

# QDL58

Febrero de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

## LA DIGITALIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES







# QDL 58

Febrero de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

## LA DIGITALIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

## CONSEJO CIENTÍFICO

**Presidente:** Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*  
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*  
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*  
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*  
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*  
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*  
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*  
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*  
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*  
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*  
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*  
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*  
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*  
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*  
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*  
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*  
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*  
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*  
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*  
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*  
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*  
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*  
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*  
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*  
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*  
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*  
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Director:** Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*  
**Secretario:** Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*  
**Coordinadora:** Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*  
**Vocales:** Marcos Almeida Cerredá, *U. de Santiago de Compostela*  
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*  
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*  
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*  
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*  
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*  
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*  
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*  
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*  
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*  
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*  
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

# QDL58

## ESTUDIOS

### I. Sección monográfica La digitalización de los Gobiernos locales

14 El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las entidades locales  
VALENTÍN MERINO ESTRADA

30 La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia  
AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ

64 El régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones locales  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

88 La digitalización de los procedimientos en los Gobiernos locales: una tarea pendiente  
CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA

### II. Sección general

118 Delimitación entre contrato, convenio y subvención  
CARMEN SIBINA VIDAL

160 Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público  
JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ





# Índice

## **CRÓNICA JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia  
(de 1 de enero a 15 de abril de 2022)  
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

182

## **CRÓNICA CONSULTIVA**

El pago de prestaciones ejecutadas  
sin cobertura contractual  
RAQUEL HURTADO SOTO

204

El plazo de caducidad en los procedimientos  
de resolución de contratos administrativos  
en la doctrina de los consejos consultivos  
autonómicos (a propósito de la Sentencia del  
Tribunal Constitucional n.º 68/2021)  
PATRICIA BOIX MAÑÓ

213

La operatividad inmediata de la causa  
de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 b)  
de la LOREG (comentario del Dictamen núm. 160  
del Consello Consultivo de Galicia)  
ANDREA GARRIDO JUNCAL

244





QDL58

**ESTUDIOS**





QDI 58

**I.**  
**Sección**  
**monográfica.**  
**La digitalización**  
**de los Gobiernos**  
**locales**

# El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las entidades locales

VALENTÍN MERINO ESTRADA

*Secretario general del Ayuntamiento de Valladolid*

1. **Introducción**
2. **El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de gobierno**
  - 2.1. Delimitación de los órganos colegiados de gobierno
  - 2.2. Funcionamiento a distancia, por medios telemáticos o digitales (artículo 46.3 de la LBRL)
  - 2.3. Intervención y votación digital en plenos presenciales
  - 2.4. Otras posibles formas de funcionamiento digital
3. **El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados no considerados de gobierno**
4. **Bibliografía**

## Resumen

En este artículo se analizan las condiciones y requisitos del nuevo marco legal para la celebración digital de sesiones de los órganos colegiados de gobierno de las entidades locales. También otras opciones de funcionamiento electrónico del conjunto de los órganos colegiados necesarios y complementarios.

Palabras clave: *digitalización; representación; regulación; desarrollo reglamentario.*

## **The electronic performance of the colligative governing organs of local governments**

### Abstract

*This article analyzes the conditions and requirements of the new legal framework for the digital celebration of sessions of the collegiate*

*Artículo recibido el 25/02/2022; aceptado el 23/03/2022.*

*governing bodies of local governments. Moreover, the article addresses other options for the electronic performance of all the necessary and complementary collegiate governing bodies.*

**Keywords:** digitalization; representation; regulation; regulatory development.

## 1

### Introducción

La regulación del funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales es una materia especialmente relevante en el régimen local. Su importancia obedece a razones que son comunes al resto de órganos colegiados, pero también a otras que son específicas, ya que tienen su origen en las peculiaridades propias del subsistema político-administrativo local.

La trascendencia de la regulación de los órganos colegiados de la Administración pública deriva, fundamentalmente, de la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho que establece el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto de los actos que se dicten prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Pero también de la necesidad de evitar impugnaciones por meros defectos de forma o supuestos de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC y de la preceptiva obligación de acreditar la voluntad de los órganos colegiados de forma adecuada a los principios que rigen la seguridad jurídica (Colás Tenas, 2019). El artículo 16.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, atribuye al Secretario la función de “velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetados”.

La regulación de los órganos colegiados de las entidades locales presenta una importante problemática singular. La disposición adicional vigesimoprimera de la Ley 40/2015 excluye de su aplicación a los órganos colegiados “de gobierno”, equiparándolos a los órganos del Gobierno de la Nación. La equiparación es correcta en lo que se refiere a la junta de gobierno local, salvando las distancias, más de índole política que jurídico-administrativas. Pero el pleno municipal es más que un órgano administrativo-político de gobierno. Es bien cierto que su producción normativa tiene rango reglamentario en el

sistema de fuentes, pero su composición es la de una asamblea representativa formada por elección directa de la ciudadanía. En este aspecto, es similar a las Cortes Generales o a los parlamentos autonómicos. A la hora de regular ciertos aspectos esenciales de funcionamiento, como el voto, el estatuto de sus miembros, etc., la referencia está en el derecho parlamentario.

Por otro lado, la ciudad es un microcosmos en el que confluyen todas las políticas, un escenario en el que interactúan todos los poderes y todos los agentes sociales. Esta realidad influye no solo en las políticas públicas municipales, sino también en las estructuras y dinámicas de la organización local. En los municipios existe una gran variedad de órganos colegiados, muchos participativos. La naturaleza es muy distinta. Encontramos desde el pleno municipal, cuasi parlamentario, hasta “grupos de trabajo”, ponencias mixtas y otros, que –aun teniendo a veces reconocimiento reglamentario– no pueden ser considerados órganos colegiados de la Administración.

Todo esto debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar el funcionamiento digital, objeto de nuestro estudio.

Los orígenes del funcionamiento digital de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, en general, se remontan a la regulación potestativa que estableció la disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Esta Ley se remitía a los artículos 26 y 27 de la Ley 30/92, que no eran de aplicación en el ámbito municipal a los órganos de gobierno. Además, el régimen de los órganos colegiados previsto en ella fue objeto de una profunda revisión como efecto de la STC 50/1999, que declaró contrario al orden constitucional de competencias gran parte del contenido. Solo permanecieron los artículos 22, 25.1 y 27 (excepto el apartado 5), que son los que pasaron, con similar contenido, a la Ley 40/2015. La disposición final tercera de la Ley de acceso electrónico estableció que la adaptación normativa en las entidades locales se produciría “siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias”. Por tanto, en las entidades locales, el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, tanto de gobierno como otros, se mantuvo prácticamente inédito (Lago Núñez, 2018).

La legislación de régimen local no abordó este problema. Únicamente se produjeron algunos avances al incorporarse en algunos reglamentos orgánicos la posibilidad de votación digital individualizada en el pleno, en casos tasados de enfermedad grave, embarazo de riesgo o permiso de maternidad-paternidad. Pero la posibilidad de realizar plenos o juntas de gobierno local digitales no tenía ningún respaldo legal.

Así las cosas, llegaron la pandemia COVID-19 y el estado de alarma, en marzo de 2020. Toda la Administración pública tuvo que trabajar en forma



digital o parar. Se aprobó la incorporación del nuevo apartado 3 del artículo 46 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Ahora tenemos una regulación básica del funcionamiento digital de los órganos colegiados locales. Acotado a situaciones excepcionales muy concretas y con notables dudas en cuanto a su alcance e interpretación.

Al analizar el tema, tenemos, pues, que distinguir entre órganos de gobierno y órganos que no lo son. En cuanto a los órganos de gobierno, sesiones digitales y sesiones presenciales, pero con intervención y votaciones digitales de ciertos miembros por causas personales tasadas. Y también analizar si, mediante cobertura legal o reglamentaria, existe la opción de realizar reuniones digitales en otros supuestos.

## 2

### El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de gobierno

#### 2.1

#### Delimitación de los órganos colegiados de gobierno

Dice el artículo 140 de la Constitución Española que “el gobierno y administración de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales”.

El artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local se refiere al derecho de las entidades locales a la autonomía y, en su apartado 2, dice: “Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos...”

El pleno y la junta de gobierno local son los dos órganos colegiados de gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la LBRL. Pero ¿son los únicos? Creo que no. si analizamos otros órganos colegiados, entramos en un terreno de mayor incertidumbre. Pero es necesario hacerlo.

Tenemos que distinguir entre el régimen común y el régimen de municipios de gran población (Título X de la LBRL).

En el régimen común, consideramos el caso de las comisiones informativas, definidas en el artículo 20.1.c) como “órganos que tienen por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como al seguimiento de la gestión del Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno. Todos los grupos

políticos integrantes de la Corporación tendrán derecho a participar en dichos órganos, mediante la presencia de concejales pertenecientes a los mismos, en proporción al número de concejales que tengan en el Pleno”.

En el régimen común, las comisiones no tienen carácter decisorio, pero son muy importantes para la formación de la voluntad corporativa. Sus dictámenes e informes tienen gran relevancia. Son órganos que no deciden, pero esenciales en el proceso de toma de decisiones. Así lo destaca, entre otras, la STC 246/2012, de 20 de diciembre:

“(…) teniendo en cuenta la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en las Comisiones Informativas para el ejercicio de la función de control del gobierno municipal y para la formación de la voluntad de la Corporación, a través del Pleno, funciones representativas que constitucionalmente corresponden a todos los concejales, ha de entenderse que el derecho a participar, con voz y voto, en las Comisiones Informativas forma parte del núcleo inherente a la función representativa que el Art. 23.2 CE corresponde a los miembros de la Corporación individualmente considerados... (Ss. TC 22/85, FJ 2; 169/2008, F.J. 4; y 20/2011, F.J.6)”.

Por su estrechísima vinculación al pleno y la importancia de la representación y de su producción jurídica, las comisiones informativas deben ser consideradas órganos de gobierno.

En el régimen de municipios de gran población, las comisiones, sin duda, son órganos de gobierno. A las consideraciones anteriores se adiciona el argumento de su carácter decisorio por delegación y la obligatoriedad de algunas de ellas.

Además, existen órganos colegiados de configuración legal, de carácter decisorio (órgano municipal para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas) o consultivo relevante (consejo social de la ciudad), que deben igualmente considerarse como de gobierno.

Más dudoso resulta el carácter de la junta de portavoces. Pero, por su vinculación a la preparación y desarrollo del pleno, también podría considerarse como “de gobierno”, a los efectos de nuestro estudio.

## 2.2

### **Funcionamiento a distancia, por medios telemáticos o digitales (artículo 46.3 de la LBRL)**

“En todo caso, cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del

régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales, éstos podrán, apreciada la concurrencia de la situación descrita por el Alcalde o Presidente o quién válidamente les sustituya al efecto de la convocatoria de acuerdo con la normativa vigente, constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos a distancia por medios electrónicos y telemáticos, siempre que sus miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de las mismas según proceda legalmente en cada caso.

A los efectos anteriores, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten”.

Este precepto se refiere a los órganos colegiados de las entidades locales. Pero, por su finalidad, debemos considerarlo esencialmente aplicable a los órganos de gobierno, que carecían de toda cobertura legal para funcionar de forma digital. Porque los órganos que no son de gobierno no tenían ningún problema para funcionar en forma telemática. El legislador, que se refería al pleno y, en su caso, a otros órganos de gobierno, no se expresó adecuadamente. Así, nos encontramos con una ley, la LBRL, que habla de “órganos colegiados de las Entidades Locales”, y otra, la Ley 40/2015, que habla de “órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales”. Conforme a una interpretación finalista y sistemática, debemos entender ambas regulaciones como referidas a los órganos colegiados de gobierno. De lo contrario, aplicaríamos condiciones muy rigurosas al funcionamiento no presencial de órganos que, por ley o reglamento, tienen mayor libertad de celebrar sesiones telemáticas.

La primera cuestión a analizar es el alcance del presupuesto habilitante. Debe concurrir alguna de estas situaciones excepcionales:

- a) fuerza mayor,
- b) grave riesgo colectivo,
- c) catástrofe pública.

Y tiene que tener la suficiente intensidad y relevancia como para impedir el normal funcionamiento presencial de las sesiones del órgano colegiado correspondiente. Al impedimento absoluto se asocia, con idénticos efectos, una dificultad desproporcionada.

Se trata de una excepción, ya que lo normal es el funcionamiento presencial. Solo una situación grave, de práctica imposibilidad, habilita para

realizar una convocatoria digital. Todo esto tiene sentido especialmente en relación con el pleno, ya que el voto de sus miembros es personal e intransferible, debiendo estar rodeado de las máximas garantías.

Cuando se introdujo el artículo 46.3 de la LBRL, estábamos en pleno estado de alarma. La evidencia de una situación excepcional hacía innecesario argumentar detalladamente la motivación para celebrar reuniones digitales de los órganos colegiados de gobierno locales. Pero, superada esa situación, las circunstancias deben apreciarse con rigor. La Ley es muy clara y no establece una opción libre o semilibre. La motivación debe ser explícita, clara y contundente. Y no resulta fácil justificar un presupuesto habilitante tan exigente.

La responsabilidad de apreciar esas circunstancias tan excepcionales corresponde al alcalde o presidente, en el momento de proceder a la convocatoria. Pues bien, dada la trascendencia jurídica, la decisión deberá estar precedida de un informe de la secretaría general del ayuntamiento o secretaría general del pleno, según proceda, conforme al ámbito de sus atribuciones. No será vinculante, pero sí preceptivo.

En segundo lugar, debemos hacer referencia a las exigencias para la participación de los miembros en estas sesiones digitales de los órganos colegiados de gobierno:

- a) acreditación de la identidad,
- b) encontrarse en ese momento en territorio español.

La primera es lógica y no presenta dificultad alguna, ya que es suficiente con que el concejal o diputado se identifique y sea constatada su conexión por la secretaría, en el encabezamiento del acta.

La segunda es incomprensible y puede parecer absurda. El legislador la introdujo por motivaciones políticas ajenas al régimen local. Podría exigir la presencia en el término municipal o en su domicilio habitual..., pero en España. Se da la paradoja de que un concejal de Badajoz, por ejemplo, no podría participar si está en Elvás (Portugal), pero sí encontrándose en Canarias o en Gerona. Ahora bien, esta exigencia está en la ley. Se trata de cumplirla de la forma menos costosa y molesta posible: declaración bajo responsabilidad, que quedará reflejada en videoacta.

Estas exigencias deben ser interpretadas de la forma más favorable al derecho de participación, y no tienen que suponer nunca problema alguno.

En tercer lugar, nos referiremos a las condiciones técnicas u operativas para la celebración de las sesiones digitales: se admiten como medios válidos las audioconferencias, videoconferencias u otros sistemas tecnológicos y audiovisuales, siempre que se garanticen:

- a) la comunicación entre los participantes en tiempo real;

- b) el carácter público o secreto de las mismas, según proceda legalmente en cada caso;
- c) la efectiva participación política de sus miembros;
- d) la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten;
- e) la seguridad tecnológica.

Las cuatro primeras exigencias responden a cuestiones esenciales de fondo. Si no se garantiza la comunicación en tiempo real, no existe sesión, sería otra cosa. La participación en los debates y las garantías del derecho al voto, que –como decíamos– es personal y no delegable, son requisitos que afectan al derecho fundamental de participación, y tienen que estar asegurados, so pena de nulidad. El carácter público del pleno debe garantizarse, y técnicamente es fácil, ya que los sistemas de grabación permiten la transmisión en directo. Secreto no debería haber nada en una entidad local. Pero el legislador de la reforma de 2003 introdujo en el artículo 126.5 de la LBRL el “secreto de las deliberaciones de la Junta de Gobierno Local”. Es fácil cumplir esta prescripción en las sesiones digitales del órgano. Finalmente, la seguridad tecnológica es una referencia lógica, entendida de forma flexible y elemental, ya que se admiten medios muy diversos.

Es aconsejable que el reglamento orgánico incorpore un desarrollo del artículo 46.3 de la LBRL, para no dejar demasiados aspectos a la interpretación. Pero siempre sobre estas sencillas premisas:

– La LBRL, en su artículo 46.3, no autoriza sesiones de órganos colegiados de carácter “mixto”, sino que contempla dos situaciones:

- a) La ordinaria, de normalidad, en la que las sesiones serán presenciales.
- b) La excepcional, en la que, una vez acreditada la existencia del presupuesto habilitante, se podrán celebrar sesiones por medios digitales o telemáticos.

En estos casos, la excepcionalidad deberá interpretarse como tal y motivarse rigurosamente. Las exigencias que afectan al derecho de representación deben, por el contrario, interpretarse de forma flexible y favorable.

– No es posible celebrar sesiones en las que unos miembros intervengan de forma presencial y otros de forma telemática, a su conveniencia o según reglas pactadas. Este tipo de sesiones no tienen apoyatura legal y, en su momento, veremos si la podrían tener reglamentaria, y con qué requisitos. Cuestión distinta es la votación digital en sesiones presenciales, a la que nos referimos en el siguiente apartado.

## 2.3

### Intervención y votación digital en plenos presenciales

Como decíamos, el voto de los miembros del pleno es personal e intransferible. No es posible la sustitución, como sí ocurre en las comisiones, al existir la figura del suplente. Tampoco se puede delegar el voto en otro miembro, como ocurre en otros órganos colegiados. Esto hacía que una persona enferma grave o una concejala embarazada de riesgo no pudiera ejercer su derecho de participación y representación, que dimana del propio artículo 23 de la CE, ya que se trata de electos.

En la primera década de este siglo, la digitalización ofrecía soluciones técnicas a este problema. Ello permitió resolverlo en los reglamentos parlamentarios. Pero la participación digital en los órganos de gobierno locales estaba sin regulación. La jurisprudencia abrió paso a la posibilidad del voto a distancia en casos personales que impidieran de forma clara la presencialidad. Pero, lógicamente y en aras de la seguridad jurídica, exigía una regulación legal o, al menos, reglamentaria, que estableciera los supuestos y las garantías.

Algunos reglamentos comenzaron a dar solución a esta problemática, pero también aparecieron disposiciones con rango de ley de las comunidades autónomas que establecían una regulación. La legislación básica no contiene soluciones. Bien pudo aprovecharse la modificación del artículo 46 de la LBRL para hacerlo, ya que son dos cuestiones distintas. El nuevo apartado 3 resuelve la posibilidad de convocar plenos por vía digital en supuestos de excepcionalidad colectiva o social. Pero la participación individual por razones personales que impidan la presencialidad no se atendió. Se debió hacer, porque es una cuestión básica, ya que afecta al ejercicio de un derecho fundamental.

Para analizar la legislación autonómica, tomamos la referencia de Castilla y León. Se trata del artículo 16 de la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los plenos:

“Artículo 16. Derecho de participación a distancia.

1. Los miembros de las entidades locales que tengan baja por riesgo durante el embarazo, que disfruten del permiso de maternidad o paternidad; así como aquéllos que padezcan enfermedad prolongada grave que clara y justificadamente impida su asistencia personal a la sesión, podrán asistir a distancia a las sesiones plenarias mediante videoconferencia u otro procedimiento similar, participando en la votación de los asuntos a tratar, siempre que quede garantizado el sentido del voto y de su libertad para emitirlo.

Se excluyen de la posibilidad de participación a distancia prevista en el párrafo anterior:

- a) El Pleno de constitución de la entidad local.
- b) La elección de Alcalde o Alcaldesa, y de Presidente o Presidenta de la entidad local.
- c) La moción de censura.
- d) La cuestión de confianza.

Lo dispuesto en este apartado será obligatorio en municipios de más de 5.000 habitantes y Diputaciones Provinciales, correspondiendo de forma expresa la apreciación de la causa de enfermedad a la Junta de Gobierno. Lo dispuesto en este apartado, en virtud de su desarrollo tecnológico, podrá ser de aplicación a los municipios menores o iguales a 5.000 habitantes y a las entidades locales menores cuando previamente así lo aprecie y acuerde el Pleno de la entidad local, o la Junta Vecinal, o la Asamblea vecinal en los municipios o entidades locales menores que funcionen en régimen de Concejo abierto, correspondiendo de forma expresa la apreciación de la causa de enfermedad a la Alcaldía.

2. Cuando se implante, el Pleno de la entidad local regulará reglamentariamente el funcionamiento del sistema de asistencia a distancia mediante videoconferencia u otro procedimiento técnico similar, en el que se determinarán los medios informáticos y de todo tipo a utilizar y las garantías que se consideren necesarias para el adecuado ejercicio de las funciones de fe pública por la secretaría”.

Los supuestos de hecho que permiten el ejercicio del derecho de participación a distancia son claros y están bien delimitados. El embarazo de riesgo y el disfrute de permisos por maternidad-paternidad no presentan problema alguno.

Por el contrario, la “enfermedad prolongada grave, que clara y justificadamente impida su asistencia personal a la sesión”, sí contiene conceptos jurídicos indeterminados, que exigen apreciación e interpretación. Esta ley utiliza el término “prolongada” con un sentido fácil de entender, pero que tiene que interpretarse. Lo importante es que impida la presencialidad. Puede ser una enfermedad grave que no se prolongue mucho en el tiempo, pero que el día del pleno impida de forma clara acudir en persona. Sería admisible. La gravedad puede establecerse a partir de un certificado médico. Pero también requiere interpretación. Porque puede tratarse de una enfermedad no tan grave en sí misma, pero que impida ese día acudir personalmente a la sesión.

Durante el estado de alarma, los plenos municipales o provinciales se desarrollaron en forma digital, pero posteriormente se reanudó la presencialidad, al no existir causa o razón habilitante. Sin embargo, la pandemia

COVID-19 continuaba afectando a muchas personas. Se planteó la necesidad de reconocer el derecho a participar y votar digitalmente a corporativos que estaban confinados por dar positivo. No siempre se trataba de enfermedad grave, ya que eran personas con síntomas leves o asintomáticos. Ese viene siendo el supuesto más frecuente de aplicación de las normas sobre derecho de participación a distancia. No encaja literalmente en las previsiones de la misma, pero responde perfectamente a la finalidad que persigue y a su espíritu. Las secretarías generales, en estos casos, han considerado como aplicable la norma.

La crisis COVID-19 y el proceso de recuperación económica y social están provocando grandes cambios sociales e intensos y rápidos procesos de aprendizaje. En el caso que nos ocupa, podemos entender como necesario introducir en las leyes o reglamentos un cuarto supuesto, referido al “riesgo grave de contagio”, por ejemplo. Pero la principal lección no es esa, sino algo que ya tenemos desde hace muchísimo en el Código Civil, pero no siempre recordamos: las normas se interpretan fundamentalmente atendiendo a su espíritu y finalidad. Claro está que también teníamos, desde hace más de una década, normas que impulsarían el funcionamiento digital o electrónico de la Administración, y poco habíamos avanzado. Pero con la crisis, y haciendo de la necesidad virtud, se avanzó más en unos meses que antes en diez años.

La disposición de la ley castellano-leonesa acerca de la “apreciación de la causa de enfermedad” por la junta de gobierno carece de sentido. Estamos hablando de valorar un concepto o un hecho que afecta al derecho fundamental de participación de una persona electa, miembro del pleno. Pues bien, la junta de gobierno es un órgano ejecutivo de gobierno. No puede interferir en derechos de miembros de la oposición, por ejemplo. No se duda de su objetividad, pero ya se sabe que... además debe parecerlo. Más lógico sería que, previa acreditación documental, lo aprecie la secretaría general o el alcalde, previo informe de aquella. También podría atribuirse ese rol a la junta de portavoces, donde están representados todos los grupos y asiste la secretaría general. Además, el supuesto puede producirse con cierta inmediatez respecto a la celebración del pleno, y no poder reunirse la junta de gobierno.

También merece un punto de reflexión la exclusión de la participación a distancia en los plenos de constitución de la corporación; elección de alcalde; moción de censura o cuestión de confianza. No está clara la motivación. Se trata de muy pocas sesiones, pero de gran trascendencia. Quizás se excluyan por eso, porque, siendo tan importantes, el legislador quiere la garantía de la presencia.

Pero razonemos desde otra cara de un problema poliédrico. En estos plenos más determinantes se pierde el derecho fundamental de participación y



voto de una concejala que, por ejemplo, está embarazada de riesgo. Es muy grave, porque pueden verse alteradas las mayorías y afectar al derecho de los vecinos a que se respete su opción de gobierno. Tras esta exclusión está en el fondo una desconfianza en lo digital. Se precisa que ofrezca garantías para la gestión ordinaria, pero si se trata de algo trascendental, acudamos a lo presencial..., por si acaso. No tiene sentido, ya que, en otro párrafo anterior, el precepto dice que se participará digitalmente en la votación “siempre que quede garantizado el sentido del voto y de su libertad para emitirlo”. Si esto debe estar garantizado siempre, ¿por qué excluir los casos más relevantes? Se trata de una garantía máxima o, simplemente, de una desconfianza en los avances técnicos, propia de tiempos pasados. Y la cuestión final: esa desconfianza o la búsqueda de mayor garantía, ¿pueden imponerse al ejercicio de un derecho fundamental de participación?

Continuando con el asunto de las garantías que debe ofrecer el sistema, el precepto remite a los reglamentos orgánicos la determinación de “los medios informáticos y de todo tipo” a utilizar, con las garantías suficientes y que permitan “el adecuado ejercicio de las funciones de fe pública por la secretaría”.

Estos requerimientos técnicos están resueltos de la misma forma que en lo referente al apartado anterior, sobre plenos digitales. Las entidades locales tienen un único sistema que permite la doble opción: celebrar plenos digitales o permitir intervenciones digitales de determinadas personas en plenos presenciales. Este sistema permite la grabación audio-imagen para el videoacta, y también la transmisión en directo a toda la ciudadanía, tanto cuando es digital como presencial. Efectivamente, el reglamento orgánico debe desarrollar los aspectos esenciales del sistema. Concretamente, las garantías.

Finalmente, otra reflexión, en este caso acerca de la aplicación de ciertas normas según tramos de población. Vemos cómo el precepto de referencia establece la obligatoriedad para diputaciones provinciales y ayuntamientos de más de 5000 habitantes. En los demás municipios, dependerá del acuerdo del pleno o asamblea vecinal (concejo abierto), “en virtud de su desarrollo tecnológico”.

Con los avances tecnológicos de los que actualmente disponemos, esta ambigua determinación no parece que tenga sentido. Una concejala embarazada en situación de riesgo, en la capital podrá votar, pero en un pequeño municipio no podrá hacerlo, por mor del retraso tecnológico en el mundo rural... ¡Qué poco razonable y qué injusto! Pero, además, no se acomoda a las exigencias de nuestro régimen local. El artículo 36.1.g) de la LBRL establece como competencia propia de la provincia como entidad local “la prestación de los servicios de administración electrónica

y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes”. Las diputaciones, en muchas provincias, hacen que un pequeñísimo municipio tenga registro y sede electrónica. Si tienen su propio sistema para plenos digitales, ¿no pueden facilitarlo a los municipios pequeños? Es una cuestión de medios.... y de tiempo. Pero la falta de “avances técnicos” no puede ser excusa para la falta de igualdad de derechos. Aquí, una vez más, el rol de las diputaciones es determinante (Merino Estrada, 2017).

## 2.4

### Otras posibles formas de funcionamiento digital

Vistos los supuestos de sesiones digitales en casos excepcionales y de intervención digital en sesiones presenciales por razones personales tasadas, podemos analizar si existen otros de funcionamiento digital de los órganos de gobierno local, que pudieran apoyarse en prescripciones de los propios reglamentos orgánicos.

En momentos previos a la modificación del artículo 46 de la LBRL existía un gran vacío legal en materia del funcionamiento digital de los órganos de gobierno de las entidades locales. Algunos autores sostuvieron –creo que acertadamente– que los reglamentos orgánicos podían establecer una regulación que llenara este vacío, en base a su potestad de autoorganización y a la doctrina de la vinculación negativa.

Conforme a esta doctrina, invocada en algunos informes al respecto de secretarios generales municipales, el municipio, en base a su potestad de autoorganización, puede dictar normas de desarrollo en materia de funcionamiento electrónico de sus órganos colegiados de gobierno, de tal forma que las mismas se planteen como regulación orgánica propia y no se opongan a lo establecido en los preceptos básicos estatales o los que en su desarrollo dicten las comunidades autónomas (Gómez y Lago, 2021).

La doctrina de la vinculación negativa se sustenta en una “lectura” jurisprudencial del artículo 4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local: “Las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. Las sentencias se refieren a asuntos competenciales o al alcance de la reserva legal en la tipificación de sanciones. Puede entenderse aplicable al alcance de las ordenanzas y los reglamentos, en cuanto a que su vinculación a la ley no sería “ejecutiva”, sino con un cierto margen de desarrollo creativo.

Los reglamentos orgánicos no son precisamente reglamentos ejecutivos. Tienen un cierto carácter estatutario y margen de decisión, sin oponerse a la legislación básica y de las autonomías, ya que su “rango” fue rebajado por el Tribunal Constitucional, anteponiendo esa legislación autonómica.

La situación actual es muy distinta, porque existe legislación básica.

Esto no quiere decir que el reglamento orgánico no puede hacer nada. Pero, cuando existía un vacío, el margen de creatividad era mayor y la oposición a la ley más difícil. Los reglamentos orgánicos, técnicamente, pueden contemplar opciones de funcionamiento digital, pero lo que no pueden es atacar o distorsionar los requisitos esenciales del artículo 46.3 de la LBRL.

### 3

#### **El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados no considerados de gobierno**

Únicamente los órganos colegiados “de gobierno” están excluidos expresamente de la aplicación de las reglas establecidas para el funcionamiento de los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

A los órganos colegiados de las entidades locales que no sean de gobierno les serán, pues, aplicadas las disposiciones de los artículos 15 a 18 de la Ley 40/2015. Ciertamente, pero con importantes matices.

En primer lugar, porque ya el artículo 15 contiene dos disposiciones de interés:

- “1. El régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en la presente sección, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integren.
2. Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquéllos compuestos por representantes de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento”.

En segundo lugar, la organización complementaria, es decir, estos órganos colegiados que no son “de gobierno”, sino complementarios, auxiliares, participativos, etc., son el ámbito típico a regular por el reglamento orgánico de cada entidad. Así lo destaca el artículo 20.3 de la LBRL:

“Los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios, de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas”.

