrollo económico, social e institucional y, desde luego, de un modo sostenible. Vale decir que a

⁹ Respecto de la arquitectura de decisión en el gobierno, no puede dejar de verse el enfoque que plantea el reconocido autor norteamericano SUNSTEIN, CASS, (más) Simple. El futuro del Gobierno, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, 2014, págs. 20 y ss.

¹⁰ Sobre el tema de la eficiencia energética y las energías renovables, nos hemos referido en GALLI BASUALDO, MARTÍN, "A propósito de las energías renovables: la bioenergía en la República Argentina", en Derecho de la energía en América Latina, Tº I, MORENO CASTILLO, LUIS Y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR (COORDINADORES), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, págs. 465 y ss. y "Las energías renovables en la república argentina: el caso de las fuentes bioenergéticas vinculadas a la actividad agroindustrial (biomasa, biogás, biodiesel y bioetanol)", La Ley, suplemento del 23/03/2017.

¹¹ DELPIAZZO, CARLOS, "Diseño de pliegos contractuales y buena administración", en Cuadernos de Mariñan, XI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano realizadas la ciudad de A Coruña en el 2017 sobre el tema "Buena administración y contratación pública", A Coruña, 2018, en edición.



través de la contratación pública sostenible se da cumplimiento a uno de los rasgos esenciales que acompaña al concepto de gobernanza con miras a garantizar un desarrollo duradero económico, social e institucional.¹²

2. Breves consideraciones a propósito de la contratación pública sostenible en la Unión Europea y España

En el campo de la contratación pública se visualiza, especialmente, este principio del desarrollo sostenible a la hora de llevar a cabo la planificación y preparación de la contratación pública y en la selección del contratista.¹³

En la actividad contractual, cuadra hacer notar que PINTOS SANTIAGO ha puesto de resalto -en un profundo estudio sobre el tema- la importancia que reside en los principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental en el Desarrollo Global de la Contratación Pública.¹⁴

Así, en la Directiva 2014/24 de la Unión Europea se estima que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación e investigación tecnológica, la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, contribuir a obtener la mejor relación calidad-

¹² Véase el concepto de gobernanza en el diccionario de la Real Academia Española.

¹³ Como enseña el Prof. DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, "Buena administración y la selección del contratista", en Cuadernos de Mariñan, XI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano realizadas la ciudad de A Coruña en el 2017 sobre el tema "Buena administración y contratación pública", A Coruña, 2018.

¹⁴ PINTOS SANTIAGO, JAIME, Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública, INAP, Madrid, 2017, págs. 61 y ss.



precio en las inversiones públicas, obtener amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.¹⁵

En dicha Directiva de Cuarta Generación de la UE se pone de resalto que "la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos."¹⁶

A su vez, hay disposiciones relativas a los objetivos y cláusulas medioambientales, a las especificaciones técnicas, etiquetas, criterios de adjudicación, motivos de exclusión, normas de aseguramiento de calidad y de gestión, los ciclos de vida, ejecución del contrato y otros aspectos similares en los arts. 18, inc. 2, 42, 43, 62, 68, 70, entre otros preceptos jurídicos.

En tal sentido, y siguiendo las directivas comunitarias, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) 9/2017 española hace referencia a lograr el objetivo de un «crecimiento inteligente, sostenible e integrador» y el «rol instrumental de los contratos públicos»: al expresarse que la contratación pública "se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador,

¹⁵ Directiva 2014/24, considerando 47º.

¹⁶ Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre la contratación pública, considerando 2º.



garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.”¹⁷

Así en cuanto a las cláusulas ambientales en relación al objeto del contrato, disposiciones de los pliegos, obligaciones a los licitadores, prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación, evaluación de propuestas, normas aplicables a determinados contratos en particular, estudios de viabilidad y otras cuestiones atinentes a la contratación pública hallamos regulaciones importantes en los arts. 14, inc. 3, 35, inc. c), 71, 99, 122, 124, 125, 126, 129, 145, 157, 247, 250, 256, 258, entre otros de la LCSP.

3. La contratación pública sostenible en Argentina

Ahora bien, en Argentina existe un doble andamiaje jurídico en materia de contrataciones para la Administración Pública Nacional (en sentido lato).

Contamos, por un lado, con el régimen de contratación pública tradicional, a la luz de lo prescripto en el Decreto 1023/01 y su reglamentación aprobada en el Decreto 1030/2016 (el primero de los decretos nombrados ostenta rango de ley en Argentina, pues se trata de un decreto delegado)¹⁸.

¹⁷ LCSP, Preámbulo, tercer párrafo.

¹⁸ Entre ambos decretos presidenciales existe un orden de prelación normativo. El decreto 1023/01 es un decreto delegado que, consiguientemente, ostenta un rango de ley con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución, mientras que el decreto 1030/2016 fue dictado como un decreto de ejecución y autónomo, por ende, en los términos del art. 99, inc. 1 y 2, de la Constitución Nacional.

Por tal razón, la legislación en la materia la encontramos en el decreto 1023/01 y su reglamentación actual, en el decreto 1030/2016. Los “reglamentos delegados” son los que se dictan en los términos y de conformidad con lo dispuesto en el art. 76 Constitución y trasuntan un caso de delegación de



Por otro lado, se emitió, hace no mucho tiempo a esta parte, la legislación en materia de participaciones público - privadas, a tenor de lo preceptuado en la Ley 27.328 y el decreto 117/2018.

En el régimen tradicional de la contratación pública del decreto delegado 1023 del 2001 no se alude nunca a los objetivos ambientales ni al desarrollo sostenible. Recién, su decreto reglamentario 1030/2016 establece que: i) en los pliegos y las especificaciones técnicas se prevean criterios y cláusulas de "sustentabilidad" (aunque no avanza en la consideración y especificación sobre el tema; arts. 36 y 37); ii) las comisiones evaluadoras, entre otras cuestiones, lleven a cabo la apreciación de los "criterios de sustentabilidad" (art. 62); y iii) el órgano rector (la Oficina de Nacional de Contrataciones) tendrá por función (entre otras más allí indicadas): "...desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada

facultades legislativas dispuesta por el Congreso de la Nación en el Poder Ejecutivo en las condiciones prescriptas al dictarse la ley y con sujeción a dicho precepto constitucional. Los "reglamentos autónomos" "son aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo e, integralmente, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley preexistente, sino que directamente interpretan y aplican la Constitución, vgr.: aplican el art. 99, inc. 1, CN." Los "reglamentos de ejecución o ejecutivos" resultan ser los que dicta el Poder Ejecutivo, en los términos del art. 99 inc. 2 CN, "en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador." (Conceptualizaciones que pueden encontrarse en la obra de nuestro maestro CASSAGNE, JUAN CARLOS, Curso de Derecho Administrativo, t. I, 13ª edic., La Ley, Buenos Aires, 2021, págs. 74 y ss.).



y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas...” (art. 115, inc. 1)

Puede colegirse, fácilmente, que la legislación implementada a partir del 2001 mediante un decreto delegado para la contratación pública tradicional requiere de una urgente actualización y modernización en la materia.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en la más reciente legislación en materia de participaciones público – privadas.

En efecto, el alcance de la normativa en los Contratos PPP se ha previsto en el art. 1º de la Ley 27.328, en los siguientes términos: “Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta



modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer.”

De esta manera, los contratos que se celebran en el marco de las participaciones público-privadas constituyen una modalidad alternativa a los contratos tradicionales¹⁹, que se hayan regulados por el Decreto 1023/2001, las leyes 13.064 y 17.520²⁰ y sus respectivas normas modificatorias y reglamentarias.²¹

En el marco de la aludida legislación argentina para los Contratos PPP, en la etapa preparatoria y de planificación contractual y en ocasión de estructurarse dichos proyectos, se estima que ha de tomarse especialmente en cuenta: la ponderación de la rentabilidad económico y/o social de los proyectos; la promoción de la inclusión social en el área de desarrollo de los proyectos; incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país; la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos; el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán; impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en ese régimen jurídico²².

¹⁹ Ampliar en CASSAGNE, EZEQUIEL, “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, REDA, 2016, Nro 107, págs. 923 y ss.

²⁰ La ley 13.064 regula los contratos de obra pública y la ley 17.520, a las concesiones de obra pública.

²¹ Ver ley 27.328, arts. 2 y 31.

²² Ley 27.328, arts. 4, incs. e, f, g, h, k y l.



A su vez, en lo atinente al desarrollo sostenible el art. 5 preceptúa: “en la estructuración de proyectos de participación público-privada, la contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto. En la documentación contractual deberán especificarse las obligaciones que, a los fines antes indicados, deberán recaer sobre cada una de las partes del contrato de participación público-privada y contener los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte de la contratista de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia. A estos fines, previo a la aprobación de la documentación contractual, deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.”