La aplicación del régimen previsto en la Ley 40/2015 para los órganos colegiados de las Administraciones públicas a las entidades locales debe respetar sus peculiaridades organizativas y su potestad de autoorganización, ejercida en el reglamento orgánico propio. También parte de estos órganos responden a la representación de organizaciones sociales, por lo que pueden establecer sus propias normas de funcionamiento.

La variedad de órganos es, como decíamos, muy notable. La regulación por vía reglamento orgánico y la autoorganización son la clave, sin perjuicio de respetar los fundamentos de la Ley 40/2015. Por lo tanto, el funcionamiento digital no tiene por qué ser una excepción, sino una opción razonable en el marco de la ley y del reglamento orgánico.

#### 4

### Bibliografía

- Carbonell Porras, E. (1989). *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE.
- Carlón Ruiz, M. (2020). Funcionamiento electrónico de los órganos colegiados. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55, 119-150.
- Colás Tenas, J. (2019). El régimen de funcionamiento de las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales. *Revista Digital CEMCI*, 44, 1-48.
- Díaz Santín, N. (2010). Las votaciones en las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales. Especial referencia al Pleno de la Corporación Municipal. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 7, 1097-1101.
- García Rubio, F. (2020). El derecho local en tiempos de alarma. Un análisis jurídico de los efectos del COVID-19 en las entidades locales. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 54, 68-147.
- Gómez Garrido, F. y Lago Núñez, G. (2021). *El funcionamiento de los órganos colegiados locales*. Granada: CEMCI.
- Lago Núñez, G. (2018). El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados municipales a partir de la Ley 40/2015. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 11, 60-72.

- Manteca Valdelande, V. (2009). Funcionamiento electrónico de los órganos colegiados. *Actualidad Administrativa*, 8, 987.
- Merino Estrada, V. (2017). Las competencias de la provincia como entidad local. En L. Pajero Alfonso (dir.) y A. Arroyo Gil (coord.). *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Rodríguez Rodríguez, J. L. (2009). El voto presencial versus voto electrónico de los miembros de las Corporaciones Locales. La asistencia virtual a los órganos colegiados locales. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 22, 3299-3316.
- Valero Torrijos, J. (2002). *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*. Madrid: INAP.
- Velasco Caballero, F. (2015). *Órganos colegiados locales en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Madrid: IDL-UAM.

# La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ<sup>1</sup>

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universitat Oberta de Catalunya*

1. La transformación digital de los Gobiernos locales intermedios
2. La administración digital de los Gobiernos locales intermedios
3. Los territorios provinciales inteligentes
4. La cooperación de los Gobiernos locales intermedios para el desarrollo de la administración digital local
  - 4.1. La cooperación y la asistencia en el desarrollo de la administración digital: marco general
  - 4.2. La cooperación en el diseño de las estrategias de transformación digital y de ciudad inteligente
  - 4.3. La cooperación y asistencia en el despliegue de las infraestructuras tecnológicas
  - 4.4. La cooperación y asistencia en la prestación de servicios digitales
5. Reflexiones finales: los Gobiernos locales intermedios ante el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
6. Bibliografía

## Resumen

Los Gobiernos locales intermedios tienen un papel importante en la digitalización del conjunto de entidades locales. En este trabajo se analiza, en primer lugar, el proceso de transformación digital que

---

*Artículo recibido el 11/03/2022; aceptado el 27/03/2022.*

<sup>1</sup> Investigador principal del proyecto “Personalización de servicios públicos, sesgos e inteligencia artificial: Hacia la consolidación de los derechos digitales en la administración”, del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (PID2020-115774RB-I00).

están experimentando los Gobiernos locales intermedios a través de la incorporación de los medios electrónicos en la prestación de los servicios que están bajo su competencia, en sus relaciones con los municipios, o con las personas interesadas en los procedimientos administrativos. A continuación, se expone cómo los Gobiernos locales intermedios están impulsando la transformación digital del territorio promoviendo proyectos de territorio inteligente. Posteriormente, se examina cómo los Gobiernos locales intermedios cooperan y asisten a municipios y otras entidades locales en su proceso de transformación digital. Por último, se reflexiona sobre el papel que pueden tener los Gobiernos locales intermedios en la transformación digital de las entidades locales a la vista del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR).

Palabras clave: *administración digital; territorio inteligente; Gobierno local intermedio; diputación; Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.*

### ***Digitization in intermediate local governments and the contribution to the Recovery, Transformation and Resilience Plan***

#### **Abstract**

*Intermediate local governments play an important role in digitizing all local entities. This article analyzes, first, the process of digital transformation that intermediate local governments are experiencing through the incorporation of electronic tools in the provision of services that are under their competence and which they use in their relations with municipalities or with persons interested in administrative proceedings. Second, the article studies how intermediate local governments are driving the digital transformation of the territory by promoting smart territory projects. Third, the article examines how intermediate local governments cooperate and assist municipalities and other local entities in their digital transformation processes. Fourth and finally, the article debates on the role that intermediate local governments can play in the digital transformation of local entities in light of the Recovery, Transformation and Resilience Plan.*

**Keywords:** digital administration; smart territory; intermediate local government; Recovery, Transformation and Resilience Plan.

## 1

**La transformación digital de los Gobiernos locales intermedios**

Durante las últimas décadas, los Gobiernos locales han venido utilizando de manera intensiva los medios electrónicos para mejorar su eficiencia interna, así como para canalizar sus comunicaciones con otras Administraciones públicas y facilitar y reforzar las relaciones con la ciudadanía y las empresas<sup>2</sup>.

En la actualidad, los Gobiernos locales también están utilizando los medios electrónicos para encauzar la respuesta de las entidades locales a los retos que plantea la Agenda 2030 y, particularmente, poderlos abordar de manera innovadora, eficiente y sostenible cooperando con otras entidades públicas y con la participación de la ciudadanía y la colaboración de las empresas y de la sociedad civil<sup>3</sup>. Asimismo, los Gobiernos locales están empleando los medios electrónicos para atender las necesidades de las personas y las empresas durante la crisis sanitaria de la COVID-19, y como motor de la respuesta a los problemas sociales y económicos generados por ella.

A todo ello pueden contribuir activamente los Gobiernos locales intermedios a partir del uso intensivo e innovador de los medios electrónicos y de la cooperación con otros Gobiernos locales. En efecto, como tendremos oportunidad de analizar a lo largo de este trabajo, tanto a través de su propia transformación digital como cooperando y asistiendo a los municipios, los Gobiernos locales intermedios están utilizando activamente los medios electrónicos para mejorar y fortalecer la relación entre los Gobiernos locales y la ciudadanía, y también para aportar valor a la sociedad, contribuyendo con ello a construir un nuevo modelo de Gobierno local con el que avanzar en la apertura a la ciudadanía y prestar servicios inclusivos, eficientes, resilientes, sostenibles y centrados en las personas, que permitan mejorar la calidad de vida de las personas, garantizar la sostenibilidad y fortalecer la calidad de los servicios<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A lo largo de estas páginas, de manera genérica utilizamos la expresión Gobiernos locales intermedios para referirnos a aquellas entidades locales que tienen un ámbito territorial superior al del municipio e inferior al de la comunidad autónoma y, principalmente, a las diputaciones, aunque también a las comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades (artículos 42 a 44 LBRL).

<sup>3</sup> La contribución de la transformación digital de las Administraciones públicas a la Agenda 2030 ha sido reconocida por las propias Naciones Unidas en la Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de noviembre de 2018 relativa al Impacto del cambio tecnológico rápido en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas (A/73/L.20), en la que se afirma que “el cambio tecnológico incluye nuevos y poderosos instrumentos que pueden ayudar a hacer realidad la visión de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

<sup>4</sup> En esta dirección, el tercer eje del Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 incluye distintas medidas para la transformación digital de las entidades locales.



La transformación digital es el proceso de construcción de un nuevo modelo de administración pública, la administración digital, basado en el uso intensivo e innovador de los medios electrónicos y las tecnologías disruptivas para la apertura a la ciudadanía, la recopilación y el análisis de datos y la prestación de servicios inclusivos, eficientes, resilientes, sostenibles y centrados en las personas.

La transformación digital de los Gobiernos locales tiene carácter poliédrico y se manifiesta en distintas dimensiones<sup>5</sup>.

Una primera dimensión es, precisamente, la tecnológica. La administración digital se basa en el uso intensivo de los medios electrónicos y, en particular, de las tecnologías disruptivas<sup>6</sup>. Asimismo, exige que tanto los propios Gobiernos locales intermedios como el territorio en el que despliegan sus competencias estén dotados de las infraestructuras y los equipamientos tecnológicos necesarios. También requiere que se adopten las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la integridad de las transacciones que se realicen entre los Gobiernos locales intermedios y la ciudadanía a través de medios electrónicos, así como la conservación de los documentos electrónicos que se generen. Estas medidas también han de evitar ciberincidentes como, por ejemplo, ataques con programas maliciosos o ataques de denegación de servicio que puedan bloquear o dificultar el funcionamiento de las entidades locales<sup>7</sup>. En última instancia, se requiere que tanto el personal al servicio de las entidades locales como la ciudadanía y las empresas tengan acceso a la

<sup>5</sup> Como observa Jiménez, “[a] diferencia de otros paradigmas que hablaban del valor de la tecnología como elemento catalizador del cambio, aquí el cambio tiene que venir para aprovechar la tecnología” (Jiménez, 2019: 30).

En relación con la transformación digital, resulta de interés la lectura de Barcevičius *et al.* (2019), Misuraca (2020) y Ramió (2021).

<sup>6</sup> El uso de las tecnologías disruptivas y, en particular, la inteligencia artificial en los Gobiernos locales intermedios aún se encuentra en un estadio incipiente, si bien ya existen algunas experiencias como la de la Diputación de Sevilla, que está utilizando esta tecnología en el sistema de registro personal y control de presencia de la plantilla. Más información disponible en: <https://www.dipusevilla.es/comunicacion/noticias/La-Diputacion-de-Sevilla-incorpora-la-inteligencia-artificial-al-sistema-de-registro-personal-y-control-de-presencia-de-su-plantilla/> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>7</sup> Este es cada vez más un problema al que se enfrentan más Gobiernos locales. Como muestra, podemos referirnos a que, en mayo de 2021, el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) informaba de que la Diputación de Segovia había sufrido un ciberataque de tipo *ransomware* que logró encriptar parte de sus sistemas de información. Disponible en: <https://www.incibe-cert.es/alerta-temprana/bitacora-ciberseguridad/diputacion-segovia-sufre-ciberataque-tipo-ransomware> (última consulta: febrero de 2022). En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta la reciente modificación del apartado 5 del artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha llevado a cabo el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

tecnología y dispongan de las competencias y capacidades necesarias para utilizarlas en sus relaciones con ellas.

Una segunda dimensión es la organizativa. La administración digital requiere que los Gobiernos locales intermedios adopten cambios organizativos y procedimentales para poder extraer todos los beneficios que puede aportar la tecnología. Estos cambios deben ser impulsados por un liderazgo político claro y decidido que determine el alcance del uso de la tecnología en su funcionamiento y actividad. A partir del conocimiento de la situación en la que se encuentra, y de acuerdo con el resto de los planes de la institución, cada entidad local ha de definir su estrategia en la que, entre otros extremos, se diseñe el modelo propio de administración digital, se defina el modelo de gobernanza de datos, se despliegue el modelo de gobierno abierto y se planifiquen los recursos necesarios para ello.

Una tercera dimensión es la jurídica. Cada ente local debe disponer de una regulación que le permita garantizar los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con él a través de medios electrónicos, así como también la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas que se lleven a cabo. Para ello, además del marco básico relativo a la administración digital y las normas autonómicas que se haya podido aprobar, cada Gobierno local intermedio puede dotarse de normas que las adapten a su organización<sup>8</sup>.

La transformación digital de los Gobiernos locales intermedios es el resultado de los avances que se vayan produciendo en estas tres dimensiones, que pueden verse catalizados por diferentes factores como, por ejemplo, la crisis sanitaria causada por la COVID-19. En efecto, recientemente, hemos tenido oportunidad de observar cómo la pandemia ha acelerado el proceso de digitalización de las Administraciones públicas ampliando los servicios digitales o extendiendo el teletrabajo entre el personal a su servicio. Asimismo, no podemos desconocer que, en el momento de escribir este trabajo, los Gobiernos locales se encuentran ante el reto de aplicar el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que prevé, precisamente, la transformación digital de las Administraciones públicas como motor de la transformación de la economía y la sociedad para poder responder a los daños causados por la pandemia.

---

<sup>8</sup> Algunas diputaciones han aprobado ordenanzas de administración electrónica. Por ejemplo, la Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica en la Diputación Provincial de Cuenca (2020) o el Reglamento de administración electrónica de la Diputación Provincial de Huesca (2020). Otros Gobiernos locales intermedios también han regulado la administración digital; véase, por ejemplo, la Ordenanza reguladora de la administración electrónica de la Mancomunidad de Servicios Sociales La Vega (2017) o el Reglamento regulador de la administración electrónica del Consejo Comarcal del Tarragonès (2013).

Más allá de promover su propia transformación digital, los Gobiernos locales intermedios están teniendo un protagonismo en el proceso de digitalización del conjunto de entidades locales y pueden jugar un papel importante en el nuevo escenario en el que nos encontramos hoy en día.

En las próximas páginas, analizamos los fundamentos de la transformación digital de los Gobiernos locales intermedios analizando cómo están incorporando el uso de los medios electrónicos en la prestación de los servicios que están bajo su competencia, en sus relaciones con los municipios, en la tramitación de los procedimientos administrativos o en la contratación pública. A continuación, observamos la participación de los Gobiernos locales intermedios en la transformación digital del territorio y, particularmente, en la promoción de proyectos de territorio inteligente. En tercer lugar, examinamos la cooperación de los Gobiernos locales intermedios en la transformación digital de los municipios y otras entidades locales, especialmente con aquellos de menor dimensión o que disponen de menos recursos, para acometer este proceso y poder dar una respuesta adecuada a los problemas sociales y económicos actuales. Por último, concluimos con unas reflexiones finales sobre cómo puede el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia contribuir a ello.

## 2

### La administración digital de los Gobiernos locales intermedios

Los Gobiernos locales intermedios, como el resto de Administraciones públicas, deben garantizar que las personas, las entidades y las empresas puedan relacionarse con ellos a través de medios electrónicos<sup>9</sup>. Además, los Gobiernos locales intermedios también deben utilizar estos medios cuando se relacionen con otras Administraciones públicas y, en particular, cuando los distintos órganos o unidades de la propia entidad local se relacionen entre sí o se relacionen con los organismos públicos y entidades vinculados o dependientes de la misma<sup>10</sup>.

Para ello, los Gobiernos locales intermedios deben poner a disposición de las personas los canales de acceso y los sistemas y aplicaciones que sean necesarios para que puedan ejercer su derecho a relacionarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Artículo 12.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

<sup>10</sup> Artículo 3.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

<sup>11</sup> Artículo 12.1 LPAC.

En esta dirección, en los últimos años la mayoría de los Gobiernos locales intermedios han realizado grandes esfuerzos para incorporar los medios electrónicos en su funcionamiento y en sus relaciones con otras Administraciones públicas y con la ciudadanía. Como se desprende del Índice de madurez de las diputaciones elaborado por la consultora *Ernst&Young*, las diputaciones cumplen con el 64 % de los servicios digitales que prevé la legislación, liderando el índice la Diputación Foral de Guipúzcoa (96,5 %), seguida de la Diputación de Sevilla (84,7 %). En particular, las diputaciones han avanzado más en el desarrollo de la sede electrónica (84,6 %) y la asistencia a la ciudadanía (77,3 %), mientras que el registro electrónico (52,5 %) y las comunicaciones y notificaciones (44,6 %) son los servicios digitales que han tenido por el momento un desarrollo sensiblemente inferior.

Los servicios digitales que prestan los Gobiernos locales intermedios a través de medios electrónicos deben estar diseñados y funcionar de acuerdo con los principios de la administración digital recogidos en la legislación básica<sup>12</sup>.

En primer lugar, el principio de igualdad, que persigue garantizar que cualquier persona pueda acceder a las entidades locales a través de medios electrónicos. Para ello, los Gobiernos locales intermedios deben adoptar las medidas necesarias para evitar restricciones o discriminaciones entre las personas que utilizan estos medios y las que no lo hacen, o las personas que puedan tener una situación personal que les impida o dificulte el uso de los medios electrónicos. En particular, los Gobiernos locales intermedios deben hacer frente a la brecha digital que puede producirse en aquellos territorios en los que la edad de la población es elevada, o su situación socioeconómica o su acceso a la tecnología puede impedirles o dificultarles el acceso a los servicios digitales prestados por las entidades locales<sup>13</sup>.

En segundo lugar, el principio de accesibilidad, que pretende garantizar que los servicios digitales puedan ser utilizados por cualquier persona independientemente de sus circunstancias personales. En esta dirección, es necesario traer a colación la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y

<sup>12</sup> Artículos 3 LRJSP y 2 Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Asimismo, estos principios están previstos en las distintas normas autonómicas en materia de administración digital como, por ejemplo, la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, en su artículo 4.

<sup>13</sup> Como ha puesto de manifiesto el Ararteko, “[e]l camino que queda por recorrer para cerrar de forma efectiva esas brechas digitales, que son brechas de género, de edad, económicas, etc., es muy largo aún” (Ararteko, 2021: 22). Por ello, debe valorarse positivamente que el primero de los ejes estratégicos del Plan España Digital 2025 sea la conectividad digital para garantizar una conectividad digital adecuada para toda la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas.

del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público y su transposición mediante el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, que, entre otros extremos, reconocen que los Gobiernos locales intermedios deben tener presente la accesibilidad de forma integral en el proceso de diseño, gestión, mantenimiento y actualización de contenidos de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles. Además, también deben ofrecer un mecanismo de comunicación que permita presentar sugerencias y quejas, así como informar sobre cualquier posible incumplimiento de los requisitos de accesibilidad. Asimismo, deben difundir una declaración de accesibilidad detallada, exhaustiva y clara sobre la conformidad de sus sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles con lo dispuesto en la normativa vigente. En la actualidad, según el Informe del seguimiento simplificado de sitios web de las entidades locales (mayo 2021) elaborado por el Observatorio de Accesibilidad, el nivel estimado de adecuación del conjunto de entes locales al nivel de accesibilidad AA es del 13 % (frente al 56 % de la Administración General del Estado y el 34 % de las Administraciones de las comunidades autónomas) y, en particular, en el caso de las diputaciones, el nivel de adecuación AA asciende al 23,08 %, aunque en la mayoría de los casos (65,38 %) el nivel de cumplimiento es parcialmente conforme<sup>14</sup>.

El principio de transparencia pretende garantizar que las personas puedan tener un conocimiento de lo que sucede en el interior de las entidades públicas<sup>15</sup>. Este principio también permite que los Gobiernos locales puedan tener una información sobre el funcionamiento de la administración digital a partir de las opiniones o valoraciones que les faciliten las personas que utilizan los medios electrónicos. Respecto a la transparencia de los Gobiernos locales intermedios, el Índice de Transparencia de las Diputaciones (INDIP) elaborado por Transparencia Internacional España (la última versión disponible es de 2015) mostraba un aumento de la puntuación media de las diputaciones provinciales, que ascendió a 81,7 %, mientras que en la edición anterior (2013) se había situado en el 69,6 %<sup>16</sup>. A pesar de esta mejora sensible, no podemos desconocer que, de acuerdo con el *ranking* elaborado posteriormente

<sup>14</sup> Disponible en: [https://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Estrategias/pae\\_Accesibilidad/pae\\_Observatorio\\_de\\_Accesibilidad.html](https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Accesibilidad/pae_Observatorio_de_Accesibilidad.html) (última consulta: febrero de 2022).

<sup>15</sup> Sobre la transparencia pública se han publicado numerosos trabajos en los últimos años a raíz de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Por todos, véase Fernández y Pérez (2020), Guichot (2019), Martín y Moreno (2020), o Valero y Cerdá (2020). Desde la perspectiva local, resultan de interés los trabajos recogidos en los distintos números publicados en el *Anuario de Transparencia Local*.

<sup>16</sup> Disponible en: <https://transparencia.org.es/indip-2015-2/> (última consulta: febrero de 2022).

por Dyntra, la transparencia entre las diputaciones es muy dispar, puesto que, si bien algunas de ellas cumplen prácticamente con todos los indicadores analizados, otras aún están muy lejos de conseguirlo<sup>17</sup>.

El principio de calidad busca que los servicios digitales prestados por los Gobiernos locales intermedios puedan cumplir con las finalidades previstas y que se pueda dar cumplimiento al derecho de la ciudadanía a relacionarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos. Para vehicular el principio de calidad, es habitual que las entidades locales adopten cartas de servicios que informan sobre los servicios digitales que se prestan y concretan los estándares y compromisos de calidad con los que se prestan y, en su caso, los mecanismos de reclamación existentes<sup>18</sup>.

El principio de simplificación persigue facilitar que la prestación de los servicios digitales suponga una reducción del tiempo o los plazos requeridos para la tramitación de un procedimiento administrativo, o una supresión de las cargas administrativas previstas, a partir de un rediseño de los procedimientos y los servicios que se prestan electrónicamente<sup>19</sup>.

El principio de seguridad pretende garantizar que el uso de medios electrónicos por los Gobiernos locales intermedios no plantee problemas en relación con la integridad, la disponibilidad o la confidencialidad de los datos y documentos<sup>20</sup>. En esta dirección, los Gobiernos locales intermedios deben cumplir con lo que dispone el Esquema Nacional de Seguridad (ENS), que concreta distintos extremos en relación con este principio al fijar las condiciones de confianza necesarias para el uso de los medios electrónicos a través

<sup>17</sup> Entre los Gobiernos locales intermedios que tienen un alto nivel de cumplimiento de las normas sobre transparencia están la Diputación Provincial de Ourense (88.89 %), el Consejo Insular de Ibiza (87.89 %) o la Diputación Foral de Gipuzkoa (86.8 %). Entre los que se encuentran más rezagados están la Diputación Provincial de Lleida (29.1 %), la Diputación Provincial de A Coruña (28.57 %) y el Cabildo Insular de Lanzarote (28.42 %). Disponible en: <https://www.dyntra.org/indices/gobiernos-provinciales-e-insulares/> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>18</sup> Por ejemplo, la Diputación de Valladolid ha elaborado la Carta de Servicios de los Servicios Electrónicos a las Entidades Locales de la provincia de Valladolid. Disponible en: [https://www.sede.diputaciondevalladolid.es/documents/10180/14837/Carta\\_de\\_Servicios\\_electronicos\\_a\\_las\\_entidades\\_locales\\_de\\_la\\_provincia.pdf](https://www.sede.diputaciondevalladolid.es/documents/10180/14837/Carta_de_Servicios_electronicos_a_las_entidades_locales_de_la_provincia.pdf) (última consulta: febrero de 2022).

<sup>19</sup> En esta dirección, resulta de interés traer a colación la previsión incluida en la Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica en la Diputación Provincial de Cuenca, que dispone que “la aplicación de medios electrónicos a la gestión de procedimientos irá siempre precedida de un análisis funcional que permita su simplificación administrativa”. Como muestra de los esfuerzos de simplificación realizados a nivel provincial, podemos referirnos al Plan de reducción y simplificación de cargas administrativas de la Diputación Provincial de Castellón, adoptado el 23 de octubre de 2018. Disponible en: <https://transparencia.dipcvas.es/documents/75355/106619/Plan+de+Reducción+y+Simplificación+de+Car+gas+Administrativas/> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>20</sup> En relación con los retos que la ciberseguridad genera a los entes locales, véanse los trabajos recogidos en Canals i Ametller (2021).

de medidas que garanticen la seguridad de los sistemas, de los datos, de las comunicaciones y de los servicios digitales, y definir los principios básicos de seguridad que deben ser tenidos en cuenta en la prestación de los servicios digitales (proceso integral, gestión basada en riesgos y carácter diferenciado de la seguridad con respecto a la gestión de la información). En particular, los Gobiernos locales intermedios deben adoptar un plan de adecuación y deben elaborar otros documentos que permitan realizar un seguimiento del cumplimiento de los diferentes requerimientos del Esquema Nacional de Seguridad. Los Gobiernos locales intermedios también deben someter a auditorías periódicas sus sistemas de información<sup>21</sup>.

Los principios de cooperación e interoperabilidad buscan facilitar el intercambio de datos entre las distintas entidades locales y, en general, Administraciones públicas, y fomentar la reutilización de las aplicaciones que utilizan. En esta dirección, tal y como veremos posteriormente, los Gobiernos locales intermedios ponen a disposición de las entidades locales aplicaciones y servicios para avanzar en el desarrollo de la administración digital<sup>22</sup>.

Finalmente, el principio de personalización y proactividad persigue que los Gobiernos locales intermedios pongan a las personas usuarias en el centro del diseño de los servicios<sup>23</sup>. Asimismo, este principio pretende que los servicios digitales se adapten a las características, necesidades, circunstancias, preferencias o intereses de cada persona. En esta dirección, el principio de personalización puede contribuir significativamente a la mejora de la calidad de los servicios digitales, a la satisfacción de la ciudadanía o a la buena administración<sup>24</sup>.

Además de estos principios básicos, algunas ordenanzas y reglamentos de administración digital adoptados por algunas diputaciones provinciales han ampliado los principios, incluyendo otros, como el de neutralidad tecnológica, que persigue garantizar el acceso digital a las Administraciones

<sup>21</sup> Para mayor detalle sobre esta cuestión, puede consultarse la Guía de Seguridad de las TIC CCN-STIC 883 publicada en mayo de 2020, que incluye un Plan de Adecuación al ENS para Diputaciones, Cabildos, Consejos Insulares y órganos competentes equivalentes. Disponible en: <https://www.ccn-cert.cni.es/pdf/guias/series-ccn-stic/800-guia-esquema-nacional-de-seguridad/4997-ccn-stic-883-anexo-iii-plan-adequacion-diputaciones/file.html> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>22</sup> Véase *infra* 4.

<sup>23</sup> En relación con el principio de personalización y proactividad, véase Cerrillo i Martínez (2021c).

<sup>24</sup> Como ejemplo de la personalización de los servicios digitales prestados por los Gobiernos locales intermedios, se puede traer a colación el Buscador de Información y Documentación Oficiales (CIDO) de la Diputación de Barcelona, que permite recibir un correo electrónico con distintos recursos personalizados de acuerdo con las necesidades de la persona usuaria o las características del negocio. Disponible en: <https://cido.diba.cat/> (última consulta: febrero de 2022).

públicas con independencia de los instrumentos tecnológicos utilizados<sup>25</sup>, el principio de servicio a la ciudadanía<sup>26</sup>, el principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y la autenticidad en la información y los servicios ofrecidos a través de medios electrónicos<sup>27</sup>, o el principio de exactitud y de actualización de la información publicada por medios electrónicos<sup>28</sup>.

A través del uso de los medios electrónicos, la ciudadanía puede acceder 24 horas al día, 365 días al año, desde cualquier lugar, a los servicios digitales de los Gobiernos locales intermedios. Este acceso se puede vehicular a través de distintos canales.

En primer lugar, a través del punto de acceso electrónico, o portal de internet, que es el espacio electrónico de acceso a la información y servicios que los Gobiernos locales intermedios ofrecen por medios electrónicos a través del cual las personas pueden ejercer su derecho a comunicarse digitalmente con ellas<sup>29</sup>. El punto de acceso es un conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de internet que persigue proporcionar a la ciudadanía el acceso, de forma agrupada y ordenada, a la información y a los servicios que ofrece una determinada entidad local<sup>30</sup>.

En segundo lugar, mediante la sede electrónica, que es la dirección electrónica que da acceso a la información y los servicios de la diputación a través de la red<sup>31</sup>. La sede electrónica es el espacio virtual en el que se produce la relación electrónica entre la entidad local y la ciudadanía. A través de la sede electrónica se da acceso a los distintos servicios digitales relacionados con la transparencia pública (por ejemplo, difusión o acceso a la información) o

<sup>25</sup> Entre otros, el artículo 5.d) Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica en la Diputación Provincial de Jaén. Este principio también está previsto en el artículo 2.a) Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

<sup>26</sup> Artículo 4.2.a) Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo electrónico y del registro electrónico en la Diputación de Badajoz y sus entidades y organismos dependientes.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el artículo 4 Ordenanza de administración electrónica de la Diputación Provincial da Coruña.

<sup>28</sup> Artículo 4.2.l) y m) Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo electrónico y del registro electrónico en la Diputación de Badajoz y sus entidades y organismos dependientes.

<sup>29</sup> Artículo 13.1 LPAC.

<sup>30</sup> Artículos 39 LRJSP y 5 y 7 Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

<sup>31</sup> Artículos 38 LRJSP y 9 y siguientes Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Además de lo previsto en estos preceptos y de la regulación que con carácter general contienen las ordenanzas y los reglamentos de administración electrónica aprobados (por ejemplo, artículos 18 y ss. Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica y del Procedimiento Administrativo Común Electrónico de la Diputación de Granada), algunas diputaciones provinciales han aprobado reglamentos de creación de la sede electrónica. En esta dirección, la Diputación de Tarragona (2010) o la de Toledo (2012).



la tramitación de los procedimientos administrativos (registro electrónico de entrada y salida de documentos; notificación de actos administrativos; comprobación de la integridad de documentos electrónicos; acceso a los expedientes y a la información sobre el estado de tramitación). La sede electrónica puede ser titularidad de una diputación, pero también lo podría ser de varias diputaciones o de distintas entidades locales, o de uno o varios organismos públicos o entidades de derecho público en el ejercicio de sus competencias. La sede electrónica debe cumplir con determinadas características como la identificación de su titular y la difusión de información sobre las disposiciones de creación de los registros electrónicos, la fecha y la hora oficiales, el calendario laboral oficial y los días considerados inhábiles a efectos del cómputo de plazos o los expedientes sometidos a información pública. Además, la sede electrónica debe garantizar la seguridad de las comunicaciones entre las entidades locales y la ciudadanía a través de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sea necesario y la identificación de su titular.