Sin perjuicio de ello, y en lo que atañe al régimen específico en materia ambiental, Argentina cuenta con: la Ley General del Ambiente Nº 25.675; las Leyes Nº 24.295, 25.438 y 27.270, por las que aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París, respectivamente; la Ley Nº 27.520, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático y el reciente decreto 1030/20210, que viene a prever su reglamentación; entre otros actos normativos dictados por el gobierno en estos años.



4. La auto-regulación regulada del “seguro verde” para la actividad forestal y los contratos celebrados a raíz de ello en Argentina

Un segundo caso interesante es el denominado “seguro verde” implementado por el gobierno argentino hace ya unos años.

El 12 de junio del 2018, el Ministerio de Agroindustria y la Superintendencia de Seguros firmaron la Resolución Conjunta 1/2018, la cual dispone: “créase, en el ámbito de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE FINANZAS, el PROGRAMA DE SUSTENTABILIDAD AMBIENTAL Y SEGUROS (“PROSAS”), con el objeto de promover las inversiones en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes que se efectúen en el marco de lo dispuesto por la Ley Nº 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados...”²³

Dicho programa denominado “Prosas” se prevé que “será integrado por los aportes provenientes de los acuerdos voluntarios que se alcancen con las Aseguradoras que emitan pólizas de seguro automotor.”²⁴

La competencia de cada uno de los organismos se estableció del siguiente modo: “la mencionada SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN será la autoridad de aplicación del presente en los aspectos relativos a la administración y transferencia de los recursos del “PROSAS” y el MINISTERIO DE

²³ Resolución Conjunta Superintendencia de Seguros y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable Nro 1/2018, art. 1.

²⁴ Resolución Conjunta Superintendencia de Seguros y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable Nro 1/2018, art. 2.



AGROINDUSTRIA lo será respecto a la aplicación y utilización de dichos fondos conforme los mecanismos dispuestos por la mencionada Ley Nº 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados...”²⁵

La aplicación de esos aportes voluntarios provenientes de las aseguradoras se preceptúa que se destinarán a la actividad forestal de la siguiente manera: “los recursos del “PROSAS” serán de aplicación para el pago de los aportes no reintegrables a otorgar a los emprendimientos de plantación de bosques o de enriquecimiento de bosques nativos, que obtengan las aprobaciones correspondientes establecidas en la Ley Nº 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados, con posterioridad a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la presente Resolución Conjunta.”²⁶

Para tal decisión administrativa, se tuvo en consideración el régimen de promoción que se aplica a la actividad forestal, al señalarse:

“... mediante la Ley Nº 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados se creó un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, a través del otorgamiento de un apoyo económico no reintegrable.

(...)

... mediante el régimen mencionado se promocionan la forestación de bosques cultivados, así como el enriquecimiento de bosques nativos, asegurando el mantenimiento de la biodiversidad.”

²⁵ Resolución Conjunta Superintendencia de Seguros y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable Nro 1/2018, art. 3.

²⁶ Resolución Conjunta Superintendencia de Seguros y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable Nro 1/2018, art. 4.



Haciéndose referencia al Acuerdo de París del 2015, se indica:

“... la REPÚBLICA ARGENTINA adhirió al Acuerdo de París de fecha 12 de diciembre de 2015 aprobado por la Ley Nº 27.270 y bajo dicho acuerdo asumió entre otras, la obligación de no superar la emisión neta de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DE TONELADAS (483.000.000 t) de CO2 en el año 2030, afirmando que esta meta se logrará a través de una serie de medidas a lo largo de la economía, focalizando en los sectores de energía, agricultura, bosques nativos e implantados, transporte, industria y residuos.

... el Artículo 2º del Acuerdo de París establece como uno de los objetivos centrales hacer consistentes los flujos de financiamiento con el desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y resiliente al clima.

... la REPÚBLICA ARGENTINA se ha propuesto en esta instancia alcanzar en el tiempo el objetivo de ser carbono neutral respecto de las emisiones estimadas de dióxido de carbono.”

Respecto de los emprendimientos del sector forestal se pone de relieve:

“... los emprendimientos de plantaciones forestales tienen como beneficio directo producir una amplia gama de bienes y servicios ecosistémicos además de la fijación de carbono.