A través de estos canales, las personas y las empresas pueden acceder a distintos servicios digitales, es decir, a diferentes sistemas o aplicaciones que las diputaciones y otros Gobiernos locales intermedios ponen a disposición de la ciudadanía para acceder a la información, a los servicios públicos y a la tramitación de los procedimientos administrativos.

En primer lugar, las personas y las empresas pueden acceder a través del punto de acceso electrónico y la sede electrónica a los servicios de difusión de información. En esta dirección, en el punto de acceso general y a través de la sede electrónica, las personas pueden acceder a información pública difundida en las páginas web de los Gobiernos locales intermedios. Asimismo, en muchos casos, también pueden acceder a su portal de transparencia o de datos abiertos. A través del portal de transparencia, como plataforma electrónica de publicidad en internet, las entidades locales difunden toda aquella información que prevé la legislación de transparencia<sup>32</sup>. En el portal de datos abiertos, las diputaciones ponen a disposición de la ciudadanía datos en formatos abiertos, es decir, en formatos que permiten que sean reutilizados tomándolos como base para ofrecer nuevas informaciones o nuevos servicios<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Artículos 5 y siguientes Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>33</sup> Como muestra del impulso de la apertura de datos en el ámbito provincial, resulta de interés al respecto la Estrategia de Datos Abiertos de la Diputación de Castellón (2018). Disponible en: <https://www.dipc.as/uploads/dipc.as/ficheros/1/5bf3f45f1a7473272782918.pdf> (última consulta: febrero de 2022).

En relación con la difusión de información a través de medios electrónicos, debemos hacer una especial mención a la publicación en internet del Boletín Oficial de la Provincia. Al respecto, cabe recordar que la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias ya previó que las diputaciones provinciales impulsarían el uso de los medios electrónicos para la prestación del servicio del Boletín Oficial de la Provincia siempre y cuando se garantizase la autenticidad de los documentos insertados<sup>34</sup>. En la actualidad, los boletines oficiales de la provincia se difunden a través de medios electrónicos y, muchos de ellos, no solo difunden los actos, notificaciones, anuncios y disposiciones<sup>35</sup>, sino que también ofrecen servicios de valor añadido<sup>36</sup>.

En segundo lugar, la ciudadanía puede acceder a través del punto de acceso electrónico y la sede electrónica a los servicios de participación ciudadana, a través de los que se canaliza la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas y se da a las personas un papel activo en el diseño e implementación de las políticas públicas locales<sup>37</sup>. El uso de los medios electrónicos en relación con la participación de vecinos y vecinas en el ámbito local está previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) cuando establece que “las entidades locales y, especialmente, los Municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas”<sup>38</sup>.

En tercer lugar, las personas interesadas en un procedimiento administrativo a través del punto de acceso electrónico y la sede electrónica pueden ejercer sus derechos relacionados con la tramitación electrónica del procedimiento adminis-

<sup>34</sup> Artículo 9 Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias.

<sup>35</sup> En esta dirección, el Reglamento del *Butletí Oficial de la Provincia de Barcelona* prevé que “el BOPB se publica en soporte electrónico consultable por Internet, a través de su web, donde se respetan los principios de gratuidad, accesibilidad y usabilidad” (artículo 6).

<sup>36</sup> Por ejemplo, en julio de 2021, el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla informaba de que se introducirían mejoras para facilitar la trazabilidad de los anuncios, el envío de notificaciones informando sobre la publicación de anuncios, el pago electrónico de los anuncios publicados, etc. Disponible en: <https://inpro.dipusevilla.es/actualidad/noticias/El-nuevo-BOPSevilla-ofrecera-usabilidad-diferenciada-y-mejorada-para-ciudadanos-anunciantes-y-tecnicos-00001/> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>37</sup> En esta dirección, por ejemplo, el Reglamento de participación ciudadana de la Diputación Provincial de Cádiz incluye entre sus finalidades fomentar el uso de medios electrónicos para la efectividad del derecho de participación (artículo 3.g), para lo que la Diputación de Cádiz impulsará la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación de la ciudadanía (artículo 6).

<sup>38</sup> Artículo 70 bis.3 LBRL.

trativo<sup>39</sup>. Al respecto, debemos recordar que determinados sujetos están obligados a utilizar los medios electrónicos cuando sean interesados en un procedimiento administrativo<sup>40</sup>. Este sería el caso de las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, las personas que ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, las personas que representen a una persona interesada que esté obligada a relacionarse electrónicamente con los Gobiernos locales intermedios o las personas a su servicio. También sería el supuesto de aquellas otras personas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios y así se determine reglamentariamente para determinados procedimientos y/o trámites<sup>41</sup>.

En relación con los servicios digitales vinculados con la tramitación de los procedimientos administrativos, podemos recordar que, como destaca el preámbulo de la LPAC, en la actualidad, “la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones”<sup>42</sup>.

De este modo, el procedimiento debe impulsarse de oficio a través de medios electrónicos<sup>43</sup>. Así, los medios electrónicos se deben utilizar en relación con todos los trámites que conforman el procedimiento, desde la fase de inicio hasta la resolución, pasando por la audiencia a las personas interesadas, la información pública o la emisión de informes. De hecho, los medios electrónicos también pueden utilizarse para realizar, de forma íntegra, cualquier acto o actuación sin que intervenga directamente ninguna persona al servicio de la Administración pública<sup>44</sup>.

En esta dirección, con carácter general, los Gobiernos locales intermedios han avanzado en la prestación del servicio de identificación y de firma electrónica<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 13.a) LPAC. Además, también prevé otros derechos de las personas interesadas en un procedimiento administrativo (artículo 53 LPAC).

<sup>40</sup> Artículo 14.2 LPAC.

<sup>41</sup> Así lo han hecho, por ejemplo, Gipuzkoa (Orden Foral 320/2017, de 28 de junio, por la que se regula la obligación de relacionarse con la Administración tributaria foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa por medios electrónicos), Lleida (Reglamento de regulación de los procesos de notificación y comunicación de la Diputación de Lleida con los empleados públicos de la Diputación de Lleida y sus organismos autónomos y del resto de Administraciones de 2021) o Tarragona (Reglamento para el establecimiento obligatorio de la notificación electrónica en el ámbito de actuación de la Diputación de Tarragona de 2017).

<sup>42</sup> Preámbulo LPAC.

<sup>43</sup> Artículo 71 LPAC.

<sup>44</sup> Así lo ha previsto explícitamente el Reglamento regulador de la actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Diputación de Tarragona (2017).

<sup>45</sup> Algunas diputaciones provinciales han adoptado políticas de firma electrónica, como la Política de firma electrónica de la Diputación de Cáceres (2019), la Política de identifi-

Asimismo, cada Gobierno local intermedio ha puesto en funcionamiento un registro electrónico para realizar los asientos de todas las solicitudes y los documentos que se presenten o reciban, y para anotar los documentos que salgan de la diputación dirigidos a las personas interesadas o a otra Administración pública<sup>46</sup>. Los registros electrónicos de las diputaciones deben ser plenamente interoperables con los de otras Administraciones públicas y deben estar interconectados de tal modo que los asientos registrales y los documentos se puedan transmitir telemáticamente entre ellas.

También podemos referirnos al servicio de notificación electrónica que permite comunicar a la persona interesada el contenido de la resolución o acto administrativo de un procedimiento administrativo. La LPAC dispone que la notificación se practica preferentemente a través de medios electrónicos y, en cualquier caso, cuando la persona interesada tiene la obligación de usar los medios electrónicos o de recibir electrónicamente las notificaciones<sup>47</sup>. Las notificaciones electrónicas se pueden practicar mediante comparecencia en la sede electrónica de la diputación o a través de la dirección electrónica habilitada única.

Estos servicios también pueden ser utilizados por los órganos de contratación y los licitadores y contratistas, lo que puede contribuir a mejorar la igualdad y concurrencia, al facilitar a los licitadores el acceso tanto a la información sobre las licitaciones como a los procedimientos de licitación<sup>48</sup>. Gracias al uso de los medios electrónicos en la tramitación del procedimiento de contratación, también se puede reforzar la transparencia en el proceso de contratación pública, al facilitar la difusión y el acceso a la información relativa a las licitaciones y adjudicaciones de contratos públicos, así como a su ejecución<sup>49</sup>.

---

cación y firma electrónica de la Diputación de León (2020), la Política de Seguridad de la Información de la Diputación de Lleida y sus Organismos Autónomos (2020), o la Política de firma electrónica y de certificados de la Diputación de Tarragona (2019).

<sup>46</sup> En esta dirección, como muestra se puede traer a colación el Reglamento del Registro Electrónico de la Diputación de Badajoz (2021). También el Reglamento regulador de la organización y funcionamiento del registro de la Diputación Provincial de Ávila y del registro electrónico (2014), o el Reglamento regulador de la Sede Electrónica y Registro Electrónico de la Diputación Provincial de Valladolid (2011), aprobados durante la vigencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

<sup>47</sup> Artículos 41.1 y 43 LPAC.

<sup>48</sup> En relación con esta cuestión, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 36.1.g) LBRL, que indica que es una competencia propia de las diputaciones la contratación centralizada en los municipios de menos de 20 000 habitantes.

<sup>49</sup> Tal y como dispone la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la difusión de información de los contratos, la presentación de ofertas y solicitudes de participación, la práctica de la notificación y de las comunicaciones relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos, se realizarán utilizando medios electrónicos. En esta dirección, la disposición adicional decimosexta LCSP prevé las condiciones que deben

## 3

## Los territorios provinciales inteligentes

Además del uso de los medios electrónicos para la prestación de servicios digitales, los Gobiernos locales intermedios también están utilizando estos medios para dar respuesta a los cambiantes retos a los que se enfrenta la sociedad, mejorar la calidad de vida de las personas en el territorio, garantizar la sostenibilidad y fortalecer la calidad de los servicios públicos.

En esta dirección, en las últimas décadas, al hilo de la extensión de los proyectos de ciudad inteligente, los Gobiernos locales intermedios también están impulsando iniciativas de ámbito supramunicipal que se conocen bajo la expresión de territorio inteligente (territorio *smart*) y que se caracterizan por utilizar la tecnología de manera intensiva e innovadora para recopilar y analizar de manera colaborativa los datos del territorio con el fin prestar servicios inclusivos, eficientes, resilientes, sostenibles y centrados en las personas<sup>50</sup>. El desarrollo de proyectos de territorio inteligente puede contribuir significativamente a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>51</sup>.

En estos proyectos e iniciativas, el uso de los medios electrónicos va más allá del desarrollo de la administración digital al que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior y persigue utilizar intensivamente la tecnología para la recopilación y el análisis de datos que, por ejemplo, generan los sensores en el territorio o los objetos conectados a internet —es decir, para utilizar los datos masivos (*big data*)— con el fin de mejorar el conocimiento sobre el territorio, los servicios que se prestan en él o las necesidades de la ciudadanía, para poder personalizar o prestar de manera proactiva los servicios, para tomar decisiones de manera automatizada o para prestar servicios, por ejemplo, a través de robots.

---

cumplir dichos medios. En relación con esta cuestión, véase, entre otros, Cerrillo i Martínez (2018).

<sup>50</sup> Respecto a esta cuestión Casares considera que “el concepto de ciudad inteligente deba ir acompañado, necesariamente, a mi juicio del de territorio inteligente, dos nociones que descansan, a su vez, en última instancia, sobre la sostenibilidad y, en suma, cohesión del tejido social sobre el que se asientan y que los conforma” (Casares Marcos, 2021: 101). Asimismo, Santiago pone de manifiesto que “la ciudad como ámbito espacial de los proyectos inteligentes se ha revelado insuficiente pasándose a hablar de territorios inteligentes, de redes integradas por núcleos poblacionales interconectado” (Santiago Iglesias, 2021).

En relación con la noción de ciudad inteligente y los servicios que en ella prestan las Administraciones públicas, véanse, entre otros, Cerrillo i Martínez (2020a) y Cerrillo i Martínez (2020b), respectivamente. En estas páginas seguimos básicamente su contenido.

<sup>51</sup> El McKinsey Center for Government (2018) ha cuantificado en un 70 % el progreso moderado o significativo en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que puede reportar en los municipios el uso de la tecnología.

Gracias a lo anterior, los servicios que prestan tanto las diputaciones como los municipios y otras entidades locales pueden ser más inclusivos, al poder identificar adecuadamente las necesidades de las personas y tenerlas en cuenta a la hora de diseñar los servicios, determinar los servicios que se deben prestar a cada persona o en cada territorio en función de sus necesidades, capacidades o recursos, así como facilitar el acceso a los servicios independientemente de las circunstancias en las que se encuentre cada persona o cada territorio. Asimismo, los servicios pueden ser más eficientes, facilitando el ahorro. Además, los servicios pueden ser más resilientes, más sensibles y adaptables a los cambios. En última instancia, el uso intensivo de las tecnologías que conlleva el impulso de los territorios inteligentes sitúa a las personas en el centro de la actuación pública, lo que se concreta en el reconocimiento de una esfera de derechos relacionados con la ciudad inteligente, y la participación de las personas en el diseño de la ciudad inteligente y la colaboración en la gestión de sus servicios.

En esta dirección, numerosas diputaciones provinciales están promoviendo el uso innovador de los medios electrónicos, y en particular, algunas de ellas, de las tecnologías disruptivas, como la inteligencia artificial<sup>52</sup>. Para ello, algunas diputaciones están elaborando estrategias propias de territorio inteligente<sup>53</sup>. Como muestra podemos referirnos al Plan Estratégico “Huelva Smart”, cuyo objetivo principal es “dotar a la Diputación de Huelva y a los municipios de la provincia de un marco de desarrollo centrado en los beneficios a la ciudadanía con la tecnología como palanca para lograr una mayor calidad de vida y un mayor progreso económico en la provincia”.

En el marco de los proyectos de territorio inteligente, las diputaciones impulsan proyectos propios destinados a toda la provincia o, en ocasiones, a determinadas partes del territorio, por ejemplo el rural, para luchar contra la despoblación<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Como muestra, puede hacerse referencia al Centro de Inteligencia Digital (CENID), una iniciativa de la Diputación de Alicante, la Universidad de Alicante (UA) y la Universidad Miguel Hernández (UMH), para el desarrollo, investigación, divulgación y aplicación de estrategias y tecnologías habilitadoras digitales. Sobre los usos de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas, véanse, entre otros, Cerrillo i Martínez (2019) y Ramió (2019).

<sup>53</sup> En Andalucía, bajo el amparo de la estrategia *Andalucía Smart 2020 de Desarrollo Inteligente de las Ciudades y Municipios de Andalucía*, las distintas diputaciones han elaborado estrategias de territorio inteligente: Estrategia Territorio Inteligente Provincia de Cádiz, Plan para el impulso digital y sostenible de la provincia de Córdoba, Granada Provincia Territorio Inteligente 2024, Plan Estratégico “Huelva Smart” 2020-2023, Jaén Provincia Digital, o el Plan Estratégico Provincial de Innovación y Territorio Inteligente de Sevilla.

<sup>54</sup> Los proyectos de territorio inteligente incluyen generalmente entre sus finalidades la sostenibilidad y la lucha contra la despoblación en el entorno rural. Véanse al respecto, entre otros, Mora Ruiz (2021: 298) y Almeida y Santiago (2021). En esta dirección, el “Plan Director de Provincia Digital de Cáceres. Transformación Digital del Territorio” incluye,

Asimismo, las diputaciones en ocasiones también dan asistencia y apoyo a los municipios para que puedan desarrollar sus proyectos de ciudad inteligente en su respectivo término municipal<sup>55</sup>. Ello se concreta en la asistencia en el diseño e implementación de las estrategias<sup>56</sup> o de los servicios de ciudad inteligente<sup>57</sup>.

Para ello, algunas diputaciones han creado oficinas a las que se han atribuido las competencias relativas al impulso de las estrategias de territorio inteligente<sup>58</sup>.

## 4

### La cooperación de los Gobiernos locales intermedios para el desarrollo de la administración digital local

El desarrollo de la administración digital exige la aplicación de un gran volumen de recursos y capacidades que en ocasiones los municipios, especialmente los más pequeños, no tienen a su disposición.

Por ello, para que todos los municipios puedan ofrecer a la ciudadanía los servicios digitales necesarios para que puedan ejercer su derecho a relacionarse con los municipios a través de medios electrónicos, o para que puedan disfrutar de los beneficios que puede reportar el uso de los proyectos de ciudad digital, la cooperación de los Gobiernos locales intermedios se erige como un elemento fundamental<sup>59</sup>. Pero, además, la cooperación en el desarrollo de la

---

como objetivo transversal, reducir la brecha digital del territorio y reducir los problemas de envejecimiento y despoblación, impulsando territorios conectados a la nueva situación digital. Disponible en: <https://innovacion.dip-caceres.es/wp-content/uploads/sites/12/2020/09/Plan-Director-Provincia-Digital.pdf> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>55</sup> En esta dirección, por ejemplo, la Diputación de Valencia ha facilitado las guías de ciudad inteligente a distintos municipios de la provincia. Disponible en: <https://www.dival.es/sala-prensa/content/deu-ajuntaments-valencians-reben-les-guies-smart-city-elaborades-la-diputacio-i-avaesen> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>56</sup> Por ejemplo, la Diputación de Barcelona ha desarrollado la Plataforma Tecnológica para la Gestión Urbana, que permite a los ayuntamientos recopilar y analizar los datos generados por sensores automatizados para la mejora de la gestión urbana. En el caso de la Diputación de Huelva se ha impulsado la Plataforma Digital para la Gestión Turística Inteligente de los municipios de la provincia de Huelva.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, las nueve diputaciones provinciales han firmado un convenio con la Junta de Castilla y León para desarrollar el proyecto Territorio Rural Inteligente con el fin de crear una plataforma de gestión inteligente de servicios públicos (alumbrado, recogida de residuos y gestión del agua inteligente). Disponible en: <https://rmd.jcyl.es/web/es/territorio-rural-inteligente.html> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>58</sup> Por ejemplo, la Oficina de Transformación Digital de la Diputación de Sevilla, responsable de impulsar el Plan Estratégico Provincial de Innovación y Territorio Inteligente.

<sup>59</sup> Igualmente, Colón de Carvajal Fibla (2022).

administración digital puede ser más eficiente, ahorrar recursos económicos y de tiempo, y facilitar la interoperabilidad entre las Administraciones públicas.

La LBRL prevé con carácter general que las diputaciones y entidades equivalentes deben cooperar con los municipios, especialmente con los de menor capacidad económica y de gestión. Asimismo, de manera específica, se contempla que prestarán los servicios de administración electrónica en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes<sup>60</sup>.

En la práctica, como veremos a continuación, estas competencias se manifiestan en relación con el diseño de estrategias de transformación digital y de ciudad inteligente, en el despliegue de las infraestructuras tecnológicas necesarias para poder desarrollar la administración digital y en la prestación de servicios digitales.

#### 4.1

### La cooperación y la asistencia en el desarrollo de la administración digital: marco general

La cooperación con los municipios constituye una de las finalidades principales de los Gobiernos locales intermedios. En efecto, como es bien conocido, las diputaciones provinciales o entidades equivalentes tienen como fin propio y específico garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales. Esta finalidad se concreta, a su vez, en asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal en la totalidad del territorio de la provincia<sup>61</sup>.

Para ello, los Gobiernos locales intermedios tienen atribuidas distintas competencias, entre las que cabe destacar, desde la perspectiva analizada en este trabajo, las siguientes<sup>62</sup>:

<sup>60</sup> En esta dirección, Santiago Iglesias (2020: 405) distingue entre dos grupos de competencias provinciales, las relativas a la prestación de servicios y las de coordinación, cooperación y asistencia.

<sup>61</sup> Artículo 31.2 a) LBRL.

<sup>62</sup> Junto a las diputaciones, otros Gobiernos locales intermedios también tienen atribuidas y desarrollan competencias de cooperación, asesoramiento y coordinación de los ayuntamientos en materia de administración digital.

Así lo prevé, por ejemplo, la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, que define, en el marco del modelo catalán de administración electrónica, que los consejos de veguería (hasta su constitución, las diputaciones provinciales, según prevé la disposición transitoria segunda) y las comarcas cooperarán y asistirán a los entes locales en materia de uso de los medios electrónicos. En particular, los consejos comarcales prestan asistencia técnica de proximidad a los municipios y apoyo en los problemas que puedan surgir (artículo 8.2).



En primer lugar, aquellas relacionadas con la asistencia y cooperación a los municipios<sup>63</sup>. En esta dirección, corresponde a la diputación “la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”<sup>64</sup>. La asistencia jurídica en relación con la administración digital puede comprender, entre otras cosas, la redacción de ordenanzas de administración digital o de modelos de ordenanzas o reglamentos<sup>65</sup>. La cooperación técnica en relación con la administración digital es, como veremos posteriormente, la que tiene una mayor extensión, y puede consistir, entre otras manifestaciones, en la redacción, dirección o implementación de proyectos o de estudios técnicos relacionados con la implementación de los servicios digitales. Finalmente, la cooperación económica se concreta en distintas acciones; por ejemplo, la financiación por la diputación provincial de la adquisición de equipamiento informático por los ayuntamientos<sup>66</sup>.

En segundo lugar, las competencias atribuidas a las diputaciones provinciales y entidades equivalentes para la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social<sup>67</sup>. Como veremos a continuación, una manifestación de esta competencia se concreta en la elaboración de estrategias de transformación digital y de ciudad inteligente.

Pero además, en tercer lugar, más allá de estas competencias genéricas de asistencia y cooperación a los municipios, la Ley 27/2013, de 27 de

---

En esta dirección, por ejemplo, el Consell Comarcal del Garraf en la provincia de Barcelona trabaja para favorecer la implantación de la administración digital dando apoyo técnico, asesorando y acompañando a los ayuntamientos. Disponible en: <https://www.ccgarraf.cat/ambits/administracio-digital.htm> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>63</sup> Como se ha puesto tradicionalmente de manifiesto, no existen unas diferencias claras entre ambas competencias. Así, Nieto (1991: 149) ya advirtió que la regulación legal de la asistencia y la cooperación no permite diferenciarlas con precisión.

<sup>64</sup> Artículo 36.1.b) LBRL. Como ha recordado la STC 111/2016, de 9 de junio, citando la STC 109/1998, de 21 de mayo (fundamento jurídico 2), “[l]as competencias instrumentales –aquellas que tienen al municipio por destinatario inmediato– entroncan directamente con la Constitución: ‘el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial’, constituye el ‘núcleo’ de la actividad de la provincia, ‘en cuanto entidad local determinada por la agrupación de municipios’” (fundamento jurídico 2).

Esta competencia, más allá de su incidencia directa en relación con el desarrollo de la administración digital, tiene una manifestación indirecta a través de la cooperación de las diputaciones respecto a otras actividades que pueden incidir en el desarrollo de la administración digital, como la gestión del personal o la formación (artículo 36.2 LBRL).

<sup>65</sup> Este sería el caso de la Ordenanza Municipal Reguladora del Uso de la Administración Electrónica (Diputación de Alicante) o el Reglamento de Administración Electrónica elaborado por la Diputación de Huesca. También el de la Ordenanza tipo de transparencia y administración digital elaborada por el Consorcio Localret (2021).

<sup>66</sup> Por ejemplo, la Diputación de Barcelona ofrece apoyo económico para la dotación de soluciones informáticas de administración digital destinadas a la gestión de expedientes, o da financiación a los consejos comarcales para que puedan prestar los servicios de apoyo de proximidad a los municipios de su comarca (en especial a los de menos de 5000 habitantes).

<sup>67</sup> Artículo 36.1.d) LBRL.

diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local ha incluido, entre las competencias propias de la diputación, la prestación de los servicios de administración electrónica en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes<sup>68</sup>.

Esta previsión fue objeto del recurso interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. El Tribunal Constitucional en su sentencia 111/2016, de 9 de junio, desestimó la impugnación considerando que dicho precepto no era inconstitucional siempre que se interpretase en los términos previstos en la propia sentencia. En particular, el alto tribunal considera que la competencia atribuida a las diputaciones provinciales en materia de administración electrónica “en modo alguno transfiere en bloque a la diputación provincial toda la prestación de servicios de administración electrónica y de la contratación de municipios de menos de 20.000 habitantes”, lo que resultaría incompatible con la potestad de autoorganización inherente a la autonomía local. Según el parecer del Tribunal Constitucional, el apartado g) del artículo 36 “se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de ‘asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión’”, con el fin de “dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir”. De este modo, “se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada administración electrónica”, lo que “lejos de vulnerar la autonomía municipal, contribuyen a facilitar su desarrollo efectivo”<sup>69</sup>.

La mayoría de las diputaciones ejercen estas competencias de manera directa<sup>70</sup>. Para ello, algunas han creado entidades para canalizar la cooperación

<sup>68</sup> Artículo 36.1.g) LBRL, introducido por el artículo 1.13 Ley 27/2013, de 27 de diciembre. Al respecto, Merino Estrada (2017).

Con la misma finalidad, aunque con un sentido diverso, la disposición final tercera Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos preveía que, a fin de poder garantizar que los derechos reconocidos en la propia norma pudiesen ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de competencia de los entes locales, las diputaciones provinciales, o en su caso los cabildos y consejos insulares u otros organismos supramunicipales, podrían prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos.

<sup>69</sup> Fundamento jurídico 11.

<sup>70</sup> Como recuerda González Bustos (González Bustos, 2018: 70), “la Diputación provincial deberá gestionar los servicios de la forma más sostenible y eficiente posible, pudiendo

en el desarrollo de la administración digital<sup>71</sup>. Otras, gestionan sus competencias en materia de administración digital de manera indirecta<sup>72</sup>.

La cooperación de los Gobiernos locales intermedios en materia de administración digital se concreta en distintos servicios que se ofrecen a los municipios<sup>73</sup>, que alguna diputación ha regulado a través de la adopción de una norma relativa a la prestación de los servicios de administración digital a los entes locales de la provincia<sup>74</sup>.

## 4.2

### La cooperación en el diseño de las estrategias de transformación digital y de ciudad inteligente

Las diputaciones provinciales asisten a los municipios en la elaboración de estrategias de transformación digital y de ciudad inteligente.

Las estrategias de transformación digital están orientadas a la innovación y modernización de la administración municipal<sup>75</sup>. En esta dirección, ante la

---

optar por la gestión directa por la propia Diputación, lo que excluye la gestión por otras entidades dependientes de la misma (art.85.2 LRBRL), o por la gestión compartida por medio de los consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”.

<sup>71</sup> La tipología de entes instrumentales creados por las diputaciones es amplia. Así, la Diputación de Salamanca ha creado el Centro Informático Provincial de Salamanca (CIPSA), un organismo autónomo que presta servicios informáticos a la Diputación de Salamanca y a los municipios de la provincia. Por su parte, la Diputación Foral de Bizkaia ha creado la Fundación BiscayTIK con el objetivo de modernizar los ayuntamientos y mancomunidades.

Finalmente, a modo ilustrativo, podemos señalar que las diputaciones de Cádiz y de Córdoba han creado EPICSA y EPRINSA, respectivamente, como empresas provinciales de informática. La Diputación de Valencia ha creado Divalterra, S.A. para la puesta en funcionamiento de los proyectos de ciudad inteligente en los municipios de la provincia. La Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, S.A. (INPRO) es un medio propio de la Diputación de Sevilla.

<sup>72</sup> Según esPublico, “[e]l 70% de la administración local elige Gestiona”, una plataforma de servicios de administración digital desarrollada por el grupo esPublico. Disponible en: <https://espublicogestiona.com/clientes/administraciones-locales/> (última consulta: febrero de 2022). En esta dirección, por ejemplo, en el caso de la Diputación de Soria se adjudicó en marzo de 2020 un contrato para gestionar el servicio que facilita la tramitación de los procedimientos administrativos electrónicos y la integración en el sistema de interconexión de registros.

<sup>73</sup> Algunas diputaciones recogen los distintos servicios que prestan a los municipios en ejercicio de sus competencias de cooperación en planes específicos o en catálogos de servicios. Véase, como ejemplo, el Catálogo de servicios 2021-2023 de la Diputación de Barcelona en materia de innovación y gobiernos digitales. Disponible en: [https://seuelectronica.diba.cat/tramits-ens/concertacio/docs/Catleg\\_2022\\_-\\_Innovacio\\_i\\_Governos\\_Digitals.pdf](https://seuelectronica.diba.cat/tramits-ens/concertacio/docs/Catleg_2022_-_Innovacio_i_Governos_Digitals.pdf) (última consulta: febrero de 2022).

<sup>74</sup> Así lo ha hecho, por ejemplo, la Diputación de Almería con la Norma provincial para la prestación de los servicios de administración electrónica y de tecnologías de la información y comunicaciones a los entes locales de la provincia (2019).

<sup>75</sup> En esta dirección, la Diputación de Barcelona presta el servicio de apoyo para la transformación digital (SeTDIBA), con el que se da apoyo a la modernización y la transfor-

extensión experimentada por el teletrabajo durante la crisis sanitaria, algunas diputaciones han impulsado planes para fomentar su implementación en los ayuntamientos<sup>76</sup>.

Las estrategias de ciudad inteligente persiguen avanzar en la prestación de servicios digitales por parte del municipio, basados en el uso intensivo de datos (por ejemplo, en ámbitos relacionados con la energía, el medio ambiente, las infraestructuras, la movilidad o la economía)<sup>77</sup>. Así, diversas diputaciones están cooperando con los municipios en el desarrollo de estrategias de ciudad inteligente<sup>78</sup>. En ocasiones, la asistencia también va acompañada de la coordinación de las estrategias y proyectos municipales<sup>79</sup>. Asimismo, algunas diputaciones también ofrecen cooperación económica para su implementación.

### 4.3

#### La cooperación y asistencia en el despliegue de las infraestructuras tecnológicas

Para poder prestar los servicios digitales, los municipios necesitan tener a su disposición las infraestructuras tecnológicas adecuadas que faciliten el desarrollo de su actividad y el acceso de las personas y las empresas a través de medios electrónicos<sup>80</sup>.

---

mación digital de los entes locales tanto a través de la implantación de plataformas para la tramitación electrónica como de metodologías organizativas.

Diversas diputaciones, como la Diputación de Albacete, la Diputación de Ciudad Real o la Diputación de Málaga, han elaborado planes estratégicos para la implantación de la administración electrónica en los municipios de la provincia o, en particular, en los municipios de población inferior a 20 000 habitantes.