... en adición a proveer madera y productos no madereros, dichos emprendimientos promueven servicios de regulación como el control de la erosión, servicios de soporte como creación de hábitats de distintas especies, servicios culturales como la recreación, turismo, educación, entre otros.

... el desarrollo de esa industria posee un alto impacto en la “economía real” por cuanto potencia la cadena de valor relacionada a la producción foresto industrial.



Que el desarrollo de la industria de forestación genera trabajo formal y potencia las economías regionales que participan de la cadena de producción, creándose puestos de trabajo genuinos para hombres y mujeres.

... la Resolución Nº 70 del 25 de septiembre de 2015 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, propende para el año 2020 asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas, promover la puesta en práctica de la gestión sostenible de todos los tipos de bosques, detener la deforestación, recuperar los bosques degradados y aumentar considerablemente la forestación y la reforestación a nivel mundial.”

En lo que atañe al mecanismo de aportes de las aseguradoras (al acudirse a los medios digitales) y su aplicación a la actividad forestal, se dice:

“... por su parte, los proyectos de inversión productiva desarrollados en el marco de la citada Ley Nº 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados, requieren de una mayor financiación a efectos de cumplir cabalmente con los compromisos asumidos por la REPÚBLICA ARGENTINA en materia ambiental.

... las Aseguradoras lograrán reducir sus costos de emisión de pólizas, al encontrarse admitido por el Artículo 11 de la Ley de Seguros Nº 17.418 que todos los medios de prueba digitales serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito.

... en el mismo sentido se sustituyó el Punto 25 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (t.o. Resolución SSN Nº 38.708 de fecha 6 de noviembre de 2014, sus modificatorias y complementarias), mediante la Resolución Nº 219 de fecha 7 de marzo de 2018 de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE FINANZAS, regulándose la posibilidad de entregar las pólizas a los asegurados por medios digitales.”



... lo mencionado en los anteriores considerandos significará un ahorro de enormes proporciones en los gastos de administración de las Aseguradoras.”

En punto a la actividad de las aseguradoras, se pone de manifiesto:

“... por su parte, las Aseguradoras que emiten pólizas de Seguro Automotor, aseguran un riesgo que condiciona la previsibilidad climática.

... está demostrado que la emisión de dióxido de carbono contribuye al calentamiento global y en consecuencia a la agudización de los eventos climáticos extremos.

... redundará en beneficios para el Asegurado y la Aseguradora una reducción del acaecimiento de eventos climáticos adversos, lo cual tomará lugar en caso de lograr reducirse los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero.

... el país está desarrollando su Plan Nacional de Adaptación, que requerirá medidas al efecto, entre las que se incluyen los instrumentos de transferencia de riesgos.

... en el marco de lo mencionado en el considerando anterior, el sector agroindustrial debe mejorar su cultura aseguradora y la industria del seguro desarrollar los instrumentos de cobertura adecuados que alienten la adopción de las prácticas necesarias para la adaptación al cambio climático.

... los vehículos automotores con motor de combustión a petróleo son uno de los principales agentes productores de gases y en ese sentido, las aseguradoras de vehículos automotores resultan las propicias para brindar el soporte necesario para el cumplimiento de esta política gubernamental.”

Acerca de la importancia de los seguros y los riesgos objeto de cobertura se expresa:

“... el seguro tiene un principio solidario, de distribuir los costos de un siniestro en el conjunto a través de la



dispersión del riesgo, haciendo posible el desarrollo de cualquier actividad y garantizando una mayor previsibilidad económica.

... estableciendo programas de concientización y promoción de la cultura aseguradora se promueve el crecimiento del mercado de capitales, donde se invierte gran parte de las primas y con ello, indirectamente se contribuye al financiamiento de distintos sectores de la "economía real".

... el seguro tiene un rol muy importante para contribuir a la calidad de vida de la población y el crecimiento constante de la economía, siendo que cuanto mayor es la participación del seguro como un insumo básico de la economía, mayor es la evolución de un país.

... la gestión de riesgos, y en particular la cobertura a través de seguros, ocupan un papel central en la adaptación del país al cambio climático."

Finalmente, se hace mérito del concepto de la "responsabilidad social empresaria", en los siguientes términos:

"... las empresas, generan impactos sociales, económicos y ambientales, existiendo el concepto de Responsabilidad Social Empresaria tendiente a potenciar los impactos positivos dentro de sus operaciones.