<sup>76</sup> En esta dirección, la Diputación de Barcelona ha elaborado la Guía de teletrabajo para los Gobiernos locales. Disponible en: [https://www.diba.cat/documents/189253/303020656/Guia\\_tele treball\\_Govern s\\_Locals\\_%28amb\\_llicencia%29\\_introducci%C3%B3.pdf/](https://www.diba.cat/documents/189253/303020656/Guia_tele treball_Govern s_Locals_%28amb_llicencia%29_introducci%C3%B3.pdf/).

<sup>77</sup> Como recuerda Santiago (Santiago Iglesias, 2021), “cada territorio que desee convertirse en una *smart community*, en función de sus características, debe contar con un plan propio para lograr dicho objetivo, no obstante, éste no debe diseñarse de forma aislada, sino en el marco de otros proyectos de esta naturaleza más amplio”, subrayando asimismo que el alcance supramunicipal de los proyectos de territorio inteligente “requiere una mayor coordinación/cooperación entre las distintas administraciones implicadas”.

<sup>78</sup> Este sería el caso, por ejemplo, de la Diputación de Alicante o la de Valencia.

<sup>79</sup> La estrategia *Huelva Smart* prevé que la Diputación de Huelva lleve a cabo un “proceso de coordinación intermunicipal en la provincia con el objetivo de presentar proyecto/s de desarrollo inteligente en la modalidad agrupada a la mencionada convocatoria autonómica de ayudas”.

<sup>80</sup> Según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, el artículo 25 LBRL prevé que los municipios tienen la competencia de promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En esta dirección, los Gobiernos locales intermedios y, en particular, las diputaciones asisten y cooperan con los municipios para facilitar la conectividad del ayuntamiento<sup>81</sup>, para la provisión de banda ancha o de redes inalámbricas (wifi)<sup>82</sup>, para que puedan acceder a comunicaciones seguras y a la red SARA<sup>83</sup>, para que puedan contar con servicios de seguridad como cortafuegos o antivirus<sup>84</sup>, o con servicios de asistencia en la gobernanza de las TIC<sup>85</sup>. Además, los Gobiernos locales intermedios también facilitan asistencia informática al personal al servicio de los ayuntamientos en horario de oficina<sup>86</sup> o 24x7<sup>87</sup>. También ofrecen servicios de alojamiento (páginas web, dominios, cuentas de correo) y servicios de almacenaje en los servidores de la diputación<sup>88</sup>. Por último, en algunos casos también proporcionan equipamiento informático a los municipios<sup>89</sup>.

En la mayoría de los casos, es el propio Gobierno local intermedio quien se encarga de tomar las decisiones relativas a los servicios de infraestructuras tecnológicas. Sin embargo, en ocasiones se han previsto otros modelos de gobernanza que implican la participación de las entidades municipales interesadas en la toma de decisiones sobre los servicios prestados<sup>90</sup>.

---

<sup>81</sup> En esta dirección, la Diputación de Badajoz ha creado la Red Provincial de Comunicaciones Seguras, que une a todas las entidades locales de la provincia.

<sup>82</sup> Por ejemplo, la Diputación de Tarragona, en acuerdo con la Generalitat de Cataluña, ha instalado más de 100 km de fibra óptica en las carreteras de la Diputación. Disponible en: <https://www.dipta.cat/temes/transformacio-digital/despleguem-fibra-optica> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>83</sup> En esta dirección, distintas diputaciones canalizan el acceso a la red SARA a través de su red corporativa (por ejemplo, la Red Mulhacén de la Diputación de Granada o la Red Interadministrativa Provincial de Comunicaciones de la Diputación, Sociedades, Organismos y Ayuntamientos, Red TARSIS, de la Diputación de Sevilla).

<sup>84</sup> Por ejemplo, la Diputación de Alicante.

<sup>85</sup> En esta dirección, la Diputación de Barcelona ofrece a los municipios, entre otros servicios, el diagnóstico e inventario de recursos TIC disponibles, la elaboración de planes directores o la asistencia en la elaboración de pliegos de cláusulas técnicas.

<sup>86</sup> Por ejemplo, la Diputación de Teruel.

<sup>87</sup> Por ejemplo, la Diputación de Badajoz.

<sup>88</sup> Por ejemplo, la Diputación de Barcelona.

<sup>89</sup> Así, en diciembre de 2021, la Diputación de Valencia inició la distribución de más de un millar de ordenadores entre las entidades locales de la provincia. Disponible en: [https://www.elperiodic.com/val/pvalencia/diputacio-distribueix-miler-portatils-entre-ajuntaments-valencians\\_789137](https://www.elperiodic.com/val/pvalencia/diputacio-distribueix-miler-portatils-entre-ajuntaments-valencians_789137) (última consulta: febrero de 2022).

<sup>90</sup> Por ejemplo, la Red Provincial de Almería prevé la constitución de una asamblea de la red compuesta por electos y técnicos pertenecientes a las distintas entidades que hayan solicitado la utilización de los sistemas de la red como instrumento para el control y seguimiento de su actividad (artículo 10 Norma provincial para la prestación de los servicios de administración electrónica y de tecnologías de la información y comunicaciones a los entes locales de la provincia).

## 4.4

### La cooperación y asistencia en la prestación de servicios digitales

Las diputaciones provinciales y entidades equivalentes cooperan con los municipios a través de la prestación de los servicios de administración electrónica en los municipios de menos de 20 000 habitantes<sup>91</sup>. Asimismo, en ocasiones estos servicios también son utilizados por los municipios de mayor población<sup>92</sup>.

La cooperación en relación con los servicios digitales se canaliza, principalmente, a través de la reutilización de programas y aplicaciones. En esta dirección, la LRJSP establece que las Administraciones deben poner a disposición del resto de Administraciones públicas las aplicaciones desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares<sup>93</sup>.

Para promover la reutilización, incrementar la transparencia de la Administración pública y fomentar la incorporación de la ciudadanía a la sociedad de la información, las aplicaciones pueden ser declaradas de fuentes abiertas, es decir, que sean distribuidas con una licencia que permita la libertad de ejecutarla, de conocer el código fuente, de modificarla o mejorarla y de redistribuir copias a otros usuarios<sup>94</sup>.

En la actualidad, desde un punto de vista general, podemos señalar que la reutilización de las aplicaciones no es voluntaria, puesto que, antes de adquirir, desarrollar o mantener una aplicación, las Administraciones públicas

<sup>91</sup> Desde un punto de vista general, Carbonell Porras (2021: 96) señala que “[I]a asistencia y cooperación de las diputaciones provinciales o entidades equivalentes a los municipios puede tener diferente alcance y sentido, pero debe dirigirse preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos según dispone expresamente el artículo 26.3 LBRL”.

<sup>92</sup> De hecho, el artículo 70.bis.3 LBRL prevé que la colaboración de las diputaciones provinciales y entidades equivalentes en materia de administración digital se destinará a aquellos municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber de impulsar el uso de los medios electrónicos para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos o de consultas ciudadanas.

En relación con esta cuestión, Almonacid Lamelas (2014) afirma que “también es evidente que los municipios de más de 20.000 habitantes –como en el caso de las centrales de compras– podrán acogerse a los mismos servicios que la Diputación tiene en funcionamiento para la prestación de la administración electrónica en pequeños municipios, al igual que los pequeños municipios podrán no acogerse si tuvieran asegurada por otro medio la prestación de estos servicios”.

<sup>93</sup> Artículo 157.1 LRJSP.

<sup>94</sup> Anexo Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Por ejemplo, la plataforma Modelo de Ayuntamiento Digital (MOAD), impulsada por la Junta de Andalucía en colaboración con las diputaciones provinciales andaluzas, está construida con estándares y *software* libre. Disponible en: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/MOAD\\_v3\\_FichaTecnica\\_abr-2017.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/MOAD_v3_FichaTecnica_abr-2017.pdf) (última consulta: febrero de 2022).

deberán consultar en el directorio general de aplicaciones para comprobar si hay alguna solución disponible que cumpla sus necesidades que pueda ser reutilizada. En caso de que exista una solución disponible en el directorio, las Administraciones públicas estarán obligadas a usarla, salvo que la no reutilización sea más eficiente y así se justifique<sup>95</sup>.

En relación con los servicios digitales que deben prestar u ofrecer a los municipios las diputaciones, debemos observar que la LBRL únicamente se refiere de manera genérica a la administración electrónica, mas no existe ni en esta ni en ninguna otra norma una definición que permita determinar con precisión el alcance de esta expresión<sup>96</sup>. A nuestro entender, las diputaciones junto con las entidades equivalentes deben prestar a los municipios como mínimo los servicios digitales que permitan el ejercicio de los derechos previstos en la LPAC y, por lo tanto, deben poner a su disposición “los canales de acceso que sean necesarios, así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen”<sup>97</sup>. No obstante, ello no es óbice para que más allá de estos servicios, en el marco de sus competencias de cooperación y asistencia, las diputaciones puedan ampliar su catálogo de servicios con otros servicios digitales complementarios que permitan que los municipios puedan satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

A partir de lo anterior, y de acuerdo con lo previsto en la LBRL, la mayoría de las diputaciones cooperan y asisten a los municipios en la prestación de los servicios digitales y el desarrollo de la administración digital. En particular, algunas diputaciones configuran un plan específico en relación con los servicios de asistencia y cooperación en materia de administración digital en el que se fijan las entidades destinatarias, condiciones de uso, etc.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Artículo 157.3 LRJSP. Las Administraciones públicas pueden permitir la reutilización libre de las aplicaciones que pongan a disposición de otras Administraciones públicas, pero también pueden acordar la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas.

Así se prevé en el caso de la Diputación de Ciudad Real, que reconoce que “la Diputación podrá establecer precios públicos o fijar fórmulas que permitan la participación económica de los Ayuntamientos en la financiación de estos servicios en proporción a su población y a otros criterios objetivos que se estimen relevantes”.

<sup>96</sup> No hay una definición de qué debe entenderse por administración electrónica (Descalzo González, 2017: 271). En la misma línea, Almonacid, quien considera que la expresión “administración electrónica” que recoge el artículo 36.1.g) LBRL se refiere a “aquellos que permiten a los usuarios relacionarse con los Ayuntamientos por medios electrónicos” (Almonacid Lamelas, 2014).

<sup>97</sup> Artículo 12.1 LPAC. Asimismo, el artículo 70.bis.3 LBRL, que prevé que las entidades locales deben impulsar el uso de los medios electrónicos para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos, para la realización de trámites administrativos o para el desarrollo de encuestas y de consultas ciudadanas.

<sup>98</sup> Desde un punto de vista general, el artículo 36.2.a) LBRL prevé que la diputación o entidad equivalente aprobará anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y ser-

Generalmente, a partir de los servicios ofrecidos, los municipios deben solicitar a la diputación la adhesión a la plataforma de administración electrónica o a los servicios concretos que quieran obtener<sup>99</sup> y, en su caso, firmar un convenio o protocolo general o específico<sup>100</sup>.

A la vista de la actividad desarrollada en la actualidad por las diputaciones, la prestación de servicios de administración electrónica comprende, entre otros, los siguientes servicios digitales<sup>101</sup>:

En primer lugar, el diseño y mantenimiento de los canales de acceso electrónico como portales de internet o sedes electrónicas<sup>102</sup>. En algunos casos, la diputación también analiza el cumplimiento de la normativa vigente en estos espacios, por ejemplo, respecto a los requisitos de accesibilidad<sup>103</sup>.

En segundo lugar, el diseño y mantenimiento de los servicios digitales para la tramitación de los procedimientos administrativos electrónicos. Desde esta perspectiva, las diputaciones ponen a disposición de los municipios herramientas para la gestión documental de los expedientes, el registro elec-

---

vicios de competencia municipal. En esta dirección, por ejemplo, la Diputación de Girona ha aprobado el Plan de servicios de asistencia en administración electrónica a los entes locales, o la Diputación de Barcelona el Catálogo de servicios 2021-2023 del área de innovación y gobiernos digitales.

<sup>99</sup> Por ejemplo, la Diputación de Teruel requiere que los municipios remitan un certificado del Decreto de Alcaldía por el que se solicita la implantación y puesta en funcionamiento de la plataforma integral para la prestación de los servicios de administración electrónica.

<sup>100</sup> En esta dirección está previsto, por ejemplo, en la “Convocatoria y Bases del Plan de adhesión a la Plataforma de Administración Electrónica de la Diputación Provincial de Castellón, para las Entidades Locales de la Provincia de menos de 20.000 habitantes, OAL y Consorcios adscritos”. Asimismo, en el caso de la Diputación de Barcelona se ha previsto un protocolo específico de la Red de Apoyo al Gobierno Digital (XSGD). Disponible en: <https://www.diba.cat/web/innovacio-digital/xsgd> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>101</sup> En la mayoría de los supuestos nos encontramos ante servicios digitales en la nube (*software as a service*, SaaS), es decir, servicios a los que se accede a través de internet donde residen aplicaciones para la prestación de servicios digitales por los ayuntamientos en vez de estar en sus propios servidores. Este sería el caso, por ejemplo, de los servicios ofrecidos por las diputaciones de Alicante, Badajoz, Barcelona o Granada.

En particular, podemos referirnos a la plataforma SEDIPUALBA, una plataforma de servicios de administración electrónica ofrecida por la Diputación de Albacete. En la actualidad participan en el proyecto diecisiete provincias y dos comunidades autónomas (<https://www.sedipualba.es/entidades-adheridas/>). El uso de las distintas entidades locales y autonómicas en la plataforma requiere la firma previa de un convenio. Asimismo, se prevé el reparto de costes entre las entidades que utilizan la plataforma calculado a través de una fórmula para la repercusión de la amortización de los gastos incurridos en el desarrollo de la plataforma. Véase, al respecto, el modelo de costes de SEDIPUALBA: [https://www.sedipualba.es/actualizacion\\_modelo\\_de\\_costes\\_sedipualba\\_y\\_calculo\\_de\\_aportaciones\\_para\\_2022\\_-\\_sefycu\\_3487796/](https://www.sedipualba.es/actualizacion_modelo_de_costes_sedipualba_y_calculo_de_aportaciones_para_2022_-_sefycu_3487796/) (última consulta: febrero de 2022).

<sup>102</sup> Generalmente, el ayuntamiento se encarga de cargar y actualizar los contenidos en la web, y la diputación del mantenimiento de las aplicaciones.

<sup>103</sup> Así lo ha hecho, por ejemplo, la Diputación de Valencia.



trónico o la notificación electrónica<sup>104</sup>. También facilitan el uso de asistentes virtuales basados en inteligencia artificial para la atención a la ciudadanía<sup>105</sup>.

En tercer lugar, el diseño y mantenimiento de los servicios digitales para la gestión de los servicios municipales. En esta dirección, algunas diputaciones provinciales también ofrecen a los entes locales aplicaciones para la gestión de los servicios públicos locales, por ejemplo, en materia de seguridad pública o de cementerio municipal<sup>106</sup>. Otras ofrecen aplicaciones de gestión municipal, por ejemplo, del padrón o la contabilidad<sup>107</sup>.

Por último, además, de estos servicios, algunas diputaciones también ofrecen servicios para facilitar el ejercicio del derecho a relacionarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos. Al respecto, no podemos desconocer que la brecha digital es una de las principales barreras tanto del desarrollo de la administración digital como del ejercicio de los derechos de la ciudadanía y, en particular, el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos. Esta brecha digital puede manifestarse especialmente en entornos rurales tanto por problemas de acceso a la tecnología como por el perfil sociocultural de sus habitantes. Para dar respuesta a la brecha digital, algunas diputaciones están ofreciendo apoyo a la ciudadanía en el uso de los medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones públicas<sup>108</sup>. En ocasiones este apoyo se ofrece a los entes locales para que sean ellos los que lo faciliten a la ciudadanía<sup>109</sup>. El apoyo a la ciudadanía se canaliza en el caso de algunas diputaciones a través de la creación de telecentros<sup>110</sup>. En otras

<sup>104</sup> Por ejemplo, la Diputación de Girona.

<sup>105</sup> Por ejemplo, la Diputación de Barcelona. Véase, en general, Cerrillo i Martínez (2021a).

<sup>106</sup> La Diputación de Huelva ofrece a los municipios los servicios E-POL o SICEM, que permiten unificar la forma de trabajar en las distintas Jefaturas de Policía a nivel provincial y gestionar el cementerio municipal, respectivamente.

<sup>107</sup> En esta dirección la Diputación de Huelva o la Diputación de Teruel, entre otras, ofrecen una aplicación para la gestión del padrón municipal de habitantes o la contabilidad.

<sup>108</sup> En esta dirección, la Diputación de Barcelona presta apoyo a la ciudadanía a través del teléfono para facilitarles la tramitación electrónica de los procedimientos en relación, entre otros trámites, con la identificación electrónica, la presentación electrónica de solicitudes, la notificación electrónica o la consulta de la carpeta ciudadana.

<sup>109</sup> Nuevamente, podemos traer a colación el servicio prestado por la Diputación de Barcelona que da apoyo económico a los entes locales de hasta 50 000 habitantes, consejos comarcales, mancomunidades y consorcios locales para aproximar la tramitación electrónica a empresas, entidades y otros colectivos obligados.

<sup>110</sup> La Diputación Provincial de Burgos ha creado la red de Telecentros de la Provincia de Burgos para llevar al entorno rural la conectividad a internet y el acceso a los servicios digitales. En el caso de Ciudad Real, la Diputación ha creado los Puntos de Inclusión Digital con las mismas finalidades.

En Andalucía, las ocho diputaciones provinciales junto con la Junta de Andalucía financian la red de centros Guadalinfo gestionada por el Consorcio Fernando de los Ríos. Además de capacitar a las personas, en estos centros se les asesora en materia de administración digital.

ocasiones, las diputaciones facilitan dispositivos en préstamo a las personas en riesgo de exclusión social que no cuenten con ellos<sup>111</sup>.

## 5

### Reflexiones finales: los Gobiernos locales intermedios ante el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

La COVID-19 ha afectado de manera significativa a los Gobiernos locales, que se han apoyado en los medios electrónicos para que los órganos de gobierno y de carácter administrativo hayan podido mantener su actividad, así como la relación con otras Administraciones públicas y con la ciudadanía y las empresas, y dar respuesta inmediata a las necesidades que la crisis sanitaria ha generado.

En el momento de abordar la recuperación económica y social, los Gobiernos locales también deben tener protagonismo<sup>112</sup>.

Para ello, la transformación digital de los Gobiernos locales es relevante. Así se desprende de lo previsto con carácter general en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que señala que las Administraciones públicas han de ser *tractoras de los cambios tecnológicos* necesarios para la transformación de la economía y la sociedad, y así poder dar respuesta a los daños causados por la crisis sanitaria de la COVID-19. En esta dirección, la cuarta palanca del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia lleva por título *Una administración para el siglo XXI* e incluye, entre los tres elementos que la conforman, la digitalización de la Administración pública<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> Por ejemplo, la Diputación de Almería o la Diputación de Granada.

<sup>112</sup> A pesar de ello, no podemos desconocer las pocas referencias a los Gobiernos locales y, en particular, los Gobiernos locales intermedios que contiene el Plan. Al respecto, Galán advierte que, “a pesar de la directa incidencia del PRTR en el nivel local, los gobiernos locales no han participado significativamente en su elaboración y están sorprendentemente ausentes en su contenido”, por lo que sostiene que “los gobiernos locales deben tener una intervención relevante, acorde con sus competencias y, en definitiva, con su peso político, en las políticas públicas de recuperación” (Galán Galán, 2021: 109). En la misma dirección, Velasco observa que “la frecuente exclusión aplicativa de las nuevas normas administrativas respecto de las entidades locales resulta del prejuicio inicial de que las entidades locales no son Administraciones principales para la gestión de los fondos europeos para la ejecución del PRTR” (Velasco Caballero, 2021: 38).

<sup>113</sup> En esta dirección, debe tenerse en cuenta tanto lo que dispone con carácter general el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia relativo a la modernización de las Administraciones públicas como la Agenda España 2025 respecto a la transformación digital del sector público (medida 5), la ciberseguridad (medida 4) o la economía del dato y la inteligencia artificial (medida 9), y el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 (eje 3).

De este modo, el Plan puede ser un catalizador de la transformación digital de los Gobiernos locales<sup>114</sup>.

La transformación digital de los Gobiernos locales es necesaria para poder implementar adecuadamente el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y poder asegurar el impulso, seguimiento y control de los proyectos que lo conforman o que se financien con los fondos asignados al mismo<sup>115</sup>.

Asimismo, la transformación digital de los Gobiernos locales ha de sentar las bases para responder a las necesidades de la ciudadanía y la economía en el territorio para dar respuesta a la crisis sanitaria<sup>116</sup>. En esta dirección, el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 debe servir como *elemento habilitante* para la implementación de las políticas y la prestación de los servicios que conforman el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia con el fin de superar la crisis derivada de la COVID 19 y a su vez incrementar la productividad y el crecimiento, mejorar la cohesión social y territorial y proseguir con la tendencia positiva observada de inexistencia de brecha de género<sup>117</sup>.

No obstante, no todos los Gobiernos locales están en condiciones o disponen de los recursos, las capacidades o las competencias para abordar su transformación digital<sup>118</sup>. Por ello, a la vista del análisis que hemos realizado a lo largo de este trabajo, consideramos que los Gobiernos locales intermedios pueden tener un papel relevante en la transformación digital de las entidades locales para poder dar respuesta a estos retos<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Algunas diputaciones, como las de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, han constituido grupos de trabajo para identificar iniciativas y para prestar servicios a las entidades locales para la gestión de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

A pesar de estas iniciativas no podemos desconocer, como Colás observa, que “los Gobiernos locales intermedios no parecen convocados, al menos en un primer plano, a la gestión de los fondos ‘Next Generation Europe’” (Colás Tenas, 2021: 39).

<sup>115</sup> En esta dirección el artículo 4 Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dispone que “[p]ara la gestión eficaz de los proyectos vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia los órganos responsables adoptarán las siguientes directrices en el marco de sus competencias: (...) f) Promover la transformación digital”. Véase, en general, Alamillo Domingo (2021).

<sup>116</sup> La Agenda España Digital 2025 prevé que los diez ejes de acción están orientados a impulsar un crecimiento más sostenible e inclusivo, impulsado por las sinergias de las transiciones digital y ecológica.

<sup>117</sup> Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025.

<sup>118</sup> Así lo ha advertido también Galán, al recordar que “el ordenamiento jurídico ya ha previsto mecanismos para completar esa carencia, en especial, la atribución de la función de asistencia a los gobiernos locales intermedios” (Galán Galán, 2021: 115). En la misma dirección, Velasco Caballero (2021: 40).

<sup>119</sup> En la misma dirección, Colón de Carvajal Fibla (2022) y Colás Tenas (2021: 50). Al respecto, resulta de interés la iniciativa #DipuPower, que se ha concretado en el Manifiesto técnico en favor de un liderazgo provincial para afrontar la crisis, en el que se reivindica,

Por un lado, a partir del avance que están experimentando los propios Gobiernos locales intermedios en el uso de los medios electrónicos en el desarrollo de su actividad, y en la prestación de los servicios a la ciudadanía y a los municipios, pueden contribuir a dar una mejor respuesta a los problemas generados por la crisis sanitaria. Asimismo, gracias a la transformación del territorio que están impulsando los Gobiernos locales intermedios para convertirlos en territorios inteligentes, a través del uso intensivo e innovador de la tecnología para recopilar y analizar de manera colaborativa los datos, puede también contribuir a afrontar los problemas generados por la crisis sanitaria y, en general, poder responder a los cambiantes retos a los que se enfrenta la sociedad actual, como la despoblación o la brecha digital, y, de este modo, mejorar la calidad de vida de las personas en el territorio, garantizar la sostenibilidad y fortalecer la calidad de los servicios públicos de manera eficiente, resiliente, sostenible y centrada en las personas.

Por otro lado, más allá de ello, los Gobiernos locales intermedios también pueden facilitar la transformación digital de los municipios, especialmente aquellos con menor capacidad económica o de gestión, cooperando con ellos en este proceso, tal y como prevé el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025<sup>120</sup>. De este modo, a través de la cooperación de los Gobiernos locales intermedios, los municipios pueden avanzar en el proceso de digitalización con el que construir un nuevo modelo de municipio basado en el uso intensivo e innovador de los medios electrónicos y las tecnologías disruptivas para la apertura a la ciudadanía, la recopilación y el análisis de datos y la prestación de servicios inclusivos, eficientes, resilientes, sostenibles y centrados en las personas.

Si bien es evidente que cada municipio debe construir su propia transformación digital, los Gobiernos locales intermedios pueden cooperar con ellos, poniendo a su disposición los distintos elementos, recursos y competencias necesarios para que estén en condiciones de configurar su hoja de ruta y avanzar en su implementación<sup>121</sup>.

A todo ello puede contribuir el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que puede ser un factor realmente útil para catalizar este proceso<sup>122</sup>.

---

entre otros extremos, la posición preponderante de las diputaciones como eje vertebrador de cohesión territorial del mundo local y su papel como actor principal en la lucha contra la despoblación rural. Disponible en: <http://dipupower.org/> (última consulta: febrero de 2022).

<sup>120</sup> En particular, la medida 17 del Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 se refiere a la Transformación Digital de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y, en particular, se prevé que se centrará en dar ayuda financiera para la realización de proyectos vinculados con la transformación digital, el gobierno abierto, la implementación del teletrabajo o la innovación en servicios y tecnología.

<sup>121</sup> Véase Cerrillo i Martínez (2021b).

<sup>122</sup> Al respecto cabe tener presente que la inversión 3 del componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia está dirigida a la transformación digital de las

## 6 Bibliografía

- Alamillo Domingo, I. (2021). Capítulo 8. Claves para la digitalización en la gestión de fondos europeos. En C. Campos Acuña (dir.). *La gestión de los Fondos Next Generation. Claves de la revolución administrativa* (pp. 271-292). Madrid: Wolters Kluwer-La Ley.
- Almeida Cerredá, M. y Santiago Iglesias, D. (2021). Las *smart communities*: un instrumento para alcanzar, de forma planificada y concertada, el equilibrio en la distribución espacial de la población. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 56, 14-54.
- Almonacid Lamelas, V. (2014). La administración electrónica y el gobierno abierto en la LRSAL. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 5, 517-528.
- Ararteko. (2021). *Administración digital y relaciones con la ciudadanía. Su aplicación a las administraciones públicas vascas*.
- Barcevičius, E., Cibaitė, G., Codagnone, C., Gineikytė, V., Klimavičiūtė, L., Liva, G., Matulevič, L., Misuraca, G. y Vanini, I. (2019). *Exploring Digital Government transformation in the EU*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Canals Ametller, D. (dir.). (2021). *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los Gobiernos Locales*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer.
- Carbonell Porrás, E. (2021). Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 56, 84-117.
- Casares Marcos, A. (2021). La innovación tecnológica al servicio de la sostenibilidad y eficiencia urbana y territorial. En M. Mora Ruiz (dir.). *Smart cities, innovación social y jurídica o el reto de la transición ecológica* (pp. 85-123). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cerrillo i Martínez, A. (2018). Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 48, 121-149.
- (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.

---

Administraciones públicas, y tiene prevista una financiación que asciende a 1000 millones de euros para el periodo 2021-2023. Véase, al respecto, la Orden TER/1204/2021, de 3 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2021, de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las Administraciones de las Entidades Locales, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

- (2020a). La ciudad inteligente al servicio de las personas. *Práctica Urbanística*, 164.
- (2020b). Los servicios de la ciudad inteligente. En C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho (coords.). *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*. Madrid: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo – Instituto Nacional de Administración Pública.
- (2021a). Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas. *Revista Galega de Administración Pública*, 61, 5-42. Disponible en: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>.
- (coord.). (2021b). *La transformación digital de la Administración local*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- (dir.). (2021c). *Guia per a la personalització dels serveis públics a través de la intel·ligència artificial*. Disponible en: [http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col\\_leccio\\_estudis\\_de\\_recerca\\_digital/19\\_Guia\\_personalitzacio\\_servei\\_public/Estudis-Recerca\\_19\\_DEF.pdf](http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_estudis_de_recerca_digital/19_Guia_personalitzacio_servei_public/Estudis-Recerca_19_DEF.pdf).

Colás Tenas, J. (2021). Los Gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 55, 37-51.

Colón de Carvajal Fibla, B. (2022). El papel de las Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares para abanderar la transformación de toda la Provincia. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1.

Descalzo González, A. (2017). Contribución de la instancia provincial al buen gobierno de la Administración local. En L. Parejo Alfonso (dir.). *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 247-276). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M.<sup>a</sup> (2020). *El derecho al acceso a la información pública en España* (2.<sup>a</sup> ed.). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.

Galán Galán, A. (2021). Los Gobiernos locales ante el reto de los fondos europeos de recuperación. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63.

González Bustos, M.<sup>a</sup> Á. (2018). El principio de cooperación y su reflejo en la normativa básica local: especial incidencia en la cooperación superior de las diputaciones provinciales. En L. Mellado Ruiz y Á. Fornieles Gil (coords.). *Gestión cooperativa en el ámbito local* (pp. 51-86). Valencia: Tirant lo Blanch.

Guichot, E. (2019). Nuevos retos de la transparencia. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 49, 12-31.

- Jiménez, S. (2019). *Transformación digital para Administraciones Públicas: Crear valor para la ciudadanía del siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Martín Delgado, I. y Moreno Molina, J. A. (dirs.). (2020). *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: Iustel.
- McKinsey Center for Government. (2018). *Smart cities: digital solutions for a more livable future*.
- Merino Estrada, V. (2017). Las competencias de la provincia como entidad local. En L. Parejo Alfonso (dir.). *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 413-446). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Misuraca, G. (ed.). (2020). *Assessing the impacts of digital government transformation in the EU – Conceptual framework and empirical case studies*.
- Mora Ruiz, M. (2021). La ordenación futura de las ciudades como cauce de innovación jurídico-social: ¿hacia las ciudades inteligentes? En M. Mora Ruiz (dir.). *Smart cities, innovación social y jurídica o el reto de la transición ecológica* (pp. 291-331). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramió, C. (2019). *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Catarata.
- (coord.). (2021). *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Santiago Iglesias, D. (2020). El papel de la provincia en España en la garantía del acceso a servicios e infraestructuras en zonas rurales despobladas. *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, 2.
- (2021). Smart communities: La planificación inteligente como posible instrumento de lucha contra la despoblación. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.). *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 193-226). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Valero Torrijos, J. y Cerdá Meseguer, J. I. (2020). Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 103-126.
- Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 16, 33-52.

# El régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones locales

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Alcalá*

1. Antecedentes y perspectivas del teletrabajo en el sector público
2. Definición, finalidades y naturaleza jurídica del teletrabajo
3. Ámbito de aplicación
4. La compatibilidad con el trabajo presencial
5. La autorización de teletrabajo
6. Condiciones de ejercicio del teletrabajo
7. Derechos y deberes
8. Seguimiento y evaluación
9. Bibliografía

## Resumen

Una de las consecuencias de las medidas adoptadas para combatir la epidemia de COVID-19 ha sido la difusión del teletrabajo, tanto en la empresa privada como en las Administraciones públicas, debido a las restricciones de movilidad. Esta modalidad de desempeño de las funciones públicas no es, sin embargo, novedosa, ya que había empezado a regularse en nuestro país desde hace más de una década, pues está vinculada a la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito público. Ahora el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público la regula en sus aspectos esenciales. Esta legislación básica es complementada por un conjunto de normas o de acuerdos con los sindicatos aprobados por las comunidades autónomas y otras Administraciones públicas, entre ellas muchas entidades locales. En este trabajo se resume el régimen jurídico en vigor, teniendo en cuenta sobre todo los elementos comunes de toda esa normativa.

*Artículo recibido el 28/02/2022; aceptado el 20/03/2022.*



Palabras clave: *teletrabajo; empleo público; Administraciones locales.*

## **The legal framework of teleworking in local governments**

### **Abstract**

*The spread of teleworking, both in private companies and in the public administration, is one of the consequences of the struggle against the COVID-19 pandemic. However, teleworking is not really a new mode of carrying out public services. It was already a decade ago when teleworking was initially regulated in Spain and, since then, it is linked to the development of digital technologies in public administrations. In 2020 new basic state legislation on teleworking was passed for civil servants. This legislation was developed by regional and local regulations and agreements. This article presents a summary of the current legal framework on the matter.*

*Keywords:* teleworking; public employment; local governments.

### **1**

## **Antecedentes y perspectivas del teletrabajo en el sector público**

La modalidad de desempeño de las funciones públicas mediante fórmulas de teletrabajo o trabajo a distancia no es algo totalmente nuevo. En realidad, desde siempre ha habido algunos grupos de funcionarios públicos habituados a compaginar el trabajo en la sede oficial de su puesto de trabajo con la realización de una parte de sus tareas en sus domicilios o lugares de trabajo privados, especialmente tratándose de actividades de estudio o de redacción de informes, propuestas, proyectos y otros escritos. Es el caso de muchos docentes universitarios, de bastantes miembros de la magistratura y de otros funcionarios de nivel superior. También ha habido casos en el ámbito de las entidades locales. Pero eran supuestos excepcionales. La difusión reciente del trabajo a distancia entre el conjunto de los empleados públicos está, en cambio, relacionada con la implantación progresiva de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que facilitan el acceso a múltiples datos, publicaciones y documentos por vía telemática, así como la conexión entre los propios empleados, sus superiores y sus subordinados, y en ocasiones con los usuarios o destinatarios de los servicios, sea por correo electrónico, por audio o por videoconferencia. A medida que ha avanzado la digitalización de

las Administraciones públicas, la posibilidad y el interés en trabajar a distancia se han venido incrementando.

Como suele suceder en el marco de la burocracia pública, toda nueva situación aboca a una nueva regulación. Así, desde hace más de una década algunas Administraciones empezaron a aprobar normas sobre el teletrabajo de sus empleados. Primero como experiencias piloto; por ejemplo, la Administración General del Estado lo hizo mediante la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio. Más tarde algunos Gobiernos o Administraciones habían adoptado ya una normativa general al respecto o bien reglas sectoriales para algunos servicios o áreas del empleo público.

Por enumerar, sin pretensiones de exhaustividad, algunas de esas primeras reglamentaciones generales, mencionaremos el Decreto del Gobierno Vasco 92/2012, de 29 de mayo, que aprueba el Acuerdo con los sindicatos sobre teletrabajo en la Administración General de Euskadi y sus organismos autónomos; el Decreto 36/2013, de 28 de junio, del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares; el Decreto 57/2013, de 12 de agosto, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; el Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, del Gobierno de La Rioja; la Orden de 20 de diciembre de 2013, de la Vicepresidencia y Consejerías de Administraciones Públicas y de Hacienda de la Xunta de Galicia; el Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana; o el Decreto 16/2018, de 7 de junio, de la Junta de Castilla y León. Todas estas normas tienen un contenido similar y se aplicaban a los empleados de las respectivas Administraciones generales autonómicas, con algunas señaladas excepciones, pero no a los empleados de las entidades locales del respectivo territorio.

También algunas Administraciones locales empezaron a introducir modalidades de trabajo, aunque fuera a título experimental y en virtud normalmente de acuerdos con los sindicatos. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid, conforme al Acuerdo de 27 de diciembre de 2018.

No obstante, fue el confinamiento domiciliario de la mayor parte de la población bajo el estado de alarma decretado en marzo de 2020 a causa de la pandemia de COVID-19, y las posteriores restricciones a la movilidad establecidas por la misma causa, lo que impulsó de manera exponencial la práctica del teletrabajo o trabajo a distancia, tanto en el sector privado como en el ámbito de las Administraciones y demás entidades del sector público. A partir de entonces se difundieron esos hábitos de trabajo, hasta entonces muy poco desarrollados en nuestro suelo. Y, con toda probabilidad, esos hábitos permanecerán una vez superada totalmente la situación de emergencia sanitaria, en mayor o menor medida.

El legislador estatal sintió por ello la necesidad de abordar este fenómeno no solo de manera provisional, sino permanente. Por lo que se refiere al

empleo público, que es lo que aquí interesa, lo hizo mediante el Real Decreto 29/2020, de 29 de septiembre, que añadió un artículo 47 bis al Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo contenido fue acordado en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, previo impulso de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, con la participación de una representación de la Federación Española de Municipios y Provincias. A partir de ahí e incluso en paralelo se han aprobado una buen número de reglamentaciones o acuerdos para el desarrollo del teletrabajo en muy distintas Administraciones públicas o para ámbitos sectoriales de las mismas; regulaciones estas que coinciden en lo esencial, aunque difieren en muchos aspectos de detalle.

Así ha sucedido en las comunidades autónomas, empezando por el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Gobierno de la Comunidad de Madrid, o la Orden de 14 de diciembre de 2020 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Xunta de Galicia, que publica un nuevo Acuerdo sobre la materia, sustitutivo del ya mencionado de 2013. Además, en los boletines oficiales pueden encontrarse también los reglamentos o acuerdos aprobados por numerosos ayuntamientos y entidades locales. Podemos citar, como ejemplo, el Acuerdo de criterios para la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del Ayuntamiento de Madrid de 2020, los decretos de 14 de marzo y 24 de abril de 2020 de la Alcaldía de Barcelona, complementados por sucesivas instrucciones de la gerente municipal, la última de 4 de febrero de 2022, el Protocolo de teletrabajo acordado en el Ayuntamiento de Valencia y aprobado por Decreto de la Alcaldía de 5 de octubre de 2020, o el extenso artículo 51 añadido al Acuerdo regulador de las condiciones de empleo del personal funcionario del Ayuntamiento de Bilbao<sup>1</sup>.

Como es natural, no podemos dar cuenta en este trabajo de toda esa normativa, tan extensa. Pero tampoco basta con analizar el nuevo artículo 47 bis del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que es muy escueto y está redactado en términos muy generales, como otros muchos preceptos del propio Estatuto. Su mera exposición e interpretación no bastaría para dar cuenta, ni cabal ni siquiera aproximada, de cómo está regulado el teletrabajo en nuestras Administraciones públicas, en particular las locales. Es más, no se trata de un precepto autoaplicativo, por así decir, ya que el mismo dispone que el teletrabajo se realizará en los términos de las normas que se dicten en su desarrollo,

---

<sup>1</sup> Ante la imposibilidad material de analizar los cientos de regulaciones en materia de teletrabajo que a buen seguro se han aprobado o acordado en otras tantas entidades locales, ceñiremos nuestras explicaciones ejemplificativas a las reglas existentes en esos ayuntamientos de algunas de las más grandes ciudades españolas.

de manera que su aplicación efectiva depende de la aprobación de estas otras normas, más concretas. Por consiguiente, tomamos también en consideración el contenido de las normas generales en vigor aprobadas por algunas comunidades autónomas, para sus Administraciones o servicios generales, y el de los reglamentos o acuerdos aprobados por algunos ayuntamientos. Por fortuna, como se ha dicho, pero no por casualidad, dichas normas se asemejan bastante, lo que facilita nuestra tarea; dicho sea al margen de las diferencias de detalle, en las que no entraremos, salvo excepción.

## 2

### Definición, finalidades y naturaleza jurídica del teletrabajo

Conforme al art. 47 bis.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, se considera teletrabajo “aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación”.

Teletrabajo no es, pues, en esta acepción legal cualquier trabajo “a distancia” o que se lleve a cabo fuera de las dependencias de la Administración, algo que, por otra parte, es consustancial a la realización de algunas tareas de servicio público (piénsese en las de vigilancia de la seguridad ciudadana, investigación de delitos o infracciones, actividades de bomberos o protección civil, etc.), sino tan solo aquella prestación de servicios propia de un puesto de trabajo que se realiza en lugar ajeno a esas dependencias, pero mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación. Es, en definitiva, el tipo de trabajo que se puede realizar y normalmente se realiza (o se ha venido realizando habitualmente) en aquella dependencia pública que es la sede del puesto de trabajo, pero que pasa a realizarse a distancia en otro lugar, porque lo permite el uso de dichas tecnologías. Lo característico de esta modalidad es que, en virtud de ese uso, el trabajo del empleado público puede y viene a realizarse como si estuviera en la sede administrativa donde se ubica su puesto de trabajo.

Por lo demás, no es necesariamente un trabajo que se ejecuta en el domicilio del empleado público. Esto puede ser lo más frecuente y lo que permite en la mayoría de los casos conciliar mejor la vida laboral y personal. Pero no es imprescindible. El teletrabajo puede realizarse en cualquier otro lugar, incluso alejado de la sede de la Administración para la que el empleado presta servicio o –por qué no– en el extranjero; o bien en lugares diferentes en cada

momento, siempre que sean compatibles con los deberes y obligaciones del empleado que accede a esta modalidad. Hay que tener en cuenta, al efecto, que en la mayoría de los casos el empleado que teletrabaja debe realizar una parte de sus funciones de manera presencial, y que, en algunos casos, puede ser convocado de urgencia para ello. Por otra parte, como se dirá, el lugar de trabajo a distancia debe reunir algunas condiciones, tanto desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales como de la garantía de conexión a las redes informáticas, que permitan llevarlo a cabo con seguridad y de manera efectiva y sin interrupciones. Pero, salvadas estas exigencias, no puede la Administración imponer al empleado un lugar determinado desde donde teletrabajar, salvo que así se contemple en la correspondiente autorización por causas justificadas. Más allá de eso prima la libertad del interesado para decidir desde dónde realizar ese trabajo a distancia.

La implantación del teletrabajo en las Administraciones públicas responde, por otra parte, a determinados objetivos, que deben tenerse en cuenta al aplicar la regulación correspondiente. Ya hemos visto cómo, en casos de crisis, es una fórmula útil y a veces necesaria para solventar los problemas o restricciones a la movilidad y los que puede causar la concentración de personas en las oficinas y demás dependencias de la Administración. Pero más allá de eso, pensando en períodos de normalidad, se trata de una modalidad de trabajo que implica o debe conllevar una mayor flexibilidad en el desempeño de las funciones públicas. Esa flexibilidad puede a su vez conllevar ventajas desde el punto de vista de la eficacia administrativa y los resultados del trabajo personal, a condición de que esté bien organizada y, en su caso, supervisada. En este sentido se vincula o al menos debería vincularse al modelo de prestación o dirección por objetivos. A esto último se refiere expresamente el artículo 47 bis.2 del Estatuto Básico cuando señala que el teletrabajo “deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento”. Además contribuye a implementar la digitalización en el funcionamiento de las Administraciones públicas, con todas sus consecuencias positivas, lo que a su vez es una condición para la implantación del sistema de teletrabajo y su difusión, como se dirá.

Por otra parte, el teletrabajo genera o puede generar ciertas externalidades favorables, en particular facilitar la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, sobre todo en el caso de personas con mayores cargas familiares o con dificultades especiales de movilidad, o bien que precisen de un ámbito reservado de protección, como las empleadas objeto de violencia de género. Asimismo una amplia difusión del teletrabajo reduce sensiblemente los desplazamientos por razones de trabajo, lo que puede repercutir positivamente en los niveles de contaminación y en la mejora del medio ambiente.

Inclusive puede ser una fórmula que permita o facilite el trabajo de algunos empleados con problemas de salud<sup>2</sup>.

Dicho lo cual, el teletrabajo es una modalidad que no se concibe ya como excepcional o extraordinaria, sino estructural y que ha ido ganando cada vez mayor aceptación. Pero el artículo 47 bis del Estatuto Básico del Empleado Público se preocupa de precisar que el teletrabajo en las Administraciones públicas tiene en todo caso carácter voluntario y que puede desarrollarse “siempre que las necesidades del servicio lo permitan”. Conviene detenerse en estos matices, sobre todo porque desde algunas esferas, particularmente sindicales, se proclama que tiene la naturaleza jurídica de un derecho de los empleados públicos.

Lo cierto es que la legislación básica, así como las normas autonómicas anteriores o posteriores que la complementan, no reconocen un derecho individual o subjetivo del empleado público al teletrabajo, algo que tampoco deben ni pueden reconocer las regulaciones o acuerdos en el ámbito local. Por una parte, esta modalidad solo puede implantarse cuando las necesidades del servicio público lo permitan, condición esta que corresponde valorar y determinar a la Administración competente en cada caso. Incluso una vez implantada o regulada la misma en un determinado ámbito o área de la Administración o para determinados grupos de empleados o puestos de trabajo, la legislación vigente no atribuye sin más a cada empleado interesado el derecho a acceder al teletrabajo. Por el contrario, eso es algo que debe ser solicitado a la Administración y, como se dirá, debe ser autorizado por esta, en función no solo del cumplimiento de ciertos requisitos, sino también de las necesidades del servicio. En fin, para el caso de que el teletrabajo se haya establecido y se haya autorizado a un empleado, el artículo 47 bis del Estatuto Básico prevé que tiene carácter reversible, a cuyo efecto deberán tenerse en cuenta también, como veremos, las necesidades del servicio.

No hay, por tanto, en la legislación vigente un derecho de los empleados públicos al teletrabajo. Ahora bien, como es natural, la Administración no puede rechazar sin más una solicitud individual de acceso al teletrabajo, allí donde esté permitido, sino que tendrá que resolver sobre esa solicitud de acuerdo con la normativa aplicable y, si se rechaza, habrá de hacerlo de manera motivada, de

---

<sup>2</sup> Esta última finalidad, no tan habitual, se contempla por ejemplo en el Protocolo del Ayuntamiento de Valencia de 5 de octubre de 2020, ya mencionado en el texto. En el Acuerdo del Ayuntamiento de Madrid se prevé expresamente que se pueda requerir el pase a teletrabajo no solo en caso de confinamiento o distanciamiento social obligatorio por razones de salud, sino también cuando se active el protocolo anticontaminación de la ciudad de Madrid o una alerta meteorológica por circunstancias adversas (como sucedió en el caso de la tempestad de nieve “Filomena”).

conformidad con el artículo 35.1 *a)* e *i)* de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común. Los empleados públicos tienen derecho a solicitar la modalidad de teletrabajo en los ámbitos en que esté establecida y a obtener una respuesta motivada y fundada en derecho a esa solicitud, pero no a que se autorice en todo caso su acceso al teletrabajo, ya que no se trata de una decisión reglada. Así debe aplicarse también en el ámbito de las entidades locales, conforme a la legislación básica que las vincula, de manera que cualquier norma, acuerdo o protocolo que establezca lo contrario resulta de dudosa legalidad.

Lo que sí está claro es que, en términos generales, tampoco la Administración puede imponer a sus empleados la modalidad de teletrabajo, en todo o en parte, ya que esta tiene carácter voluntario. Tampoco puede obligar a un empleado a mantener ese régimen de prestación, ya que el teletrabajo es en todo caso reversible. Sin embargo, el propio artículo 47 bis del Estatuto Básico añade que la voluntariedad se entiende “salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados”. Sin duda se ha tenido en cuenta para incluir este inciso la situación de crisis sanitaria, que obligó a reducir drásticamente la movilidad y justificó la imposición de fórmulas de teletrabajo desde marzo de 2020 y en otros momentos posteriores. Pero pueden darse en el futuro otras circunstancias que también lo justifiquen, como, por ejemplo, nuevas restricciones a la movilidad general debido a un alto índice de contaminación o a una catástrofe natural, o bien la realización de obras que inhabiliten temporalmente una sede administrativa o impidan el acceso a ella, etc.<sup>3</sup>.

En suma, hay casos en que el teletrabajo puede ser una modalidad obligatoria. Pero por lo común es una forma de organización de la actividad administrativa que la Administración tiene la potestad de implantar y de regular de acuerdo con las necesidades de los servicios públicos, aunque no se puede imponer personalmente a cada empleado, sino autorizarla tan solo a quienes lo soliciten.

### 3

### Ámbito de aplicación

Como ya se ha dicho, la normativa sobre teletrabajo se va multiplicando y afecta cada vez a más Administraciones y áreas de los servicios públicos. Pero es obvio que no todas las funciones o actividades públicas se pueden

---

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, el art. 14 del Decreto 79/2020 de la Comunidad de Madrid, que enumera las situaciones excepcionales o extraordinarias en que cabe exigir el teletrabajo y establece los requisitos para declararlo.

ejercer a distancia ni todos los empleados públicos pueden acogerse a esa forma de trabajo. Hay por ello una serie de límites y excepciones, tanto subjetivas como objetivas.

Dichos límites y excepciones no se contemplan en el Estatuto Básico del Empleado Público. Su artículo 47 bis.5 precisa tan solo que la regulación que contiene ese artículo se aplica también al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, que se regirá en la materia no solo por el Estatuto, sino también por sus normas de desarrollo. En consecuencia, el ámbito de aplicación de ese artículo 47 bis es el del propio Estatuto Básico, que se establece en su artículo 2, el cual, por cierto, no incluye al personal de las entidades del sector público estatal autonómico y local con personalidad jurídica de derecho privado, tales como sociedades mercantiles o fundaciones, que han de aplicar la legislación laboral al respecto. Las reglamentaciones autonómicas en vigor no diferencian tampoco entre personal funcionario y laboral a efectos de su aplicación. En el ámbito local, sin embargo, a veces se aplican acuerdos o convenios diferentes al personal funcionario y al laboral.

Pero hay algunos límites que sí se encuentran en la legislación de desarrollo, que ya sabemos que es extensa y variada. Si nos atenemos a la legislación autonómica y a las normas y acuerdos municipales que antes hemos mencionado, puede verse que no se aplica, por lo común, a grupos de empleados públicos tales como los docentes, personal sanitario, el de los Cuerpos de Policía y de Protección Civil y, según algunas de esas normas, tampoco a otros colectivos como los agentes rurales, ciertos cuerpos de inspección, personal de actividades asistenciales o de servicios sociales. Pero esto no significa que ningún empleado de estos grupos pueda acceder al teletrabajo. En algunos casos la realización de sus funciones requiere la presencialidad, por su propia naturaleza, o al menos es altamente conveniente. No obstante, pueden existir reglas especiales para algunos servicios.

Por el contrario, no todos los puestos de trabajo en el resto de las áreas son susceptibles de desempeño mediante formas de teletrabajo. Con unos u otros matices todas las normas y acuerdos aprobados coinciden en excluir la posibilidad de ejercicio a distancia de los puestos de trabajo que requieren de una atención directa al público de manera continuada, incluidos los de las oficinas de registro, más los puestos de dirección, coordinación y supervisión de equipos y las secretarías de cargos superiores y directivos. Algunas normas extienden la excepción, de manera más genérica, a los puestos que precisen del acceso o del uso frecuente de información no automatizada. Y en ciertos casos se opta, en sentido contrario, por enunciar el tipo de tareas y funciones que pueden desempeñarse de manera no presencial, o por indicar las que preferentemente o de manera orientativa son susceptibles de esta modalidad



de trabajo. La normativa local es muy variada al respecto<sup>4</sup>. Hay acuerdos o convenios que simplemente remiten a actos de aplicación la determinación de los puestos y funciones en que se puede trabajar a distancia o no.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que a un determinado puesto de trabajo pueden corresponder una pluralidad de funciones, susceptibles de diferentes modos. Ello no debería ser un obstáculo para permitir el teletrabajo, siempre que el tiempo que haya que dedicar a unas y otras tareas pueda separarse o diferenciarse por días o, al menos, por franjas horarias. En cualquier caso son aspectos que deben examinarse en cada caso por el órgano competente para autorizar esa modalidad de desempeño del puesto.

#### 4

### La compatibilidad con el trabajo presencial

Esa última consideración nos lleva a plantear también la relación que, según las normas vigentes, ha de existir entre trabajo presencial y teletrabajo. El artículo 47 bis del Estatuto Básico se limita a indicar, de manera muy genérica, que el teletrabajo “será compatible con la modalidad presencial”. Esto puede significar varias cosas, para lo que es necesario examinar también la legislación y los acuerdos de desarrollo.

Ya se ha dicho que no cabe contemplar hoy el teletrabajo como un supuesto de excepción, y lo previsible es que tienda a difundirse más en el futuro. Pero la citada disposición legal parece advertir contra una generalización de esta modalidad. El teletrabajo, según ella, no puede ser una alternativa general, sino más bien un complemento del trabajo presencial. Todavía alguna norma o acuerdo sigue calificando expresamente este último como la forma ordinaria de prestación de los servicios. Aunque en otras ya no se considera así, lo que la legislación básica quiere expresar es que las diferentes Administraciones públicas deben siempre asegurar que una parte del trabajo se realiza en la sede de los órganos, centros de trabajo o puestos correspondientes. Ello es tanto más necesario en los casos en que se requiere la atención al público o la comunicación del público con los funcionarios o empleados de que se trate, ya que no todos los ciudadanos tienen la posibilidad de comunicarse por medios telemáticos. Pero no solo eso. También es importante que cada empleado se integre y se considere integrado en la organización, lo que normalmente supone un contacto personal y directo con los superiores, compa-

---

<sup>4</sup> Un buen ejemplo se encuentra en el art. 51 del Acuerdo regulador de las condiciones de empleo en el Ayuntamiento de Bilbao.

ñeros y subordinados, que no es igual si tiene lugar en presencia o a través de audio o videoconferencia. Así, por ejemplo, el Acuerdo sobre teletrabajo en el Ayuntamiento de Madrid de 2020 indica que la organización del trabajo garantizará en todo caso “un mínimo de presencialidad”, “con el fin de favorecer el vínculo de los empleados públicos con la organización y el trabajo en equipo”.

Algunas normas reguladoras del teletrabajo se preocupan por ello de garantizar un porcentaje mínimo de empleados trabajando de manera presencial en todo momento. Por ejemplo, el artículo 5.4 del Acuerdo aprobado por la Orden de la Xunta de Galicia de 14 de diciembre de 2020 establece que, como regla general, cada órgano o centro debe contar con una presencia diaria mínima del 40 por ciento de sus efectivos, a cuyo efecto deben acordarse rotaciones para todo el personal que desee trabajar a distancia. Pero esta regla puede ser objeto de excepción en el caso de órganos con escasa dotación de personal, en los que lo que haya que asegurar sea simplemente que las necesidades del servicio no se vean afectadas. Por su parte, el Decreto 82/2016 de la Generalitat Valenciana exige que al menos se halle siempre trabajando de manera presencial el 20 por ciento de los efectivos, excepción hecha de las ausencias justificadas, y que al menos un día a la semana toda la plantilla coincida en las dependencias de su sede. Entendemos que establecer ese tipo de porcentajes mínimos de presencialidad es una medida demasiado rígida y quizá en muchos casos muy poco operativa. Lo esencial es que por las autoridades o gestores competentes se examine caso por caso, y en cada momento, el número y tipo de empleados que deben trabajar en la sede del órgano o centro para cubrir de manera efectiva esas necesidades de los servicios.

De otra parte, la compatibilidad con el trabajo presencial ha sido entendida por las normas de desarrollo que hemos examinado, anteriores y posteriores a la introducción del artículo 47 bis del Estatuto Básico, como una condición aplicable de manera singular a cada empleado que opta por el teletrabajo o es susceptible de hacerlo. Por un lado, dicha legislación impone límites temporales a las autorizaciones personales de teletrabajo, ya sea de un año o varios, en su caso prorrogable, o un plazo menor como señala expresamente alguna de ellas<sup>5</sup>, para evitar el desarraigo del empleado público autorizado. Y, por otro, lo normal es que solo se permita trabajar a distancia un número máximo de días a la semana, entre dos y tres según la legislación y los acuer-

<sup>5</sup> Art. 8.1 del Decreto 92/2012 del Gobierno Vasco. Con el límite temporal de la autorización, muy estricto en esta norma y como regla de seis meses, se pretende evitar no solo el desarraigo, sino también, como se dice en ella expresamente, “un cambio de hábitos y rutinas de tal magnitud que la vuelta a la modalidad presencial pueda causar algún perjuicio a la persona empleada”.

dos aplicables, y nunca una semana completa<sup>6</sup>. Claro está que estas son reglas para una situación de normalidad y no para casos como los de confinamiento habitual por razones de salud, en los que circunstancias excepcionales pueden obligar o aconsejar permanecer alejados de las oficinas públicas durante semanas enteras.

También determinan algunas normas de desarrollo si es posible o no fraccionar una misma jornada de trabajo entre una parte presencial y otra a distancia. En la mayoría de los casos se deniega expresamente tal posibilidad, pero en algún caso se admite de manera excepcional<sup>7</sup>.

En definitiva la compatibilidad entre el trabajo presencial y el teletrabajo debe organizarse y establecerse en cada caso, sobre la idea de que, salvo excepción justificada, siempre debe haber una parte del personal trabajando *in situ*, en las oficinas o centros públicos, y de que todo empleado público debe realizar de manera presencial una parte de su trabajo, mayor o menor, asimismo salvo excepción justificada. Pero, dado lo genérica que es la legislación básica, tales exigencias pueden traducirse y aplicarse de muy distintas maneras.

## 5

### La autorización de teletrabajo

Puesto que el acceso al teletrabajo es voluntario, pero está sujeto a las necesidades del servicio, la legislación básica y la que concreta su régimen jurídico lo condicionan a la obtención de una autorización, que se otorga a solicitud de los interesados. La legislación de desarrollo y los acuerdos con los sindicatos regulan además, con mayor o menor detalle, el régimen de tales autorizaciones: requisitos, procedimiento, competencia para resolver, términos y límites, duración, suspensión, modificación y causas de extinción, etc.

<sup>6</sup> En el ámbito local algunos acuerdos son más generosos en tal sentido. Por ejemplo, el Protocolo negociado en el Ayuntamiento de Valencia requiere para los supuestos ordinarios de teletrabajo solo un día de trabajo presencial a la semana, como regla general, aunque las autorizaciones deben optar en cada caso entre dos o cuatro días de trabajo a distancia. El Acuerdo aplicable en el Ayuntamiento de Madrid establece “orientativamente” tres días de trabajo no presencial a la semana. La misma proporción se dispone como regla general en el Ayuntamiento de Barcelona por la Instrucción de la Gerente de 4 de febrero de 2022, y en el de Bilbao, según el art. 51 del Acuerdo regulador de las condiciones laborales.

<sup>7</sup> Art. 21.2 del Decreto 79/2020 de la Comunidad de Madrid, que como regla general prohíbe el fraccionamiento de la jornada, pero lo admite por excepción en atención a las peculiaridades de las funciones asignadas a ciertos puestos de trabajo o por necesidades especiales de conciliación, o bien en el caso de los empleados que se encuentren sujetos a la prestación de servicio algunas tardes de la semana.

Alguna reglamentación prevé que la asignación de teletrabajo pueda acordarse también mediante un procedimiento iniciado de oficio, de manera que sea la Administración la que tome la iniciativa de organizar y distribuir esa modalidad de desempeño de las funciones públicas en cada órgano, centro o dependencia. Pero en tales casos, la decisión final requiere del consentimiento de cualquier empleado afectado, ya que de lo contrario sería incompatible con el carácter voluntario que tiene el régimen de teletrabajo, según la legislación básica. Recordemos, no obstante, que en supuestos excepcionales debidamente justificados cabe también imponerlo obligatoriamente.

Por lo que se refiere a la autorización, las normas que hoy complementan el Estatuto Básico suelen exigir expresamente que quienes la soliciten sean empleados que se encuentren en situación de servicio activo, aunque algunas de ellas también aceptan que lo hagan quienes se hallan en una situación distinta, con reserva de puesto de trabajo (por ejemplo, en servicios especiales o en algunos tipos de excedencia y suspensión de funciones). En todo caso, la asunción del teletrabajo supone y requiere volver al servicio activo, por lo que en realidad lo que se quiere decir es que se puede conceder a quienes regresen a dicha situación y, naturalmente, desde que regresen. Lo que ocurre es que la posibilidad de trabajar a distancia quizá anime a algunos funcionarios en servicios especiales o en excedencia con reserva de puesto a reincorporarse a su puesto de trabajo originario. Quizá sea esta la razón por la que se añade a veces la posibilidad de que soliciten la autorización aun no estando en servicio activo<sup>8</sup>.