... teniendo en cuenta que la Responsabilidad Social Empresaria comprende las acciones voluntarias que toman las empresas para que sus actividades tengan repercusiones positivas sobre la sociedad, corresponde convocar a las Aseguradoras a celebrar convenios tendientes al cumplimiento de estos objetivos.

Que, por su parte, a través de diversas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, está teniendo lugar un proceso que promueve el funcionamiento dinámico y eficaz de la gestión pública, destinado a incentivar la inversión, la productividad, el empleo y la inclusión social."



En base a esa regulación normativa, pues, propuesta a través de un acto reglamentario suscripto por un ministro de agroindustria y el superintendente de seguros en Argentina se aprobó un programa denominado "Prosas" para obtener fondos de las compañías aseguradoras que se ahorraban con motivo de la digitalización (no enviaban ya resúmenes a los clientes ni credenciales en papel, sino que todo ello procedía a implementarse on line y en forma digitalizada) y tales fondos se transfirieron voluntariamente por dichas empresas al gobierno a través de un contrato que suscribieron entre cada una de las compañías de seguros y el gobierno federal en Argentina.

De tal manera, esta otra regulación importa la puesta en marcha de una autorregulación regulada para determinados actores de la actividad económica productiva argentina.

5. Consideraciones finales

Sabemos que se ha puesto en entredicho el modelo económico de desarrollo y producción sin límites, el consumo desmedido y el derroche de recursos perecederos y de difícil renovación²⁷, porque no es sostenible la continuidad de ese estilo de vida y de progreso. El desarrollo ilimitado, irresponsable e irracional produce consecuencias temporales y permanentes en el crecimiento económico, en la cohesión social, en el equilibrio ecológico y en el acceso a las tecnologías.²⁸

²⁷ PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS, *Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 50.

²⁸ HERNÁNDEZ – MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL, "El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y



La expresión desarrollo sostenible nos lleva a una mayor equidad y justicia, una visión integrada del desarrollo en contraste con la tradicional sectorización de las políticas públicas en esta materia.²⁹

De tal manera, podemos arribar a la conclusión de que un desarrollo sostenible constituye un auténtico cambio de paradigma, supone la apuesta por construir un nuevo modelo económico, en el que no se produzca un enfrentamiento entre el desarrollo necesario y deseado, con la conservación y protección de la naturaleza, es decir, se procura un cambio en la manera de producción y el consumo, así como también la protección y gestión de los recursos naturales necesarios para satisfacer las necesidades de las personas comprendiendo una dimensión económica, una social y una ambiental.³⁰

Como puede notarse, el paradigma del desarrollo sostenible ha emergido para colocar en el centro del mismo a la persona humana y el respeto a su dignidad, pero no se ha limitado a las personas que conforman la actual generación, sino que añade su proyección hacia el futuro, de manera que no se comprometan las posibilidades de las generaciones venideras para atender

explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR”, VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos, Retos actuales de la regulación: Judicialización y Crecimiento Económico, Thomson Reuters Legal Publishing Chile, Santiago, 2014.

²⁹ VILLEGAS MORENO, JOSÉ LUIS, “Desarrollo sostenible, capital social y municipio. Aproximación a la configuración del municipio como agente del desarrollo”, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2002, en <http://www.redalyc.org/pdf/555/55500906.pdf>.

³⁰ HERNÁNDEZ – MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL, “El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR”, Retos actuales de la regulación: Judicialización y Crecimiento Económico, ob. cit.



a sus propias necesidades, lo cual denominamos «solidaridad intergeneracional».³¹

En suma, conforme precisa el profesor RODRÍGUEZ - ARANA, se advierte relevante la existencia y plena vigencia de una regulación administrativa global confeccionada por estructuras y organizaciones que nacen al calor de las declaraciones mundiales para lograr el desarrollo limpio global de las naciones.³²

³¹ SANZ LARRUGA, FRANCISCO JAVIER, "Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿Nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible", Actualidad Jurídica ambiental, Mayo, 2011, págs. 10 y ss.; HERNÁNDEZ - MENDIBILE, VÍCTOR RAFAEL, "El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR", VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos, Retos actuales de la regulación: Judicialización y Crecimiento Económico, Thomson Reuters Legal Publishing Chile, Santiago, 2014

³² RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, JAIME, "El derecho administrativo global: un derecho principal", en Revista andaluza de Administración Pública, Nro 76, enero-abril 2010, págs. 15 y ss.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 32

Diciembre 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**LA INQUIETANTE INADMISIÓN DEL
RECURSO ESPECIAL FUNDADA EN LA
EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO
INDIRECTO CONTRA LOS PLIEGOS**

**THE INQUIETING INADMISSIBILITY OF
THE SPECIAL APPEAL BASED ON THE
UNTIMELINESS OF THE INDIRECT
APPEAL AGAINST THE BIDDING
DOCUMENTS**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA

Funcionario de Carrera en Excedencia

Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Especialista en Contratos Públicos



Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Acuerdo nº 222/2022, de 9 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Recurso nº 211/2022), que inadmite, por extemporáneo, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el cuarto licitador mejor clasificado contra el Acuerdo del Gerente General de la Universidad Rey Juan Carlos, de fecha 10 de mayo de 2022, por el que se adjudica el contrato de "Servicios de vigilancia y seguridad", número de expediente 2022030SERA, dejando sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, y no apreciando la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Abstract

Comprehensive analysis of the concordant doctrine to Agreement No. 222/2022, of June 9, of the Administrative Tribunal for Public Procurement of the Community of Madrid (Appeal No. 211/2022), which dismisses, as untimely, the special appeal in procurement matters filed by the fourth best ranked bidder against the Agreement of the General Manager of the Rey Juan Carlos University, dated May 10, 2022, awarding the contract for "Surveillance and security services", file number 2022030SERA, leaving without effect the automatic suspension provided for in Article 53 of the LCSP, and not appreciating the concurrence of bad faith or recklessness in the filing of the appeal.

Palabras clave

Legitimación activa - Lex contractus - Impugnación indirecta del pliego - Criterios de adjudicación - Subrogación



Keywords

Active legitimation – Lex contractus - Indirect challenge of the bidding documents – Award criteria – Surrogacy

SUMARIO:

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente era la empresa que prestaba el servicio objeto de licitación y estaba obligada a facilitar al órgano de contratación la información relativa a los contratos de los trabajadores afectados por la obligación de subrogación. A tal fin, remitió al órgano de contratación el listado de los trabajadores afectados, con el detalle de sus contratos, si bien el órgano de contratación discrepó respecto a la inclusión en el listado de algunos trabajadores. Finalmente, con ocasión de la convocatoria de la licitación, publicó en el perfil del contratante el listado de trabajadores afectados por la subrogación que consideró oportuno. Al mismo tiempo, en el estudio económico justificativo del presupuesto base de licitación publicado, se especificaba que para su cálculo se había tenido en cuenta al personal subrogable.

A través de la sección de solicitud de información adicional existente en el espacio virtual reservado a la licitación en el perfil del contratante alojado en la plataforma de contratación del sector público, la



empresa "saliente", tras varios intentos infructuosos efectuados mediante comunicaciones ordinarias e incluso solicitudes registradas electrónicamente y que fueron aportadas acompañando al escrito de recurso, puso de manifiesto al órgano de contratación las inexactitudes del listado de subrogación, pues había omitido a algunos trabajadores, indicando éste que serían objeto de estudio, por si hubiera que corregir dicho listado, corrección que finalmente no tuvo lugar.

La empresa recurrente, única concedora del listado completo del personal a subrogar, formuló su oferta con arreglo a los costes salariales reales del contrato, lo que motivó que quedase clasificada en cuarto lugar. Por esta razón, dedicó gran parte de las alegaciones del recurso especial a acreditar su legitimación activa, impugnando no sólo la adjudicación al primer clasificado sino la clasificación de ofertas en sí, lo que incluía a los licitadores segundo y tercer mejor clasificados. Alegaba que si se hubiera publicado la tabla de subrogación completa y las ofertas de los tres licitadores mejor clasificados hubieran sido las mismas, habrían debido ser identificadas como incursas en anormalidad por no cumplir las obligaciones aplicables en materia laboral, incluido el convenio colectivo sectorial vigente, por lo que era evidente su interés legítimo.