Un segundo requisito habitual es que quienes soliciten el teletrabajo dispongan de los conocimientos suficientes para utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones, que les permitan atender de manera efectiva y eficaz sus funciones. Ahora bien, las diferentes normas aplicables introducen unas u otras especificaciones al efecto. Las hay que se limitan a requerir ese tipo de conocimientos informáticos, que lógicamente deberían ser contrastados o verificados en cada caso. Otras exigen además un período mínimo de servicio en el puesto de trabajo, de forma presencial, durante el que pueden evaluarse las competencias y habilidades del solicitante en el manejo de dichas tecnologías. Algunas normas imponen un período de formación previo en la materia y, en su caso, ordenan a la Administración la organización de las correspondientes actividades formativas, o bien prevén la realización de una

---

<sup>8</sup> De hecho, el Acuerdo de Teletrabajo del Ayuntamiento de Madrid permite que se pueda solicitar el reingreso al servicio activo por quien tenga reserva del puesto de trabajo condicionado a la autorización de teletrabajo. En tal caso y si se concede la autorización habrá de solicitarse el reingreso al servicio activo.

prueba previa<sup>9</sup>. Poco a poco se va imponiendo en las distintas Administraciones, incluida la del Estado a través del INAP, la verificación o certificación de las “competencias digitales” de sus empleados. En cualquier caso, es claro que no se puede conceder la autorización para teletrabajar a quien no tenga la capacidad profesional o técnica suficiente para utilizar las herramientas informáticas necesarias. Pero hoy en día eso es cada vez menos un problema.

Un tercer requisito es que el lugar desde donde va a realizarse el teletrabajo cuente con una conexión segura a las redes telemáticas. En ocasiones se precisa que esa conexión sea de banda ancha o que reúna determinadas características técnicas para garantizar la continuidad del servicio, sin interrupciones. La Administración competente puede exigir, sin duda, las especificaciones técnicas que considere necesarias. Cosa distinta es quién debe abonar el coste de operación de tales conexiones y, en su caso, el de instalación y mantenimiento. Pero esta última cuestión enlaza con el deber de la Administración de proporcionar a sus empleados los medios tecnológicos necesarios para desarrollar su actividad, del que hablaremos más adelante.

En fin, es igualmente usual que las normas aplicables precisen que el lugar desde donde se va a trabajar a distancia cumpla los requisitos de seguridad, salubridad e higiene impuestos por la legislación de prevención de riesgos laborales. Es una exigencia lógica, pero no siempre fácil de comprobar, pues en muchos casos dicho lugar será un domicilio personal o familiar, al que no se puede acceder sin consentimiento del interesado o autorización judicial. Las Administraciones competentes deberían imponer en tal sentido, como algunas normas exigen, la presentación de una declaración responsable o un cuestionario con la comunicación de algunos datos del lugar, sin perjuicio de llevar a cabo, en caso de duda, las pruebas o inspecciones consentidas necesarias para otorgar o mantener la autorización de teletrabajo<sup>10</sup>.

Obviamente, solo pueden obtener permiso para esta modalidad de trabajo los empleados públicos a los que se aplican las normas de que se trate y que ejerzan funciones o tareas que, conforme a dichas normas, admitan ese tipo de prestación. Pero no todos los que reúnan este y los demás requisitos señalados tienen derecho a obtener la autorización, ya que, como se ha dicho, la Administración puede disponer también que algunos de los empleados del órgano o centro deban trabajar de manera presencial, por necesidades

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el mencionado art. 51 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Bilbao.

<sup>10</sup> De manera expresa, el art. 9 del Decreto 82/2016 de la Generalitat Valenciana prevé una posible inspección previa del domicilio, con carácter voluntario, para comprobar que se cumplen las condiciones señaladas por el empleado en el cuestionario sobre salud laboral que debe presentar.

del servicio. En tales casos, y sin perjuicio de la posibilidad de rotación a la que alude alguna regulación autonómica y local<sup>11</sup>, es necesario determinar quiénes pueden acceder al teletrabajo y quiénes no. Sobre el particular las normas aplicables suelen establecer criterios de preferencia, a veces minuciosamente definidos<sup>12</sup> y, en ocasiones, ponderados en función de un baremo incluido en un artículo o un anexo a la regulación correspondiente, que suponemos fruto de negociación pormenorizada con los sindicatos. No es sorprendente, pues es esta una cuestión en la que conviene evitar cualquier atisbo de agravio comparativo.

Entre los criterios de preferencia, los más comunes son los que privilegian a las personas con discapacidad o con ciertos problemas de salud, así como los que atienden a la conciliación de la vida laboral y familiar, que benefician especialmente a quienes tienen personas a su cargo u otras cargas familiares. Asimismo algunas normas declaran la preferencia de las solicitantes que han sido objeto de violencia de género, ya que el teletrabajo puede ser una modalidad que las proteja mejor de los riesgos de agresión. Otros criterios de preferencia son los que tienen que ver con la distancia entre el domicilio del interesado y el centro de trabajo o la dificultad de acceso a este por cualquier otro motivo. En fin, suele contar también la edad de los solicitantes, la realización de estudios por los empleados mientras trabajan, o la antigüedad o grado de la carrera. No debería, en cambio, ser motivo de preferencia el carácter indefinido o fijo de la relación de empleo, frente a interinos o trabajadores temporales, ya que no es conforme a derecho establecer diferencias de trato fundadas exclusivamente en la duración de la relación de servicio o de empleo<sup>13</sup>.

Las normas aplicables regulan el procedimiento de otorgamiento de la autorización, que suele incluir un informe del órgano, del centro directivo o del jefe de la unidad a la que pertenece el empleado solicitante acerca de si cumple los requisitos para acceder al teletrabajo y sobre las necesidades del servicio. En realidad, poco más hay que tramitar, por lo que sorprende en cierto modo que en algunas regulaciones autonómicas<sup>14</sup> se fije un plazo de tres meses para resolver, que parece excesivo. Otras, con mayor acierto, lo reducen a dos e incluso a un mes, como es más habitual en las entidades locales<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el Protocolo de Teletrabajo del Ayuntamiento de Valencia.

<sup>12</sup> Así el art. 51 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Bilbao.

<sup>13</sup> Sobre el particular existe una reiterada jurisprudencia de los tribunales europeos y españoles. Me permito remitirme sobre ello a mi libro: Sánchez Morón (2020: 65 y ss.).

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, el citado Decreto 77/2020 de la Generalitat de Cataluña (art. 5.3).

<sup>15</sup> Por ejemplo, según el Acuerdo de Teletrabajo del Ayuntamiento de Madrid.

Una cuestión que puede ser controvertida es si, en caso de transcurso del plazo para resolver sobre la autorización solicitada, esta se debe entender otorgada o rechazada por silencio. La normativa autonómica y local no ofrece una respuesta unívoca. Algunos reglamentos o acuerdos consideran que el silencio es negativo y otros que es positivo, mientras que hay otras normas que no se pronuncian al respecto. El artículo 47 bis.2 del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que “la prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada”. En una interpretación literal del precepto habría que entender que, a falta de autorización “expresa”, no se considera aceptada la solicitud correspondiente. No está claro, sin embargo, que esa sea la voluntad del legislador, y tampoco parece que existan en este caso particulares razones de interés general para exceptuar la regla general del silencio positivo. Sin embargo, no se trata de una autorización reglada, ya que está condicionada a las necesidades del servicio, aparte de al cumplimiento de un conjunto de requisitos. Quizá por esto la legislación básica impone el carácter expreso de la autorización, lo que implica que no son conformes a ella las normas y acuerdos autonómicos o locales que contemplan el silencio positivo.

Como es natural y señalan algunas normas, la resolución expresa sobre la solicitud debe ser motivada, por tratarse de una decisión discrecional, máxime si se deniega la autorización mediante acto desfavorable [art. 35.1. a) e i) de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común].

Por lo que se refiere a la duración o duración máxima de la autorización para el trabajo a distancia, la legislación básica no establece ningún límite y la normativa autonómica y local presenta una variedad de soluciones. Lógicamente la duración debería concretarse en cada autorización. Pero en algunas normas no se añade nada más o incluso se prevé que pueda otorgarse esa autorización por tiempo indefinido<sup>16</sup>, mientras que en otras se fijan plazos máximos de un año (el más común) u otros, normalmente prorrogables<sup>17</sup>. En algún caso se establece también un plazo mínimo del teletrabajo autorizado. Esos plazos máximos no excluyen la posibilidad de solicitar más tarde

<sup>16</sup> Así en el Protocolo de Teletrabajo del Ayuntamiento de Valencia.

<sup>17</sup> Así, el Decreto 77/2020 de la Generalitat de Cataluña (art. 4.1), que prevé, no obstante, la posibilidad de autorizaciones excepcionales de mayor duración. En el mismo sentido, el Acuerdo regulador de las condiciones del trabajo del Ayuntamiento de Bilbao y el Acuerdo sobre Teletrabajo del Ayuntamiento de Madrid. El Acuerdo aprobado por Decreto 92/2012 del Gobierno Vasco (art. 8) establece que, por regla general, las autorizaciones de teletrabajo se conceden por seis meses, y como mucho hasta un año, lo que se justifica por la conveniencia de evitar el desarraigo del funcionario o empleado público en su puesto de trabajo o unidad.

una nueva autorización de teletrabajo, normalmente sin continuidad con la anterior. Pero a veces se establece la prohibición de otorgar nueva autorización durante un tiempo al empleado que renunció a otra anterior sin causa justificada o al que incumplió los compromisos u objetivos vinculados a una autorización previa.

En fin, las normas o acuerdos que complementan la regulación del Estatuto Básico en esta materia establecen previsiones sobre la modificación y suspensión de la autorización de trabajo a distancia y sobre su término o extinción. Como se viene diciendo, la modalidad del teletrabajo tiene carácter reversible, lo que significa que puede ser revocada por la Administración en cualquier momento, por razones justificadas de interés público o necesidades del servicio. Por estas mismas razones, es posible suspender provisionalmente la autorización otorgada o modificar alguna de sus condiciones, como por ejemplo, el número de horas o los días de la semana en régimen de teletrabajo.

Algunas normas regulan con detalle las causas de revocación o extinción de la autorización. Entre ellas se incluyen la renuncia del interesado, que en algún caso le impide solicitar nueva autorización durante un tiempo, salvo si se funda en justificación objetiva<sup>18</sup>, el mutuo acuerdo y, por supuesto, la finalización del plazo de la autorización concedida. Pero también se puede revocar la autorización por el incumplimiento sobrevenido de los requisitos para su otorgamiento (por ejemplo, pérdida o dificultades sobrevenidas de conexión o cambio de puesto de trabajo o de las funciones asignadas al empleado autorizado, desaparición de una discapacidad o de la necesidad de conciliar), o por el incumplimiento de los compromisos asumidos por este o de los objetivos o resultados fijados en su plan individual de trabajo (del que tratamos más adelante) o de alguna otra de las condiciones impuestas. En fin, siempre es posible revocarla igualmente por otras razones objetivas relacionadas con las necesidades del servicio, que corresponde valorar a la Administración competente.

La revocación, que implica el retorno al trabajo presencial, debe ser motivada por tratarse de un acto desfavorable, salvo cuando derive de la renuncia del propio interesado. Las diferentes normas aplicables determinan también cuándo deben reincorporarse los interesados al trabajo presencial desde que se extingue la autorización de trabajo a distancia.

---

<sup>18</sup> Art. 13.3 del Decreto 79/2020 de la Comunidad de Madrid.



## 6

**Condiciones de ejercicio del teletrabajo**

Aparte de los requisitos para obtener la autorización de teletrabajo, que ya hemos comentado, el ejercicio de esta modalidad de desempeño de las funciones públicas está sujeto a una serie de condiciones, que tienen por finalidad garantizar la eficacia en la prestación de los servicios. Son condiciones sustitutivas de la inmediación y el contacto regular o personal que posibilita el trabajo presencial, que permite la transmisión en el momento de las órdenes e instrucciones de servicio y la supervisión directa del cumplimiento de los horarios y la ejecución de las tareas. Como en la relación virtual que el teletrabajo implica esto no existe o es difícil de conseguir, han de imponerse esas condiciones alternativas.

Las más relevantes son las que tienen que ver con la determinación y control o evaluación del trabajo que se realiza a distancia. Ya se dijo que el teletrabajo está vinculado a los métodos de la tradicionalmente conocida como dirección por objetivos, y así lo recuerda ahora el artículo 47 bis del Estatuto Básico: “El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento”. Pero este precepto básico no dice más.

En la legislación o normativa complementaria la autorización del trabajo a distancia se condiciona a la aprobación de un plan personal o programa individual de trabajo o de un documento de compromisos, que recibe estas u otras denominaciones similares, en el que los responsables del servicio u órganos de dirección competentes deben precisar las tareas que ha de realizar cada empleado en un cierto lapso de tiempo, ya sea diario, semanal u otro. Han de definirse así los tipos de tareas y su volumen o cuantía y los indicadores de calidad o resultados a alcanzar, los horarios de interconexión o de disponibilidad, las obligaciones de información a los superiores y las formas, criterios y medios de supervisión. La eficacia del teletrabajo depende de estos planes o compromisos y, por tanto, de cómo se elaboren o aprueben por los titulares o responsables de cada servicio o unidad. Por lo demás, se considera que esos instrumentos han de ser flexibles y actualizarse periódicamente para atender a las circunstancias cambiantes y para corregir las eventuales disfunciones. Estas son reglas más o menos comunes que pueden encontrarse en las citadas normas de desarrollo y acuerdos con los sindicatos, más allá de los cuales los detalles sobre el contenido, formalidades de aprobación o períodos de aplicación y revisión de estos planes individuales varían en cada caso.

La concreción de los objetivos y resultados a través de esos instrumentos de dirección implica a su vez una exigencia de evaluación o supervisión.

Normalmente se establece que la supervisión del trabajo realizado debe ser continua, a cargo del responsable de la unidad, y que periódicamente deben elaborarse informes o memorias de resultados<sup>19</sup>. A tal efecto es también importante el uso de las herramientas informáticas disponibles. Las consecuencias de la evaluación pueden consistir en la modificación de los planes individuales o de las condiciones de la autorización de teletrabajo o, si procede, la revocación de esa autorización, ya sea debida a incumplimientos del empleado interesado o a otras causas objetivas.

En relación con esta forma de organización del servicio se plantea la cuestión de la jornada y los horarios de trabajo. Se suele recalcar al efecto que la modalidad del teletrabajo no modifica la jornada de los empleados públicos establecida para la actividad presencial. Hay igualdad de derechos y obligaciones al respecto y, por consiguiente, el acceso al teletrabajo no supone ni puede suponer una disminución ni una prolongación o aumento de la jornada legalmente establecida en cada Administración, ya sea la jornada general o una jornada especial o reducida, si procede aplicarla. Tampoco varía el calendario laboral. Ahora bien, como señalaba ya con claridad y con realismo el Acuerdo sobre teletrabajo aprobado por el Decreto 92/2012 del Gobierno Vasco, “el teletrabajo, por su naturaleza, no comporta de manera inherente una especial dedicación de horario ni de jornada, sino una flexibilidad en la jornada y en los horarios ordinarios”. Precisamente esta es una de sus ventajas, ligada también a la conciliación de la vida laboral con la familiar. Lo que importa es lo que se haga y no tanto cuándo se haga, siempre, claro está, que se respeten las necesidades del servicio.

En consecuencia, lo que las normas reguladoras prevén es que puedan fijarse para cada empleado a distancia unos horarios o franjas horarias determinadas de conexión con su unidad o centro de trabajo o con sus superiores o directivos y, en su caso, un horario mínimo en el que ha de estar disponible para posibles comunicaciones, ya sea por correo electrónico, teléfono o medios audiovisuales. Esas franjas horarias deben incluirse dentro de la jornada de trabajo prevista por la legislación general aplicable, respetando las horas de descanso entre una y otra. Establecidas tales previsiones en el plan individual o por decisión del centro directivo o del responsable competente y tal como señala expresamente el artículo 6.2 del Decreto 77/2020 de la Generalitat de Cataluña, “el resto de la jornada en régimen de teletrabajo admite una flexibilidad total”.

Otras de las condiciones de ejercicio son las que se refieren al uso de los equipos e instalaciones informáticas necesarias para este tipo de

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, cada tres meses según el Protocolo sobre el Teletrabajo del Ayuntamiento de Valencia.

prestación. Dispone al efecto el artículo 47 bis.4 del Estatuto Básico que “la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad”. Ahora bien, también la interpretación y aplicación de este precepto suscita algunos interrogantes, que resuelven de diferente manera, cuando los resuelven, las normas de desarrollo. En principio, puesto que la legislación básica no distingue, debería entenderse que el empleado tiene derecho a que la Administración le proporcione o le abone el coste de los ordenadores, programas informáticos y conexiones necesarias para prestar el servicio en régimen de teletrabajo. Eso debería incluir, cuando sea preciso, las herramientas ofimáticas, de trabajo remoto o de trabajo colaborativo y de ciberseguridad, que sean aplicables, y en su caso el sistema de firma electrónica, tal como concreta alguna normativa reciente<sup>20</sup>. Pero en algún caso se establece que es el propio empleado autorizado a teletrabajar el que corre con los gastos de conexión<sup>21</sup>.

Uno de los problemas que esa obligación de la Administración plantea es que, en algunos aspectos, supone una duplicidad de medios y, por tanto, un incremento del gasto, ya que los empleados concernidos también han de realizar parte de su actividad en la sede de su unidad, en la que normalmente tendrán a su disposición otros medios tecnológicos. Pero quizá el problema más importante es que los equipos utilizados para el teletrabajo, así como las conexiones informáticas y quizá otros medios, pueden usarse también para fines o actividades privadas del interesado. Algunos de ellos pueden incluso preferir utilizar sus propios equipamientos privados para el trabajo, sin perjuicio de las conexiones, programas o herramientas ofimáticas que les proporcione la Administración.

El Acuerdo publicado por la Orden de la Xunta de Galicia de 14 de diciembre de 2020 dispone, al efecto, que los medios tecnológicos proporcionados por la Administración “no se podrán utilizar para finalidades diferentes de las derivadas de la prestación de servicios que motivan su entrega el personal teletrabajador”. Pero esta obligación es muy difícil de controlar y de garantizar. Lo que sí está claro es que el empleado autorizado debe asumir la responsabilidad del correcto uso de esos medios, que debe custodiar, conservar en buen estado y tener siempre disponibles para la finalidad con la que se entregaron. Al fin y al cabo, ello no es sino una manifestación del deber de los empleados públicos, previsto en el artículo 54.5 del Estatuto Básico, de no

<sup>20</sup> Por ejemplo, el Acuerdo sobre Teletrabajo del Ayuntamiento de Madrid incluye una regulación detallada de todos estos aspectos, partiendo de la base de que el teletrabajo se realiza a través de equipamiento informático municipal.

<sup>21</sup> Art. 8.2 del Decreto 77/2020 de la Generalitat de Cataluña.

utilizar los bienes públicos en provecho propio o de personas allegadas y de velar por su conservación. Sobre ello tratamos también a continuación.

## 7

### Derechos y deberes

“El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial”. Así reza el artículo 47 bis.3 del Estatuto Básico del Empleado Público.

En realidad, no es fácil deducir diferencias en cuanto a los derechos aplicables en función de la naturaleza presencial o a distancia de la prestación del servicio. Ya se ha dicho que hay incluso una equivalencia en la extensión de la jornada laboral y, por supuesto, en materia de permisos y licencias, incluidos los tiempos de ausencia durante la jornada por lactancia u otras causas legales. Si acaso habrá algunas diferencias en cuanto a la forma o condiciones concretas de ejercicio de esos derechos, como ya hemos visto.

Hay que destacar, no obstante, la importancia que en caso de teletrabajo tienen los derechos relacionados con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y con la protección de datos personales. En tal sentido es muy significativa la introducción del apartado 14.j).bis del Estatuto Básico por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que reconoce el derecho “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición [del empleado público] y frente al uso de dispositivos de vigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital”, en los términos establecidos en esa legislación especial.

El derecho a la protección de la intimidad es aquí muy importante, pues el teletrabajo se presta desde el domicilio u otros espacios privados, y porque, como se ha dicho, el empleado público puede utilizar en la práctica los medios tecnológicos con los que presta el servicio también para comunicaciones o conexiones personales. La Administración debe respetar la intimidad en el uso de esos dispositivos, incluso los que ella misma ha puesto a disposición del empleado público. No se trata, empero, de un derecho ilimitado, ya que, como se ha señalado antes, el empleado que teletrabaja debe hacer un uso adecuado de esos medios. El artículo 87 de la mencionada Ley Orgánica

3/2018 permite al “empleador”, es decir, a la Administración en nuestro caso, acceder a los contenidos derivados del uso de esos dispositivos digitales, solo para controlar el cumplimiento de las obligaciones estatutarias o de servicio y para garantizar la integridad de esos dispositivos. Sobre este tipo de cuestiones existe ya, por cierto, alguna jurisprudencia de interés y matizada, en la que no podemos entrar aquí, pues no solo se aplica en los supuestos de teletrabajo<sup>22</sup>.

Por lo que se refiere al derecho del empleado público a la desconexión digital, fuera del tiempo o jornada de trabajo, que también garantiza y regula la Ley Orgánica 3/2018 (art. 88), es en este caso esencial. La flexibilidad horaria que el teletrabajo conlleva o puede conllevar no significa conexión continua o ilimitada con la Administración, pues deben garantizarse los derechos al descanso, a permisos y vacaciones y a la conciliación. La propia Ley Orgánica 3/2018 (art. 88.3) dispone que ese derecho a la desconexión digital debe preservarse en particular en los supuestos de trabajo a distancia o en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Como se ha visto, alguna normativa aborda este aspecto imponiendo un horario de conexión o de disponibilidad al empleado, dentro de los márgenes de la jornada laboral. Y eso es lo correcto. Además, la citada Ley Orgánica establece que el empleador —en nuestro caso la Administración— ha de elaborar una política interna, previamente negociada, para definir las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, que evite el riesgo de fatiga informática.

Por lo que se refiere a los deberes y obligaciones del empleado público, la modalidad a distancia no entraña tampoco demasiadas peculiaridades, más allá de la flexibilidad horaria que hemos comentado y de algunos deberes de formación específicos, en su caso. No obstante, hay que poner el énfasis en algunos aspectos, como la necesidad de aplicar también en este caso la legislación sobre salud laboral y prevención de riesgos, tal como menciona el artículo 47 bis.3 del Estatuto Básico. Hay que recordar que la observancia de las normas sobre seguridad y salud laboral no es solo un derecho del empleado público, sino también un deber (art. 54.9 del Estatuto Básico), ya que puede afectar a la buena

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2018, *Caso Libert contra Francia*, sobre el acceso no consentido y en ausencia del interesado por parte de una “autoridad pública”, como se califica a tales efectos a los responsables de la empresa pública SNCF, al disco duro del ordenador profesional de un empleado, ante la sospecha de que, contra el código de conducta de la empresa, había hecho un uso habitual y no solo ocasional o esporádico del ordenador proporcionado por ella para fines privados. El Tribunal Europeo entendió que en este caso no se vulneró el derecho a la vida personal o a la intimidad del reclamante (art. 8 del Convenio Europeo).

marcha de los servicios. En el caso del teletrabajo, el empleado debe realizar su actividad en algún lugar o espacio que asegure el cumplimiento de aquellas normas. Es su responsabilidad, ya que se tratará de espacios privados, que la Administración no controla. Por eso alguna normativa de desarrollo exige a quienes soliciten la autorización de teletrabajo proporcionar información previa a la Administración, con el fin de que las unidades de prevención verifiquen las condiciones del lugar y características del teletrabajo y puedan formular las instrucciones y recomendaciones pertinentes<sup>23</sup>. Y en algún otro caso se exige incluso cursar una sesión formativa sobre el particular<sup>24</sup>.

Igualmente tiene especial relevancia la obligación de secreto, confidencialidad de las informaciones a las que el empleado acceda en el ejercicio de sus funciones y protección de datos personales de terceros. No se trata de obligaciones distintas de las que se imponen a quienes trabajan en la sede de la Administración, pero el trabajo a distancia, menos controlado *a priori*, y el posible uso de las herramientas informáticas con que se lleva a cabo también para fines privados, imponen una especial cautela al efecto. En consecuencia, algunas normas prevén que se impartan instrucciones o una información detallada al empleado autorizado sobre sus obligaciones al respecto, incluidas las relativas a la seguridad informática, e incluso que se le exija un compromiso de cumplimiento<sup>25</sup>.

Asimismo el teletrabajo no supone de por sí ninguna modificación en el régimen jurídico de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Algunas normas reglamentarias precisan en tal sentido que la duración de la jornada de quienes acceden a esa modalidad es la misma que tendrían si desempeñaran sus tareas de manera presencial. Puede que en la práctica la flexibilidad horaria que conlleva el teletrabajo en muchos casos facilite a quienes se acogen a él la dedicación parcial o complementaria a actividades privadas. Pero eso no les exime del cumplimiento de sus funciones ni de la legislación de incompatibilidades, por lo que deberán solicitar en su caso el reconocimiento de compatibilidad con las actividades privadas de que se trate (art. 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades), asumiendo la consiguiente responsabilidad disciplinaria de no hacerlo así.

En fin, la modalidad de teletrabajo no implica tampoco modificaciones en el régimen disciplinario de los empleados públicos. Lo que sucede es que el incumplimiento de los deberes del servicio en estos casos, que podría ser

<sup>23</sup> Art. 17 del Decreto 79/2020 de la Comunidad de Madrid.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, el art. 51 del Acuerdo regulador de las condiciones laborales del Ayuntamiento de Bilbao.

<sup>25</sup> Art. 6.3 del Decreto 77/2020 de la Generalitat de Cataluña y art. 18 del Decreto 79/2020 de la Comunidad de Madrid.

constitutivo de falta, supone al mismo tiempo una causa de revocación de la autorización de trabajo a distancia, como ya se ha señalado.

## 8

### Seguimiento y evaluación

No obstante la amplia experiencia derivada de las medidas contra el COVID-19, aparte de otras anteriores, el teletrabajo es aún una modalidad en vías de consolidación. Por eso en prácticamente todas las normas autonómicas de desarrollo y en muchas normas y acuerdos de las entidades locales se ordena la creación de comisiones de evaluación o de seguimiento, con distintas denominaciones y diferente composición, para analizar los resultados de la implantación de aquella, detectar problemas y eventuales deficiencias y estudiar soluciones. Estas previsiones suelen poner fin a las reglamentaciones o acuerdos con los sindicatos sobre la materia.

## 9

### Bibliografía

- De las Heras García, A. (2016). *El teletrabajo en España. Un análisis crítico de normas y prácticas*. Madrid: CEF.
- Jiménez Asensio, R. (2021). El marco regulador del teletrabajo en la Administración pública y en las entidades de su sector público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, especial 4.
- Mauri Majós, J. (2021). La regulación del trabajo en las entidades locales. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, especial 4.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (2021). *El trabajo a distancia*. Madrid: La Ley.
- Rastrollo Suárez, J. J. (2022). La integración del teletrabajo en la organización administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 59.
- Rodríguez Fernández, M.<sup>a</sup> L. (2021). Empleo tecnológico y teletrabajo en el empleo público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, especial 4.
- Roqueta Buj, R. (2021). *Derecho del Empleo Público* (2.<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (2020). *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*. Navarra: Aranzadi.

# La digitalización de los procedimientos en los Gobiernos locales: una tarea pendiente

CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA

*Doctora en Derecho, profesora asociada de Derecho Administrativo URV y codirectora de Red Localis*

- 1. Introducción: planteamiento de la situación**
- 2. Una aproximación general al estado de la digitalización: ámbito normativo, cuestiones conceptuales y algunos datos**
  - 2.1. Las dificultades regulatorias y de implantación normativa de la administración electrónica
  - 2.2. La digitalización como destino final o como vehículo de la transformación
  - 2.3. El estado de la cuestión: algunos datos generales
- 3. La cohesión territorial y la lucha contra la despoblación: el endémico problema de la planta local**
  - 3.1. La planta local como el talón de Aquiles en el proceso de digitalización
  - 3.2. El análisis de la digitalización del mundo local a través de Informe IRIA
  - 3.3. El papel de las entidades locales intermedias en el cumplimiento normativo
- 4. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como oportunidad para avanzar en la digitalización**
  - 4.1. La modernización de las entidades locales en el Componente 11
  - 4.2. La Agenda Urbana como hoja de ruta de la transformación
- 5. El factor humano como elemento conductor de la transformación digital**
- 6. Conclusiones: la urgencia de finalizar el inacabado proceso de digitalización**
- 7. Bibliografía**

## Resumen

El primer cuarto del s. XXI se caracteriza por el despliegue del protagonismo de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos, una realidad, la transformación digital, que el sector público no solo no puede ignorar, sino que debe liderar. Un sector público que, en su organización territorial, presenta diferentes características, y, en consecuencia,

---

*Artículo recibido el 04/03/2022; aceptado el 28/03/2022.*



problemas y soluciones. En este trabajo abordaremos, con un enfoque poliédrico, las dificultades a las que se enfrentan las entidades que integran la Administración local para llevar a cabo los procesos de digitalización de su actividad. Caracterizadas por una planta infradimensionada, con escasez de recursos materiales y personales para asumir los retos que se presentan, aportaremos evidencias sobre el estado de implantación de la administración electrónica, los riesgos de obsolescencia regulatoria y las posibilidades que, aun así, el modelo actual permite en términos de automatización de procesos. Y todo ello, en un escenario de oportunidad que facilita el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que, tras la pandemia, fija, como uno de los pilares que vertebran el proceso de recuperación, la transición digital, transición que solo podrá completarse con el proceso acabado en un ámbito, el local, que vertebra el conjunto del territorio.

Palabras clave: *entidades locales; digitalización; recuperación; planta; dato.*

### **Digitization of procedures in local governments: a pending task**

#### **Abstract**

*The first quarter of the XXI century is characterized by the deployment of the prominence of new technologies in all areas. This reality, i.e. the digital transformation, cannot be ignored by the public sector which also must lead. A public sector that, because of its territorial organization, presents different characteristics, and, therefore, problems and solutions. This article addresses, with a multifaceted approach, the difficulties faced by the entities that are part of the local administration which are carrying out processes of digitization of their activity. Thus, the article provides evidence of the implantation of the e-government which is trying to achieve its goals with a shortage of material and personal resources, the risks of regulatory obsolescence and the possibilities that, even so, the current model allows in terms of process automation. All this is analyzed in a scenario of the opportunities that grants the Recovery, Transformation and Resilience Plan. After the pandemic the Plan leads the digital transition which can only be really completed when it is implemented in the local sphere because it forms the backbone of the whole territory.*

Keywords: local entities; digitization; recovery; personnel; data.