A ello añadió la existencia de causas de nulidad de pleno derecho en los pliegos, planteando de un recurso indirecto contra los mismos y justificando que en su momento no fueron impugnados debido a la confianza legítima que la recurrente tenía en que el órgano de contratación rectificase el listado de subrogación publicado, como parecía desprenderse de la respuesta ofrecida por éste en la plataforma de contratación del sector público. Alegando también como causa de nulidad la configuración de criterios de adjudicación carentes de



proporcionalidad y que evitaban la competitividad entre las ofertas.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no pone objeción alguna a la legitimación activa de la recurrente. Sin embargo, a pesar de expresar que el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, al analizar el requisito relativo al plazo de interposición del recurso especial, de manera inexplicable (absurda, ilógica, irrazonable, inadmisibles, paradójica, desatinada, falsa, incoherente) aplica el plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP para los supuestos de interposición del recurso contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales – en lugar del previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP para cuando el recurso especial se dirige contra el acuerdo de adjudicación -, y determina que el recurso interpuesto debe considerarse extemporáneo, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.d) de la LCSP, dictamina que debe acordarse su inadmisión.

Señala el Tribunal que *"la falta de impugnación de los pliegos de condiciones previamente a la presentación de su oferta impide directamente – en este caso se impugnaban indirectamente – la impugnación de estos, ya que la controversia no se fundamenta más que en el deber que el artículo 130.1 de la LCSP – ignora absolutamente el otro motivo de impugnación, relativo a los criterios de adjudicación que hubiera obligado necesariamente a entrar en el fondo del asunto – impone a los órganos de contratación ofrecer el listado de personal con derecho a subrogación, que no debe*



confundirse, como ya ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones, con las necesidades presentes de contratación. Por lo tanto, no estamos en ningún caso ante una causa de nulidad del procedimiento, por lo que tampoco podemos aplicar la doctrina de excepción de actos propios que se recoge en el art. 50.1 b) de la LCSP”, es decir, está resolviendo sabiendo que se trata de un recurso indirecto contra los pliegos dirigido contra el acuerdo de adjudicación, recurso indirecto que a la par niega en un ejercicio supino de contradicción para llegar a la extemporaneidad del recurso por ir directamente contra los pliegos. Posteriormente recopilamos la doctrina que efectivamente determina la validez de los listados de subrogación facilitados por el adjudicatario, que no tienen que ver ni están vinculados a las menores necesidades del actual objeto del contrato, sino con el derecho de los trabajadores a ser previamente subrogados por el empresario entrante en el caso de sucesión de empresas.

En nuestra humilde opinión y con los debidos respetos, este modo de resolver parece más bien una argucia jurídica más que cuestionable porque el Tribunal reconoce repetidamente a lo largo de la resolución que se están recurriendo los pliegos de forma indirecta, pero después no sólo aplica el plazo de recurso directo de los pliegos, sino que omite descaradamente entrar en el fondo de uno de los asuntos recurridos, la nulidad de los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, que habilita expresamente, precisamente, el recurso indirecto contra los mismos. Sin embargo, sí entra en uno solo de los motivos de impugnación, el relativo a la infracción del deber de información que pesa sobre el órgano de contratación conforme al artículo 130.1 de la LCSP, y lo hace para manifestar con rotundidad y ausencia absoluta de motivación, que en los trabajadores que la recurrente pretende incluir en el



listado de trabajadores a subrogar no se cumplen las condiciones que el convenio colectivo sectorial impone a los empleados para tener derecho a ser subrogados, y tampoco en las necesidades de la contratación objeto de licitación. Cabe destacar que uno de los trabajadores en discordia de subrogación estaba adscrito al objeto del contrato en virtud de resolución judicial firme.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos pues los dos motivos de impugnación, por orden inverso, según la doctrina vinculante e imperante, también dictada con carácter precedente por el Tribunal que resolvió el presente caso, a la vista de la cual se pueden obtener fáciles conclusiones que el apartado anterior, entendemos, ya nos vislumbra.

En primer lugar, una cuestión fundamental en el supuesto analizado es la nulidad de pleno derecho de los criterios de valoración, al suponer una vulneración de los principios generales de la contratación, determina la nulidad del procedimiento de licitación en su conjunto, pudiendo ser invocada con ocasión del recurso formulado contra la adjudicación del contrato. Así lo tiene declarado el TACRC en resoluciones como la nº 987/2016, de 2 de diciembre (negrita añadida):

<<Alcanzada la anterior conclusión, debe valorarse cuál es el efecto jurídico que la misma ha de tener en relación con el presente recurso, dado que los pliegos constituyen la ley del contrato y los mismos no fueron objeto de impugnación en su momento por parte del ahora recurrente.



*En este sentido, es doctrina constante y unánime de este y otros Tribunales competentes en la materia que **cuando una cláusula del pliego es nula de pleno derecho, la nulidad puede ser invocada con ocasión del recurso formulado frente al acuerdo de adjudicación e incluso apreciada de oficio por los propios Tribunales.***

*Pues bien, **la imprecisión de los pliegos en relación con los criterios de valoración constituye un vicio de nulidad de pleno derecho**, al suponer una vulneración de los principios generales de la contratación y determina por ello la nulidad del procedimiento de licitación en su conjunto, que puede ser invocada con ocasión del recurso formulado contra la adjudicación del contrato, pudiendo citar al respecto la resolución de este Tribunal nº 547/2014, de 18 de julio:*

"Finalmente, debemos concluir, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, Wienstrom), que la nulidad de cualquiera de los criterios de adjudicación a tener en cuenta en una licitación debe comportar la nulidad de la licitación misma, pues como señala la mencionada Sentencia, "los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad



adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso". Debemos por tanto declarar la nulidad de la licitación a que se refiere el presente recurso. En el caso de que el órgano de contratación optara por volver a convocarla, deberá hacerlo bajo unos pliegos de cláusulas en los que, la valoración de la Memoria, Plan de Trabajo y mejoras, se regulen de conformidad con el contenido de la presente resolución>>

Suele ser habitual que no se motive la elección de los criterios de adjudicación, incluso que no se publique la Memoria justificativa en el perfil del contratante, lo que infringe los artículos 116.4.c) y 63.3 de la LCSP, y ya de por sí determinaría la anulación de todos los criterios de adjudicación, conforme al artículo 40 de la LCSP (Resoluciones 456/2019, 786/2019, 549/2020 y 224/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Sobre el establecimiento de los criterios de adjudicación se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en los siguientes términos (Resoluciones nº 14/ 2020, 827/2019,1116/2019 y 235/2019):



"Por tanto, en la citada Directiva, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato. En fin, sobre ese aspecto, la Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, al determinar que: (92) «Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas...

*Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Por tanto, **con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato**, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios*



de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades...

A contrario, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico...

*Así, un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de que permita valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, de la obra, el suministro o el servicio, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, **que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto**".*

En segundo lugar y en cuanto al **incumplimiento por parte del órgano de contratación del deber de información previsto en el artículo 130.1 de la LCSP**, debemos tener presente que *"la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral sobre la que **el órgano de contratación no tiene competencia alguna. Únicamente está obligado a informar de ello** -las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados- en los pliegos conforme al art. 130 LCSP"* (Resolución 245/2022, de 27 de abril, del



Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

El papel que debe desempeñar el órgano de contratación en este ámbito es descrito con gran claridad por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 99/2019 TACRC, de 8 de febrero: *"la existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que, en principio, parezca razonablemente aplicable al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa en la normativa laboral"*.

Como sostuvo el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP Madrid) en su resolución nº 362/2017, de 29 de noviembre, **"el deber de información del órgano de contratación conforme al artículo 120 del TRLCSP tiene por finalidad permitir a los licitadores evaluar los costes de la subrogación, pero no prejuzga el alcance definitivo de la misma** que, en última instancia, correspondería determinar a la jurisdicción social. La amplitud de dicha información debe incluir los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación y los datos esenciales de su relación laboral que permitan conocer sus costes como categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, del cimiento del contrato, salario bruto anual y otros, tal como ha recogido la doctrina de los tribunales



de recursos contractuales y ahora recogida en el artículo 130 de la Ley 9/2017”.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el informe emitido en el expediente 126/18, haciendo suyas las conclusiones del informe 8/19, de 16 de junio, de la Abogacía General del Estado, señala que la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es *“una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información”.* En este sentido, **“el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato, con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales”.** Por este motivo, el órgano de contratación **“no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación de contrastación activa de la información suministrada”.**

En definitiva, hemos de poner de manifiesto la inquietante doctrina que suponen este tipo de resoluciones que quiebran los principios generales de



confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, abriendo ventanas no exploradas todavía que conducen por ejemplo, como en el presente caso, a la inadmisión de cualquier recurso indirecto contra los pliegos a través de la resolución de adjudicación por causas de nulidad de pleno derecho, por extemporaneidad del mismo al ser recalificado como recurso directo contra los pliegos sin entrar en el fondo del asunto.



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES



Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.



Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.



Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de



estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*³³. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos

³³ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



(1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en



mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.



Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE



Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