## 1

**Introducción: planteamiento de la situación**

La entrada en el s. XXI venía marcada por las nuevas tecnologías como uno de los retos que afrontaban tanto la sociedad como el sector público en su desarrollo e implementación, reto que, en el año 2020, experimentaba un salto cualitativo como consecuencia de una realidad ajena a la tecnología, la declaración de la pandemia por la Organización Mundial de la Salud como consecuencia de la aparición del virus de COVID-19, que está produciendo paulatinamente un cambio en los modelos organizativos tanto privados como públicos.

En esta acelerada digitalización las entidades locales constituyen un eje vertebral como consecuencia del principio de proximidad y la naturaleza de las competencias que la normativa básica sobre régimen local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) les atribuye en su artículo 25, y del impacto en la ciudadanía de los servicios municipales de prestación mínima obligatoria (artículo 26).

En el presente trabajo abordaremos el proceso de digitalización de los procedimientos que articulan la actividad de gestión de las entidades que integran la Administración local. Para ello, con carácter previo, es preciso realizar dos reflexiones con las que comenzaremos este análisis. La primera, que la digitalización de los procedimientos en los que se vertebra la actividad de gestión de las entidades locales debe enmarcarse en un proceso más amplio, el de transformación digital, un reto que más allá del mundo local alcanza al conjunto de la sociedad y del sector público y en el que se encuentra marcada una hoja de ruta a nivel europeo, una transformación que alcanza mucho más allá del foco tecnológico. La segunda, la complejidad que entraña abordar el estado de la digitalización de los procedimientos en el ámbito local, no solo por la heterogeneidad de las entidades que lo conforman, sino también por las profundas asimetrías que existen, incluso entre aquellas que presentan similares características. Avancemos ya que el infradimensionamiento y la fragmentación de la planta local constituyen una dificultad en este proceso de digitalización, como consecuencia del correlativo infradimensionamiento en medios y recursos personales, materiales y tecnológicos para poder abordar los retos que presenta la transformación digital.

En este escenario deben ponerse en valor dos palancas que pueden representar un fuerte impulso en la culminación de un lento proceso que, desde el punto de vista normativo, arrancaba en el año 2007, tal y como examinaremos en el siguiente apartado. Por una parte, la oportunidad que representa, en términos de digitalización, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

(en adelante, MRR), materializado en España en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR), para la ejecución de los conocidos como Fondos Next Generation, y que contemplan como uno de sus pilares la transición digital, plan que recoge como una de sus políticas palanca (la IV) la Administración pública del s. XXI, sin olvidar el papel crucial de la Agenda Urbana en este contexto. Por otra parte, el factor humano, el empleo público como elemento fundamental para la transformación digital y la necesidad de adecuar su desempeño al nuevo marco de competencias digitales que exige el modelo y el posicionamiento de un cuerpo, el de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (en adelante, FHN), como uno de los elementos vertebrales que se pueden identificar en todas las entidades locales y cuyas funciones, reservadas, pueden contribuir de un modo activo a la digitalización de los procedimientos, tanto por su contenido como por su carácter eminentemente directivo.

Para finalizar el presente análisis, realizaremos unas conclusiones finales sobre la necesidad de continuar avanzando y concluir un proceso que resulta básico para definir el nuevo modelo de Administración pública local.

## 2

### **Una aproximación general al estado de la digitalización: ámbito normativo, cuestiones conceptuales y algunos datos**

Abordar la realidad de la digitalización de los procesos en el ámbito local exige asomarnos al marco legal de aplicación, que delimita las características y requisitos que deben seguirse en el proceso para asegurar el respeto a las garantías de los derechos de las personas, pero también en la dimensión tecnológica. Igualmente es conveniente reflexionar sobre el significado y alcance del proceso de transformación (todavía inconcluso) y la evidencia empírica que nos devuelven los datos, tal y como examinamos a continuación.

### 2.1

#### **Las dificultades regulatorias y de implantación normativa de la administración electrónica**

Si analizamos la dimensión normativa de la administración electrónica o de la digitalización de los procedimientos, podemos decir que el punto de arranque comenzaba en el año 2007, con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAE),

pero ante el diseño de un marco de voluntariedad en su cumplimiento, el impacto, a pesar de que la norma era mejor que su binomio sucesor en muchos aspectos, no fue demasiado representativo. Fue necesario esperar al año 2015 para dar el paso de la transformación del procedimiento administrativo al formato íntegramente digital, con la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), si bien su vigencia completa se demoró hasta el 2 de abril del año 2021, coincidiendo con la de su desarrollo reglamentario por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RAFME). Marco normativo que para permitir el verdadero avance en la digitalización de los procedimientos requiere del cumplimiento de dos pilares clave para su materialización: interoperabilidad y seguridad, a través del Esquema Nacional de Seguridad (en adelante, ENS) y del Esquema Nacional de Interoperabilidad, en adelante (ENI), aprobados respectivamente por Real Decreto 3/2010 y Real Decreto 4/2010, de 8 de enero.

En el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240, pone de relieve el impacto que la digitalización de los servicios públicos tiene en la sociedad y en la economía, señalando que resulta crucial para reducir la carga administrativa sobre las empresas, incluidas las pymes, y sobre los ciudadanos en general, haciendo que sus interacciones con las autoridades públicas sean más rápidas, más cómodas y menos costosas, así como aumentando la eficiencia, la transparencia y la calidad de los servicios prestados a ciudadanos y empresas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público.

La realidad descrita nos sitúa ante entornos cada vez más complejos e inciertos y en los que el marco de desarrollo que dispone la legislación vigente se va viendo continuamente superado por la aparición de nuevas aplicaciones, nuevas tecnologías o nuevas formas de relacionarse con la ciudadanía o de prestar los servicios en la Administración pública (Cerrillo, 2020), lo que nos sitúa ante evidentes riesgos de obsolescencia regulatoria y la necesaria reflexión sobre si el tradicional derecho administrativo puede ofrecer respuesta a las numerosas e inciertas cuestiones que se plantean, cuestiones que están revolucionando al completo los marcos legales, también del sector público (piénsese en el tan debatido tema de la responsabilidad por un accidente de tráfico causado por un vehículo autónomo, por ejemplo).

No obstante, tal y como plantearemos en este trabajo, el actual marco normativo todavía tiene un amplio recorrido que desplegar, tanto en términos de cumplimiento de los estándares mínimos establecidos en el ordenamiento jurídico básico, como en la optimización de las posibilidades que el “obsoleto” marco normativo permite, pero que todavía no ha sido explorado ni explotado suficientemente, como puede ser en relación con el uso de las actuaciones administrativas automatizadas o la robotización automatizada de procesos.

## 2.2

### La digitalización como destino final o como vehículo de la transformación

La generalización de la expresión administración electrónica en el inicio de la implantación de las nuevas tecnologías en la gestión pública ha ido cediendo paso al término digitalización (o transformación digital), lo que exige que revisemos a qué se refiere este término y cómo se produce su conexión con el ordenamiento jurídico que impone ese funcionamiento electrónico del conjunto de las Administraciones públicas y, en consecuencia, de las entidades locales, y su conexión con el siguiente nivel, el de la gobernanza de dato.

Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española para comprobar la noción que nos ofrece del término digitalización, comprobaremos que lo señala como la “acción y efecto de digitalizar”, y como “digitalizar” nos ofrece dos acepciones:

“1. tr. Registrar datos en forma digital.

2. tr. Convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”.

Si bien en ambos casos obedece a una realidad existente, ninguna de estas definiciones se corresponde con la filosofía con la que, tanto en el sector público como en el privado, se utiliza el término digitalización, abarcando un proceso más amplio de partir de los procesos en modo tradicional, analógico, para su conversión al modo digital. Es relativamente frecuente el razonamiento de que la administración digital es la mera utilización de herramientas electrónicas para la digitalización de los procedimientos a efectos de facilitar la eficacia y eficiencia de la actividad administrativa. Sin embargo, el escenario actual y de futuro inmediato nos sitúa en la implantación de sistemas automatizados con una gran capacidad de procesamiento que pueden llegar a adoptar decisiones que afectan

a sujetos concretos, sin que dicha situación nos coloque en una posición de libre albedrío desde el punto de vista de la seguridad jurídica, sino que obliga a redefinir las garantías jurídicas<sup>1</sup>.

Debemos partir de una premisa a la hora de englobar el término “digitalización”, pues no será suficiente para completar los cambios que precisan la Administración pública española, en general, y las entidades locales, en particular, pero sí representa un paso importante para el avance en la “transformación digital”. En el ámbito local, como veremos, el reto se sitúa en estos momentos en alcanzar los estándares mínimos de cumplimiento normativo del marco legal de aplicación, pero va más allá, debiendo traducirse en el cambio de los procesos internos y de las aptitudes de los empleados públicos.

En este ámbito es obligada la cita al documento relativo a la “Agenda España Digital 2025”, que recoge el impulso de la digitalización de la Administración pública entre los diez ejes de reforma e inversión para “catalizar una transformación digital que relance el crecimiento económico, la reducción de desigualdades, el aumento de la productividad y el aprovechamiento de todas las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías”, y se ha materializado, entre otros instrumentos, en el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas<sup>2</sup>, señalando que se estructurará en tres ejes de actuación:

- “1. Transformar digitalmente la Administración con iniciativas transversales para el despliegue de servicios públicos eficientes, seguros y fáciles de utilizar y para la generalización del acceso a las tecnologías emergentes.
2. Desplegar proyectos tractores de digitalización, por ejemplo, en los ámbitos de Sanidad, Justicia o Empleo.
3. Apoyar la digitalización de las administraciones territoriales, Comunidades Autónomas y Entidades Locales”.

Aunque la aportación de este documento en relación con las entidades locales podría tildarse de “anémica”, pues se limita a contemplar la “Medida 17. Transformación Digital de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”, mediante el apoyo a través de la ayuda financiera para la realización de proyectos vinculados con la transformación digital (automatización de procesos, servicios públicos digitales, etc.), el gobierno abierto, la implementación del teletrabajo o la innovación en servicios y tecnología, constituye una guía de referencia del camino que hay que recorrer.

<sup>1</sup> Rivero Ortega (2017).

<sup>2</sup> [https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae\\_Estrategias/Estrategia-TIC/Plan-Digitalizacion-AAPP.html#.YgibhC1Dmw4](https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae_Estrategias/Estrategia-TIC/Plan-Digitalizacion-AAPP.html#.YgibhC1Dmw4)

De hecho, el carácter instrumental de la digitalización de la gestión pública se conecta con la aplicación de otras posibilidades y desarrollos tecnológicos, pues sin ella no podrá haber tecnología en la nube, *block-chain*, inteligencia artificial... De un modo muy evidente la digitalización permite avanzar en una de las tendencias de futuro que debería ser ya presente como es la reutilización de la información y la gestión de los datos, pues las Administraciones públicas generan y tienen a su disposición una masiva cantidad de datos, cuyo valor es incalculable.

Desde un enfoque pragmático podemos recurrir ya a experiencias probadas en las que la digitalización de los procedimientos permitirá avanzar en la automatización de los mismos, mediante el recurso a las actuaciones administrativas automatizadas previstas en el artículo 41 LRJSP<sup>3</sup>. Avanzar en la digitalización de los procedimientos permitiría a su vez avanzar en la robotización de procesos, mediante la utilización de robots de *software* basado en reglas, para automatizar ciertas tareas humanas, como podría ser la comunicación de información contenida en la fase preparatoria de un expediente de contratación para su alta y publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

En el ámbito local resulta sencillo encontrar actuaciones fácilmente automatizables, en tanto se basen en criterios y parámetros objetivos, y siempre que cuenten con una aplicación electrónica que lo permita. Podría citarse así, como un elemento típico de la actividad local, la emisión de certificados de empadronamiento, ya que los datos necesarios para la actuación residen en bases de datos, los de los vecinos inscritos en un padrón de habitantes. En este caso, simplemente sería necesario que el órgano administrativo decidiese que el informe se genere y firme de forma automatizada por la aplicación que lo gestiona. Tal y como señala Castellanos (2021), “[l]a ausencia de referencias expresas a la robótica, analítica de datos o inteligencia artificial en la normativa administrativa no puede llevarnos concluir que la Administración no está haciendo uso de estas técnicas para mejorar la eficiencia de los procesos administrativos”.

---

3 De conformidad con el cual: “1. Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. 2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”.

## 2.3

### El estado de la cuestión: algunos datos generales

¿Cuál es el estado de la cuestión? El Informe *Estudio sobre digitalización de la administración* del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI)<sup>4</sup> realiza una evaluación de la implementación de la transformación digital de la Administración pública, básicamente en torno a los siguientes puntos: identificación digital, las opiniones sobre la implementación de canales digitales de atención a la ciudadanía, así como respecto a la realización de gestiones y trámites *online* en un doble aspecto, la tasa de utilización y la percepción que la ciudadanía tiene de la implantación de la digitalización de la Administración pública en sus relaciones con la población, y en el mismo se formulan las siguientes conclusiones:

- Primera.– *El impulso de la digitalización de la Administración pública se ha traducido necesariamente en el uso de la identificación digital para acceder a muchos servicios públicos, un hecho que es ya bastante habitual en el conjunto de la población, y también es mayoritaria la cifra de personas que han realizado gestiones o trámites telemáticamente.*
- Segunda.– *Se constata la existencia de una brecha generacional importante. Así, los datos apuntan que el uso, aceptación y valoración de las herramientas digitales puestas en marcha desde la Administración pública para realizar gestiones y trámites online, se reduce entre los grupos más jóvenes y los de mayor edad de la población.*
- Tercera.– *“La administración digital está bien valorada especialmente entre quienes la han utilizado. Esto pone de manifiesto una experiencia satisfactoria, en la que se reconoce su utilidad para facilitar y simplificar el acceso a los servicios públicos por vía digital”.*
- Cuarta.– *La menor valoración se registra en el estudio entre quienes no han utilizado estas herramientas y servicios digitales, y está poniendo de manifiesto un recelo latente respecto al uso de un modo de relación con la Administración distinto al que están acostumbrados. Una vía de gestión que les supone alguna dificultad y que, en consecuencia, les ofrece menor nivel de confianza. Lo dicho, no es de extrañar.*
- Quinta.– *No cuentan con la misma aceptación los canales digitales de atención atendidos por asistentes virtuales. En este caso, el*

---

<sup>4</sup> Enmarcado en un proyecto que tiene como principal objetivo identificar tendencias, actitudes y valoraciones de la población internauta española en cuestiones relativas a la digitalización, con el que se pretende valorar la importancia que la ciudadanía concede al proceso de digitalización de la Administración pública.



factor humano conserva un valor importante para la ciudadanía, tal y como se ha revelado durante la pandemia, en cuanto percibe más garantías en la interlocución personal a la hora de hacer consultas y aclarar dudas, y se traduce en un uso poco habitual de este recurso tecnológico<sup>5</sup>.

Las conclusiones formuladas permiten esbozar un dibujo general que, como veremos a continuación, ofrece un panorama más complejo en el ámbito local, según se desprende de los datos obtenidos de diferentes fuentes, que veremos a lo largo del presente trabajo.

### 3

#### **La cohesión territorial y la lucha contra la despoblación: el endémico problema de la planta local**

La configuración del mapa local y la distribución poblacional, en una realidad en la que las ciudades, las grandes urbes, están experimentando fuertes concentraciones y siendo polo de atracción, está produciendo un fenómeno de despoblación que debilita la ya de por sí frágil planta local, tal y como examinaremos en el presente apartado, analizando la necesidad de escalar la configuración del mundo local en atención a su dimensión, y de buscar el soporte y apoyo, en la menor escala, de las entidades locales, análisis que se completará con los datos y evidencias que proporciona el Informe IRIA, que recoge el análisis de los indicadores más representativos de la transformación digital en las entidades locales españolas, incluyendo las diputaciones, consejos, cabildos y ayuntamientos participantes.

#### 3.1

##### **La planta local como el talón de Aquiles en el proceso de digitalización**

Según los datos de Eurostat, la densidad de España en su conjunto se situaba en 2020 en 93 personas por kilómetro cuadrado, por debajo de la media de la Unión Europea, de 117 hab./km<sup>2</sup>, o de países cercanos como Francia (100 hab./km<sup>2</sup>), Portugal (115 hab./km<sup>2</sup>) o Alemania (232 hab./km<sup>2</sup>). En cuanto a

---

<sup>5</sup> De esta manera, la rapidez o agilidad que ofrece la atención digital no compensa la falta de confianza en la capacidad de este canal para dar respuesta satisfactoria a las consultas y dudas efectuadas.

densidad de población por municipio, los datos más recientes indican que los municipios de 5000 o menos habitantes suponen, a 1 de enero de 2019, el 84 % del total, si bien en ellos residen alrededor de 5,7 millones de personas, lo que supone el 12,12 % del total de la población española, es decir, España se enfrenta a un serio desafío de despoblación de grandes áreas de su territorio, que se viene prolongando en el tiempo sin encontrar una solución adecuada.

Continuando con los datos, los municipios españoles de menos de 1000 habitantes representan en la actualidad el 61,4 % del total de las entidades locales, es decir, el 40 % de la superficie española, en tanto que apenas suponen el 3,11 % de la población<sup>6</sup>; se observa así claramente la asimetría entre los parámetros de población y de superficie. A ello debe sumarse la apuntada pérdida de población, pues el 87 % de los municipios de menos de 1000 habitantes perdieron población entre 2001 y 2018, e igualmente sucedía en el 78 % de los municipios de menos de 1000 habitantes y en el 70 % de las cabeceras de 5000 a 20 000. Desequilibrio que a su vez se manifiesta de diferente manera en cuanto a su impacto geográfico, pues la mayor despoblación afecta al norte y centro peninsulares, y es más suave en Andalucía, el Mediterráneo y Cantábrico, sin perjuicio de otras variables como el envejecimiento. Al mismo tiempo, un número relevante de los municipios que cuentan entre 5001 y 20 000 habitantes también presentan patrones preocupantes de despoblación. En concreto, a 1 de enero de 2019, existían en España un total de 889 municipios entre 5001 y 20 000 habitantes, pero un 45,6 % de ellos han perdido población en el periodo 2015-2019, y en un 32,7 % el porcentaje de personas con edad igual o superior a los 65 años supera la barrera del 20 %<sup>7</sup>.

A pesar de que uno de los objetivos de la reforma del régimen local de 2013, llevada a cabo con la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), apuntaba directamente al redimensionamiento de la planta local a través de las fusiones de los municipios de menor población, esta línea se quedó en un plano meramente posiblista, recogido en el artículo 13 LRBR, en el que se contempla un sistema de incentivos para promover la racionalización de la planta, que no ha supuesto avance alguno en dicho objetivo, siendo muy escasos los procesos de fusiones municipales desde entonces. Puede destacarse el extraordinario caso de Galicia, donde culminaron con éxito dos procesos de fusiones, de los municipios Oza-Cesuras, en el año 2013, y Cerdedo-Cotobade, en el año 2017<sup>8</sup>. Más recientemente, y de interés por la dimensión de los municipios afectados,

<sup>6</sup> Datos extraídos de Recaño Valverde (2020).

<sup>7</sup> Gómez Mendoza (2020).

<sup>8</sup> En la actualidad, desde la Comunidad Autónoma gallega se está impulsando un proceso de reflexión y análisis de la planta local gallega, con la finalidad de promover nuevos pro-

hay que llamar la atención sobre la puesta en marcha de la fusión de los municipios extremeños de Don Benito y Villanueva de la Serena, de la que saldrá el tercer municipio, en términos de población, de la Comunidad Autónoma.

De este modo, la configuración de la planta local exige, desde el punto de vista de la gestión de personas, diferenciar claramente dos niveles: por una parte, el de los más de seis mil ochocientos municipios con población inferior a cinco mil habitantes, y por otra, el de los mil trescientos que superan ese umbral. La diferente dimensión de unos y otros presenta problemáticas distintas y, en consecuencia, soluciones diversas. Como hemos apuntado, respecto a los primeros debe reclamarse la acción de la asistencia y cooperación técnica por los Gobiernos locales intermedios, diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, en tanto que, en el caso de las ciudades, de las entidades locales de mayor tamaño, la responsabilidad será de sus equipos de gobierno y equipos directivos, adecuando sus estructuras y funcionamiento a las necesidades organizativas, procedimentales y de funcionamiento para una efectiva transformación digital<sup>9</sup>.

En este mapa local, al margen de otras cuestiones, nos encontramos con una absoluta falta de escala normativa, vacío que ha intentado llenar la propuesta recogida en el Informe del Grupo de Análisis y Propuesta de Reformas en la Administración Pública “13 propuestas para reformar la Administración del Estado”<sup>10</sup>, que contempla la necesidad de adecuar el marco normativo obligacional para los municipios de menos de 20 000 habitantes, es decir, la gran mayoría de la planta local. La formulación de la propuesta pretende instaurar una regla general en relación con la actividad regulatoria, sin perjuicio de que, en la actualidad, ya pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico pequeñas adaptaciones para los municipios de menor población en el ámbito del empleo público (mediante las agrupaciones para el sostenimiento en común de la Secretaría, o con la limitación del número de personal eventual, tras la reforma de 2013), o la aplicación de un régimen simplificado de contabilidad, sin perjuicio de otras previsiones recogidas en normativa de carácter sectorial<sup>11</sup>.

Sin embargo, esta escala no se aplica al ámbito de la digitalización y la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de administración electrónica, donde tan solo podría reseñarse, como medida de contingencia, la reforma de la LRSAL, con la asignación a las diputaciones provinciales de la competencia en relación con los municipios con una población inferior a 20 000

---

cesos de fusión municipal. <https://www.xunta.gal/notas-de-prensa/-/nova/65620/xunta-luz-verde-realizacion-una-encuesta-para-conocer-percepcion-ciudadania-sobre>

<sup>9</sup> Cuenca Cervera (2019).

<sup>10</sup> INAP (2021b).

<sup>11</sup> Carbonell Porras (2021).

habitantes, como veremos en el apartado relativo al papel de las entidades locales intermedias.

Y es que no debemos olvidar que las entidades locales atienden con inmediatez gran número de servicios básicos de prestación obligatoria, y esta realidad exige ofrecer herramientas ágiles y flexibles pero también eficaces para garantizar esas prestaciones, y la diferente dimensión de la planta local conlleva también diferente disponibilidad de recursos, lo que nos situaría en un escenario municipal de ciudadanos de primera y de segunda, que se hace especialmente visible en relación con la posibilidad de tramitación electrónica de los procedimientos.

### 3.2

#### El análisis de la digitalización del mundo local a través de Informe IRIA

Para un examen basado en las evidencias partiremos de las conclusiones del Informe IRIA 2021, que lleva a cabo el análisis de los indicadores más representativos de la transformación digital en las entidades locales españolas, incluyendo las diputaciones, consejos, cabildos y ayuntamientos participantes<sup>12</sup>.

El Informe se realiza con carácter bienal y los datos son obtenidos a partir de una encuesta con una muestra de ayuntamientos y de todos los estratos, excepto los de más de 30 000 habitantes, en los que se pregunta al 100 %.

Sobre la base de la información recogida se presentan las siguientes conclusiones, divididas en 7 apartados:

“1. Las políticas TIC de la transformación digital.

La mitad de las diputaciones y más del 60% de los municipios grandes (de más de 100.000 habitantes) tienen planes estratégicos de transformación digital. Este porcentaje se va reduciendo en los municipios de menos población. Los trámites que permiten su uso mediante móvil han aumentado, según la respuesta de las entidades locales, entre el 42% y el 63%.

2. Servicios centrados en el ciudadano.

Los grandes municipios (Más de 500.000 habitantes) proporcionan mayoritariamente un porcentaje alto o muy alto de sus trámites a través del canal digital (en promedio el 70%), así como las diputaciones (en promedio el 64%). El resto de los estratos se sitúan a un nivel medio (variando del 43% al 59%).

3. Impulso a las actuaciones administrativas automatizadas.

<sup>12</sup> La información se ha actualizado a 1 de enero de 2021, siendo el período de encuesta el correspondiente a los años 2019 y 2020.

El 47% de las solicitudes por presentadas en registro por los ciudadanos son electrónicas. A finales de 2020 hay un de 1.116 EELL adheridas a la plataforma de intermediación, que han realizado el 10,9% de las consultas a través de la plataforma. Mientras que la firma electrónica de documentos está incorporada en las actuaciones internas de la mayoría de las EELL.

4. Gobierno abierto.

El 20,3% de los datos publicados en el portal [datos.gob.es](https://datos.gob.es) proceden de la administración local.

5. Equipamiento en las entidades locales.

El número de ordenadores personales se ha incrementado en casi todos los estratos respecto los datos de 2017. En términos globales el incremento es de un 4,8%.

6. Presupuesto y gastos TIC.

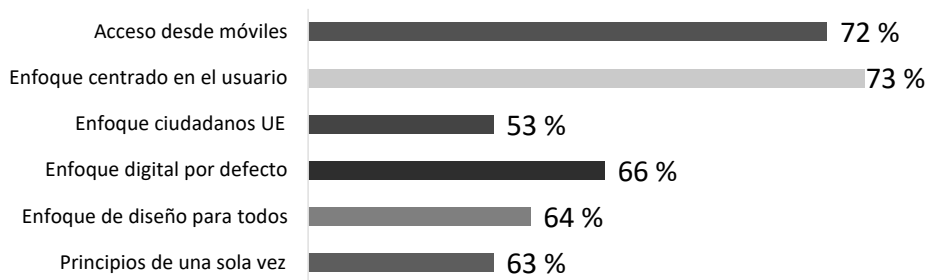
En 2020, el presupuesto total en las entidades locales considerando los capítulos 1+2+6 ha sido de 57.989 Mill€ (millones de euros).

7. Personal TIC.

El personal TIC es el 1,78% del total de efectivos”.

Estos datos permiten obtener una panorámica certera de la realidad del mundo local, si bien, a efectos del tema que nos ocupa, resulta conveniente destacar una de las que deben ser las características de toda Administración, en especial la local, como es la orientación hacia el ciudadano en el marco del proceso de digitalización, destacando el Informe IRIA el porcentaje de entidades locales que, teniendo planes, contemplan los principios recogidos en la declaración de Talín, lo que puede examinarse en el siguiente gráfico, que ofrece el porcentaje de entidades locales que adoptan principios de orientación al ciudadano.

**Orientación al ciudadano en la estrategia**



**Gráfico 1.** EE. LL. que adoptan principios de orientación al ciudadano (porcentaje)

Fuente: Informe IRIA 2021.

Por su parte, el siguiente gráfico presenta el detalle de adopción de estos principios por estratos, en relación con el nivel de población de las entidades locales, lo que nos permite un examen de las diferencias existentes entre las de menor población, de 500 a 1000 habitantes, y las de más de 500 000.

	Acceso desde móviles	Enfoque centrado en el usuario	Enfoque ciudadanos UE	Enfoque digital por defecto	Enfoque diseño para todos	Principio de una sola vez
<b>Diputaciones</b>	81 %	76 %	53 %	75 %	63 %	61 %
<b>De 500 a 1000</b>	36 %	42 %	33 %	33 %	42 %	33 %
<b>De 1000 a 2000</b>	73 %	64 %	55 %	64 %	64 %	45 %
<b>De 2000 a 5000</b>	50 %	50 %	50 %	20 %	50 %	60 %
<b>De 5000 a 10 000</b>	57 %	64 %	54 %	60 %	50 %	60 %
<b>De 10 000 a 30 000</b>	78 %	61 %	22 %	44 %	56 %	44 %
<b>De 30 000 a 100 000</b>	73 %	79 %	61 %	72 %	70 %	70 %
<b>De 100 000 a 500 000</b>	78 %	83 %	59 %	79 %	71 %	75 %
<b>Más de 500 000</b>	100 %	100 %	50 %	100 %	100 %	100 %

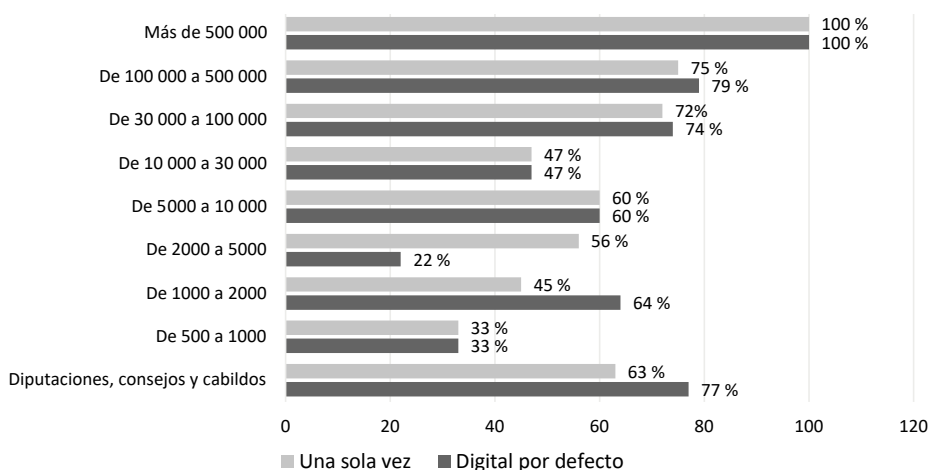
**Gráfico 2.** Principios de orientación al ciudadano en las EE. LL. (% EE. LL., por estratos)

Fuente: Informe IRIA 2021.

El Informe recopila también información sobre la orientación de los municipios hacia los dos principios “digital por defecto” y “una sola vez”, y los datos muestran que, aunque no dispongan de un plan específico, a partir de los 10 000 habitantes las entidades locales plantean sus acciones bajo una orientación “digital por defecto”, es decir, que proporcionan a los ciudadanos y a las empresas la opción de interactuar digitalmente con la Administración como primera opción. En el caso de la orientación al principio de “una sola vez”, hay que subir a los municipios que superan los 30 000 habitantes que han declarado estar orientados hacia el principio de “una sola vez”, es decir, que adoptan medidas para evitar cargas administrativas redundantes mediante el intercambio de datos con otras Administraciones, sin olvidar que no se trata solo de una buena práctica, sino también de un derecho que los ciudadanos pueden ejercer.

Esta cuestión presenta especial relevancia en relación con el cumplimiento del principio *once&only*, el principio de “una sola vez”, materializado ya en la LRJSP, e incorporado con mayor intensidad en el artículo 28 LPAC, que se presenta como el precepto legal por excelencia en el objetivo de minimizar los trámites y simplificar las actuaciones a la ciudadanía<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Campos Acuña (2021).



**Gráfico 3.** Entidades que se orientan hacia los principios “digital por defecto” y “una sola vez” (porcentaje)

Fuente: Informe IRIA 2021.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas también se ha encargado de fiscalizar, entre otras cosas, el estado de la implantación de la administración electrónica en los ayuntamientos de municipios de población entre 10 000 y 20 000 habitantes, y en su informe apunta a que solamente uno de los ayuntamientos fiscalizados disponía de todas las herramientas exigidas por la normativa, mientras que otro, sin embargo, no había desarrollado ninguna<sup>14</sup>.

### 3.3

#### El papel de las entidades locales intermedias en el cumplimiento normativo

Examinada ya la evidencia del infradimensionamiento de la planta local, debemos plantearnos el papel que corresponde en relación con esta cuestión a las entidades locales intermedias, en especial tras la reforma citada de 2013, en la que se intentaba repositionar a las diputaciones provinciales, frente al permanente cuestionamiento de la validez del modelo provincial en términos de eficacia y eficiencia.

<sup>14</sup> El estudio se ha realizado sobre una muestra de 38 consistorios de Andalucía, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares y la Región de Murcia. Véase “La mayoría de municipios de entre 10.000 y 20.000 habitantes no ha implantado totalmente los trámites electrónicos”, en *El Consultor de los Ayuntamientos* ([https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDAIMjBRK0stKs7Mz7M1MjACIQuOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAaB\\_-DUAAAA=WKE](https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDAIMjBRK0stKs7Mz7M1MjACIQuOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAaB_-DUAAAA=WKE)).

La atribución de competencias en el artículo 36.2 g) LRBRL en materia de administración electrónica, respecto a los municipios de menos de 20 000 habitantes, no parece que esté teniendo un resultado satisfactorio en términos de homogeneidad y garantía de cumplimiento normativo en el mapa municipal. Así se desprende de distintos informes, análisis y estudios, entre ellos el citado informe del Tribunal de Cuentas, que afirma que la asistencia de las Administraciones provinciales a los ayuntamientos de esta población en cuanto a la administración electrónica fue “incompleta”, no incluyendo, en la mayor parte de los casos, “la totalidad de las herramientas que era obligatorio por ley disponer”; e incluso que algunas de estas Administraciones provinciales excluyen a determinados ayuntamientos por su tamaño en esta materia, y algunas entidades locales tampoco prestaron asistencia en cuanto a administración electrónica a los municipios de su ámbito territorial.

Sobre esta cuestión puede citarse también la experiencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con los datos obtenidos por la Cámara de Cuentas de Aragón ha aprobado el Informe sobre la implantación y gestión de la administración electrónica en las entidades locales de población inferior a 20 000 habitantes<sup>15</sup>, en el que revisa el cumplimiento por parte de las diputaciones provinciales aragonesas de su obligación legal de prestar asistencia en materia de administración electrónica y contratación centralizada a los municipios con población inferior a 20 000 habitantes.

La principal conclusión del Informe es que las diputaciones provinciales no prestan adecuadamente estos servicios, sin perjuicio de la asistencia y cooperación que sí proporciona la Diputación de Huesca a los municipios de menos de 1000 habitantes, pero no así a los de mayor población (27 entidades de entre 1000 y 20 000 habitantes que concentran el 70 % de los habitantes de la provincia), que han tenido que afrontar con sus propios medios la adaptación a la administración electrónica. El análisis detallado de la implantación de la administración electrónica en los municipios de entre 10 000 y 20 000 habitantes muestra falta de planificación, escasez de recursos materiales y de personal, y desigual implantación de los servicios electrónicos.

Debe destacarse la ausencia, en el caso de las tres diputaciones, de documentos de planificación para la implantación en los municipios de los servicios relacionados con la administración electrónica, y, en consecuencia, también de evaluación y seguimiento de necesidades o carencias sobre esta cuestión. Por su carácter informador de una realidad común en muchas de las entidades locales, el Informe incide en que los ayuntamientos analizados

---

<sup>15</sup> [https://www.camaracuentasaragon.es/download/informes/20211112\\_Informe\\_00-Informe-definitivo-administracion-electronica-EELL.pdf](https://www.camaracuentasaragon.es/download/informes/20211112_Informe_00-Informe-definitivo-administracion-electronica-EELL.pdf).



deben alcanzar la plena adaptación de sus servicios a los requerimientos de la LPAC y la LRJSP, y adecuar su funcionamiento al cumplimiento de la normativa del ENS, del ENI, así como en materia de protección de los datos de carácter personal, así como informar a los ciudadanos de las posibilidades que ofrece la administración electrónica, estableciendo sistemas de evaluación sobre su implantación real.

A la vista de los datos expuestos, parece que todavía queda un amplio camino de mejora para hacer efectiva la citada competencia provincial que permita superar los obstáculos que, en el proceso de digitalización, se presentan para los municipios de menor tamaño, que representan la mayoría de la planta local en España.

#### 4

### **El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como oportunidad para avanzar en la digitalización**

En el contexto de la crisis generada por el COVID-19, la Unión Europea asumió, desde el primer momento, un fuerte liderazgo para intentar evitar o minimizar los graves daños que pudiesen producirse al mercado comunitario, a la economía de los Estados miembros y a la situación social de la ciudadanía europea, siempre con el foco puesto en la salida de la crisis sanitaria y la protección de la salud pública. Para ello, el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, consciente de la necesidad en este momento histórico de un esfuerzo sin precedentes y de un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea, acordó un paquete de medidas de gran alcance<sup>16</sup>.

Las medidas aprobadas se articulan mediante un doble nivel de respuesta: el instrumento Next Generation EU<sup>17</sup> (en adelante, fondo NGEU), y un presupuesto europeo a largo plazo reforzado para el periodo 2021-2027; y dentro de los diferentes ejes identificados como pilares de la recuperación se encuentra la transición digital. Como veremos, su articulación en España se produce a través del PRTR, en particular su Componente, 11 tal y como examinaremos a continuación en su proyección sobre el mundo local y cómo

<sup>16</sup> Decisión materializada en el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea, tal y como se desprende del Reglamento (UE) 2020/2094, del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis del COVID-19.

<sup>17</sup> Dotado con 750 000 millones de euros, que destinará al presupuesto de la UE financiación adicional obtenida en los mercados financieros durante el periodo 2021-2024.

puede contribuir al proceso de digitalización, articulación que debe completarse con el papel de la Agenda Urbana como eje de la transformación del mundo local.

## 4.1

### La modernización de las entidades locales en el Componente 11

El PRTR se estructura sobre 10 políticas palanca (a su vez desarrolladas en 30 componentes), donde nos encontramos con la cuarta política palanca: una Administración para el siglo XXI, que plantea una modernización de la Administración para responder a las necesidades de la ciudadanía y la economía en todo el territorio. El Componente 11, que desarrolla esta política a través de un conjunto de reformas e inversiones, cifra como objetivos estratégicos la digitalización y modernización de las Administraciones públicas, la transición energética y el refuerzo de las capacidades administrativas.

La inversión 3 del Componente 11 está dirigida específicamente a la transformación digital y modernización de las distintas Administraciones públicas<sup>18</sup>, también en el ámbito local, donde, como ejemplo, de las líneas de financiación vinculadas con el objetivo de la transición digital puede citarse la Orden TER/1204/2021, de 3 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2021, de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las Administraciones de las entidades locales, en el marco del PRTR<sup>19</sup>.

En cuanto al modelo de gobernanza del Plan, la unanimidad sobre la centralidad del modelo de formulación, gestión y ejecución del PRTR es absoluta, pues se otorga el protagonismo total a la Administración General del Estado, ignorando el modelo constitucional de organización territorial y la distribución de competencias. Para desarrollar la gobernanza del Plan se crean una Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, que preside el presidente del Gobierno, y un Comité Técnico que dará apoyo a

<sup>18</sup> Dispone de una financiación que asciende a 1000 millones de euros en el periodo 2021-2023. De esta cantidad se destinarán, a lo largo del periodo 2021-2023, 578,6 millones de euros a las comunidades autónomas y 391,4 millones de euros a las entidades locales. De los 391,4 millones de euros que está previsto destinar a las entidades locales, en este ejercicio se encuentran disponibles 92,77 millones de euros.

<sup>19</sup> Las actuaciones subvencionables tendrán como objetivos de carácter general: a) mejora de la accesibilidad de los servicios públicos digitales a los ciudadanos y empresas; b) reducción de la brecha digital; c) mejora de la eficiencia y eficacia de los empleados públicos; d) reutilización de los servicios y soluciones digitales construidas; e) utilización activa de las tecnologías emergentes en el despliegue de nuevos servicios digitales (*chatbots*, automatización y robotización, plataformas, etc.).

esta Comisión. Y, finalmente, se crea la Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con las comunidades y ciudades autónomas, que presidirá la persona titular del Ministerio de Hacienda, y los consejeros autonómicos competentes, y en donde se “podrá convocar” a los representantes designados por la Federación Española de Municipios y Provincias. Además, los ministerios podrán crear foros de participación y grupos de alto nivel y otros específicos para las organizaciones del diálogo social, para canalizar la gobernanza multinivel territorial propia del sistema español del Estado de las Autonomías, y establecer mecanismos y vías de cooperación y coordinación en la implementación del Plan.

Un análisis de la normativa aprobada, tanto por el Estado como por las comunidades autónomas, a fin de facilitar la ejecución del PRTR, permite observar que no ha tenido en cuenta las singularidades de las entidades locales, vértice fundamental para el éxito de los objetivos y las reformas. El municipio se presenta como el primer escenario de las políticas sociales, medioambientales, digitales, igualitarias e inclusivas, y desde el inicio de la pandemia ha estado a pie de calle promoviendo líneas de actuación para afrontar la primera oleada del COVID-19, la desescalada, los posibles rebrotes y la reconstrucción, el camino hacia la recuperación y la transformación. El Plan no podrá ejecutarse sin la contribución activa de las entidades locales, aunque, como señala Velasco (2021), no puede afirmarse que la estrategia de centralización estatal, a la hora de ejecutar el PRTR, sea contraria al derecho europeo, ya que este no predetermina el nivel de Gobierno con el que ejecutar el MRR, al que sirve el Plan Nacional, a diferencia del modelo aplicable a los fondos estructurales europeos, que sí exigen la participación y asociación de las entidades territoriales y de la sociedad civil (principio de asociación)<sup>20</sup>.

Las entidades locales constituyen un vector fundamental para el despliegue de uno de los ejes fundamentales del MRR y del PRTR, la transición digital, por lo que será necesario aprovechar las oportunidades del PRTR, donde el Componente 11 identifica claramente la digitalización de las Administraciones públicas, y la estrategia de transformación digital de la Administración prevé los mecanismos necesarios, asociados a todos los proyectos, para la adecuada gestión del cambio y adopción de los nuevos sistemas a implantar,

---

<sup>20</sup> Art. 8.1 del Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados.

reforma que presenta sustanciales impedimentos, afectando de un modo claro la falta de medios y recursos de la planta local, las resistencias al cambio en modelos organizativos caducos, y la interoperabilidad que requiere realizarse de forma acompasada con los procesos de transformación digital de cada Administración.

## 4.2

### La Agenda Urbana como hoja de ruta de la transformación

En este ámbito debemos poner de manifiesto el protagonismo de la Agenda Urbana Española (en adelante, AUE), aprobada por el Consejo de Ministros el 22 de febrero de 2019, como una política nacional urbana para orientar el sentido de las políticas urbanas sostenibles con objetivos sociales, ambientales y económicos. La Agenda Urbana se elabora para cumplir los compromisos adquiridos por España en varios acuerdos internacionales: la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030; la Nueva Agenda Urbana de Naciones Unidas, y la Agenda Urbana para la Unión Europea.

En, particular, y sin perjuicio de otros, a los efectos del presente estudio debemos destacar el Objetivo Estratégico 9: “Liderar y Fomentar la Innovación Digital”, en el que se plantean como objetivos específicos:

*9.1.– Favorecer la sociedad del conocimiento y avanzar hacia el desarrollo de las ciudades inteligentes (smart cities).*

Al igual que el diseño de las ciudades cobra especial importancia para la Agenda 2030 y los ODS, el fenómeno conocido como “*smart city*” o ciudades inteligentes se alinea claramente con ese objetivo, mediante el recurso a la tecnología IoT (*Internet Of Things*) para alcanzar ciudades sostenibles, con mejor calidad del aire, mayor eficiencia energética y un mayor nivel de calidad de vida para el conjunto de la ciudadanía, aprovechando las posibilidades que ofrecen las tecnologías, siendo básico el proceso de transformación digital.

En términos generales, todas las definiciones de *smart city* tienen como elemento común el uso de la tecnología para la mejora de la sostenibilidad y eficiencia de los servicios públicos, pasando a pivotar en su centralidad de la dimensión tecnológica hacia un concepto más amplio de gestión urbana con una visión holística de la ciudad, como un sistema funcional complejo y multidimensional. Precisamente, estas *smart cities* deben garantizar una gestión automática y eficiente de las infraestructuras y los servicios urbanos, una disminución del gasto público, una mejora de la calidad de los servicios públicos, y de este modo se posibilitará una mayor atracción económica hacia estas ciudades.

### 9.2.– *Fomentar la administración electrónica y reducir la brecha digital.*

En este Objetivo Estratégico debemos destacar la inclusión de las siguientes líneas de actuación:

- Aumentar los servicios de administración electrónica, facilitando los procedimientos administrativos a ciudadanos y empresas.
- Adoptar medidas de innovación tecnológica, con aplicaciones que acerquen al ciudadano a los servicios públicos.
- Disponer de estrategias de alfabetización digital de colectivos vulnerables (desempleados de larga duración, personas mayores, etc.), con el fin de reducir la brecha digital.
- Mejorar la formación especializada en estas materias, tanto por parte de los empleados públicos como de la sociedad en general.

Aunque las TIC son uno de los motores imprescindibles en el cumplimiento de cualquier agenda que tenga como meta mejorar la calidad de vida de las personas, proteger los ecosistemas naturales y la salud humana, incluyendo dentro de estas TIC *Blockchain*, *5G*, *Big Data*, IA e IoT, con un gran potencial para alcanzar todos y cada uno de los ODS, la Comisión Europea ha puesto de relieve que el concepto de ciudad inteligente va más allá del uso de las TIC para una mejor utilización de los recursos y para reducir las emisiones, y lo conecta de un modo claro con el haz de competencias que corresponde a las entidades locales, así como con los ODS, al vincularlo con redes más inteligentes de transporte urbano, sistemas de abastecimiento de agua y tratamiento de residuos mejorados, y formas más eficientes de iluminación y calefacción de los edificios, caminando hacia una administración de la ciudad más interactiva y responsable, espacios públicos más seguros, y satisfacer las necesidades de una población que envejece.

## 5

### **El factor humano como elemento conductor de la transformación digital**

El proceso de transformación digital y la digitalización de los procesos de la actividad de gestión de las entidades locales deben ser objeto de liderazgo, liderazgo que no puede asumirse únicamente en torno a consideraciones y cuestiones de orden tecnológico, pues si bien el factor digital es nuclear, su integración solo será posible desde una adecuada política de organización y gestión de personas (que se convertirán en el elemento diferencial) que, en el ámbito local, presenta especiales dificultades por su dimensión y configuración. En este sentido, la clara dualidad político-directiva que existe en

las organizaciones del sector público adquiere notas diferentes en el ámbito local, tanto por la dimensión como por la proximidad. Por un lado, el liderazgo político que corresponde a los representantes políticos, de naturaleza electa, y por otro, el liderazgo directivo en el plano administrativo y que, ante la ausencia de un nivel directivo propio en la función pública local<sup>21</sup>, corresponde en la mayoría de las ocasiones, *de facto*, a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (en adelante, FHN).

La consecución de los objetivos fijados en relación con la digitalización requiere de una acción concertada en la planificación de la transformación y en su proyección en la política de recursos humanos por ambos niveles de la organización local (Herrero, 2021; Campos, 2019). Pero no será suficiente, el proceso debe extenderse al conjunto de la organización; ante la llegada y el despliegue de las nuevas tecnologías en las Administraciones públicas, resulta necesario que la transformación se extienda también a la capacitación de las personas al servicio de la Administración, a su capacitación en competencias digitales, pero también en competencias blandas, ante la liberación de tareas de trabajo mecánico y repetitivo, pero también con nuevos formatos, como el teletrabajo. Tecnologías tales como la inteligencia artificial y los RPA conducirán a un nuevo modelo de gestión, consecuencia de la cuarta revolución industrial, que, más allá de aspectos puramente tecnológicos, se proyectará en el rediseño de los esquemas organizativos, tan marcados por la burocracia y la resistencia al cambio, en la desaparición, transformación y aparición de nuevos puestos de trabajo, y en la necesidad de que por parte de los poderes públicos se adopte una posición activa en relación con el proceso de transformación, que va mucho más allá de lo simplemente digital.

También sobre esta dimensión se ha pronunciado el citado Informe IRIA, que en uno de sus objetivos se ocupa de analizar las habilidades digitales de los empleados públicos; en cifras globales, el 65 % de las entidades encuestadas contemplan, en sus planes de transformación digital, la capacitación del empleado público en habilidades digitales. El 43 % ha respondido que dispone de un plan específico para desarrollar las habilidades digitales de los empleados públicos. Específicamente para el ámbito provincial, el 67 % de las diputaciones tienen un plan de capacitación de sus empleados públicos, porcentaje que se eleva al 83 % en los municipios de más de

---

21 Más allá de las especialidades establecidas para los municipios de gran población en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y la creación específica de una estructura directiva para este tipo de municipios.

500 000 habitantes, pero que comienza a descender a medida que desciende el nivel de población del respectivo municipio, pues en aquellos de más de 100 000 habitantes llega al 52 %, y continúa bajando en los municipios más pequeños, en los que no alcanza el 50 %.

Para avanzar en este camino, el INAP, el organismo de referencia, ha publicado el marco de referencia “Competencias Digitales de las Empleadas y los Empleados Públicos”, partiendo de los compromisos adquiridos en el Plan Nacional de Competencias Digitales. Esta iniciativa se enmarca en el Componente 11, Modernización de las Administraciones Públicas del PRTR, proyecto 21 denominado “Desarrollo de competencias digitales de personal empleado público”, dirigido a reforzar y desarrollar estas habilidades, en especial de la Administración General del Estado, de manera que las empleadas y los empleados públicos puedan ofrecer unos servicios públicos digitales eficientes que contribuyan a la reducción de las cargas administrativas, así como una manera de trabajar más eficiente con la aplicación de la capa tecnológica sobre los procesos administrativos<sup>22</sup>.

## 6

### Conclusiones: la urgencia de finalizar el inacabado proceso de digitalización

Tanto el MRR como el PRTR han puesto de relieve que la digitalización es un eje fundamental del proceso de recuperación tras la pandemia, reforzando así una tendencia que ya había comenzado a desplegarse, si bien a un ritmo más lento. Y en ese proceso, las entidades locales, que vertebran el conjunto del territorio y dan respuesta inmediata a las necesidades de la ciudadanía, son una pieza clave en esta transición digital, de la que no pueden permanecer al margen. Pero para ello son necesarios, por una parte, medios y recursos personales, económicos y materiales ajustados a la dimensión expuesta, y, por otra, una verdadera transformación cultural de la Administración, huyendo

<sup>22</sup> En el momento actual, la principal referencia la constituye el Marco Europeo de Competencias Digitales para la Ciudadanía. El *Joint Research Center* (JRC) de la Comisión Europea lanzó a finales de 2010 el proyecto “Digital Competence: Identification and European-wide validation of its key components for all levels of learners” (DIGCOMP), que propone un conjunto de competencias digitales para todos los ciudadanos, para que puedan abordar objetivos relacionados con el trabajo, el aprendizaje, el ocio y la participación en la sociedad en conjunto. Por su parte, la OCDE publicó en abril de 2021 “The OECD Framework for digital talent and skills in the public sector” (*Working Papers on Public Governance*, 45), que pretende servir de orientación a las Administraciones públicas para dotar a los servidores públicos de competencias digitales.

de mera burocracia digital y generando un nuevo modelo de gestión, amable, ágil, ciudadanocéntrico, basado en el dato y pensado para las personas, y en el que los empleados públicos y la correcta configuración de sus competencias profesionales constituyen un eje.

El diseño e implementación de las políticas públicas encaminadas a un proceso de digitalización del sector público local español aparece lastrado por múltiples factores, entre los que cabe destacar la inexistencia, como regla general, de suficiente personal TIC para abordar la nueva arquitectura tecnológica con solvencia, y la idoneidad de los FHN desde el punto de vista del liderazgo directivo<sup>23</sup>. Y esta es solo una parte del problema. La obsolescencia regulatoria también supone un gran riesgo, pues los tiempos en los que se producen los avances tecnológicos no permiten el acompañamiento de los tiempos de los procesos regulatorios tradicionales; quizás habría que plantearse optar por otros modelos más flexibles.

Para avanzar en el proceso de transformación digital es necesario que cada municipio cuente con una visión global, con un proyecto institucional que, a modo de hoja de ruta, defina los objetivos y determine las acciones a realizar sobre la base de los recursos y las competencias disponibles. La ausencia de una hoja de ruta con la que dirigir o liderar el diseño y la implementación de la transformación digital puede tener un alto coste para los municipios<sup>24</sup>. Para que realmente la introducción de tecnologías signifique una verdadera transformación digital en el mundo resulta clave trascender de las aproximaciones meramente operativas o de automatización y generar visiones integradas del sistema<sup>25</sup>.

Debe plantearse la urgencia de completar el proceso de transformación digital de las entidades locales, conclusión que podría parecer una obviedad, pero la realidad demuestra que mientras nos enzarzamos en los retos regulatorios de tecnologías como la IA, el *blockchain*, o la explotación de la información a través del *big data*, como hemos visto en el presente trabajo, todavía existe un importante número de entidades locales que presentan profundas carencias en términos de tramitación electrónica, que no son interoperables en sus procedimientos y que, en consecuencia, se encuentran muy alejadas de la citada gobernanza del dato. Tampoco debe olvidarse la brecha digital en su doble dimensión, de capacitación de la ciudadanía y de conectividad. Aunque tanto en Europa, con la Agenda Digital, como en España, con la Estrategia Digital 2025 y el PRTR, con-

---

23 Herrero Pombo (2021).

24 Cerrillo i Martínez (2020).

25 Salvador Serna (2021).



tamos con instrumentos marco de planificación, en los que se contemplan estos escenarios fijando objetivos y metas, así como la necesaria conectividad en todos los territorios, es necesario acompañar estos instrumentos con las medidas concretas que lo hagan posible, máxime tras un escenario como el generado por la crisis sanitaria del COVID-19, que ha puesto el protagonismo en los canales digitales.

En definitiva, el objetivo final de la digitalización requiere el concurso de múltiples factores, pero de un modo determinante resulta necesario incardinar de manera eficaz este tema en la agenda política y en el diseño de políticas públicas, en particular en el ámbito local, en el que solo sobre la dicotomía Gobierno y Administración se pueden construir los avances en la gestión pública; por ello es preciso situar en la agenda política la necesidad de abordar, en clave de liderazgo y en modo proactivo, la introducción de las tecnologías (disruptivas o no) en la gestión pública, y marcar el ritmo en el conjunto de la sociedad.

## 7

### Bibliografía

- Campos Acuña, C. (2019). Nuevos roles para los funcionarios de administración local con habilitación en el siglo XXI: Liderazgo y dirección pública. En C. Campos Acuña y R. Fernández Llera (dirs.). *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública* (pp. 45-66). Madrid: Wolters Kluwer.
- (dir.). (2021). *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Wolters Kluwer.
- Carbonell Porras, E. (2021). Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia. *REALA*, 15, 58-70.
- Castellanos Garijo, M. (2021). Actuaciones administrativas automatizadas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial III.
- Cerrillo i Martínez, A. (2020). La transformación digital de la Administración local: Identificando los elementos para una hoja de ruta. *Revista Democracia y Gobierno Local*, 50, 4-9.
- Comisión Europea. (2020). *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. Fecha de consulta: 28.01.2022. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf)

- Cuenca Cervera, J. (2019). Las problemáticas y desafíos del personal al servicio de las entidades locales: una visión general. En C. Campos Acuña y R. Fernández Llera (dirs.). *III Informe Red Localis. Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública* (pp. 25-40). Madrid: Wolters Kluwer.
- Gobierno de España. (2020a). *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*. Fecha de consulta: 15-01-2022. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIA2B.pdf>
- (2020b). *Plan España Digital 2025*. Fecha de consulta: 15-01-2022. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-EspañaDigital\\_2025.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-EspañaDigital_2025.pdf)
  - (2021a). *Estudio sobre digitalización de la Administración*. Fecha de consulta: 19-01-2022. Disponible en: <https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-12/informedigitalizacionAAPPdic21.pdf>
  - (2021b). *Informe IRIA 2021*. Fecha de consulta: 15-01-2022. Disponible en: [https://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Biblioteca/pae\\_PublicacionesPropias/Monografias-administracion-electronica/Informe\\_IRIA.html](https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Biblioteca/pae_PublicacionesPropias/Monografias-administracion-electronica/Informe_IRIA.html)
  - (2021c). *Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025*. Fecha de consulta: 09-02-2022. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/270121-Plan-DigitalizacionAdministracionesOptimizado.pdf>
  - (2021d). *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Fecha de consulta: 29-01-2022. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf)
  - (2021e). *Plan Nacional de Competencias Digitales*. Fecha de consulta: 09-02-2022. Disponible en: [https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127\\_plan\\_nacional\\_de\\_competencias\\_digitales.pdf](https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf)
- Gómez Mendoza, J. (2020). Despoblación, territorio y sostenibilidad (ODS). *Revista de estudios locales-CUNAL*, 232, 38-67.
- Herrero Pombo, C. (2021). La digitalización del sector local: una partitura sin orquesta. *Documentación Administrativa*, 8, 43-65.
- INAP. (2021a). *Competencias Digitales de las Empleadas y los Empleados Públicos. Marco de referencia*. Fecha de consulta: 09-02-2022. Disponible en:

[https://www.inap.es/documents/10136/1976576/Marco\\_competencias+digitales\\_EEPP.pdf/a049ece6-999e-17f1-d819-b4d7f58fe515](https://www.inap.es/documents/10136/1976576/Marco_competencias+digitales_EEPP.pdf/a049ece6-999e-17f1-d819-b4d7f58fe515)

- (2021b). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*. Disponible en: <https://www.libreriavirtuali.com/inicio/13-propuestas-para-reformar-la-Administración-del-Estado-EBOOK-p427983422>

Recaño Valverde, J. (2020). La despoblación que no cesa. *Dossieres Economistas sin Fronteras*, 36, 39-44.

Rivero Ortega, R. (2017). Gestión pública inteligente, innovación e información: oportunidades y riesgos del big data administrativo. *Presupuesto y Gasto Público*, 86, 141-152.

Salvador Serna, M. (2021). Transformación digital y función pública: capacidades institucionales para afrontar nuevos retos. *Documentación Administrativa*, 8, 25-42.

Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales. *REALA*, 16, 33-52.



A stylized tree graphic in shades of pink and red. The tree has a thick trunk and several branches with oval-shaped leaves. The background is a light pink gradient.

QDL58

**II.  
Sección  
general**

# Delimitación entre contrato, convenio y subvención

CARME SIBINA VIDAL

*Doctora en Derecho.*

*Letrada de la Dirección de Servicios de Secretarías  
Delegadas de la Diputación de Barcelona.*

*Profesora asociada de Derecho Administrativo de la UB*

## 1. Introducción

## 2. Contrato

- 2.1. Definición de contrato
- 2.2. Definición de contrato público en la LCSP

## 3. Subvención

- 3.1. Definición de subvención
- 3.2. Elementos objetivos de la subvención
  - 3.2.1. Disposición dineraria con cargo a los fondos públicos
  - 3.2.2. Requisito de afectación
  - 3.2.3. Inexistencia de contraprestación directa del beneficiario
- 3.3. Supuestos no comprendidos y excluidos de la LGS
- 3.4. Diferencias entre la subvención y el contrato

## 4. Convenio de colaboración

- 4.1. Marco legal de los convenios de colaboración
  - 4.1.1. Regulación de la LCSP
  - 4.1.2. Regulación de la LGS y del RGS
- 4.2. Diferencias entre el convenio y la subvención
- 4.3. Configuración doctrinal de los convenios de colaboración: diferencias con los contratos

## 5. Recomendaciones para la distinción

## 6. Cuadro resumen: diferencias entre los tres negocios jurídicos

## 7. Bibliografía

## Resumen

Los contratos, los convenios y las subvenciones son tres negocios jurídicos que no siempre son fáciles de distinguir, porque comparten varios elementos (mismas partes, realización de una actividad de

*Artículo recibido el 26/11/2021; aceptado el 20/12/2021.*

interés general y transferencia de fondos públicos). Ahora bien, la elección del tipo de negocio que es aplicable a un supuesto concreto no está a disposición de las Administraciones públicas. Al contrario, la finalidad, los derechos y las obligaciones de las partes son los que definen la naturaleza del negocio jurídico que debe elegirse y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable, de modo que el estudio de estos elementos nos permite delimitar el ámbito propio de cada uno de ellos.

El presente estudio se centra en el análisis de estos tres negocios jurídicos, delimitando el ámbito de cada uno de ellos, buscando herramientas para distinguirlos y formulando una serie de recomendaciones para establecer, en cada caso concreto, si estamos ante un contrato, un convenio o una subvención.

Palabras clave: *contrato; convenio; subvención.*

### ***Drawing the scope of contracts, agreements and subsidies***

#### **Abstract**

*Contracts, agreements and grants are three legal tools that are not always easy to distinguish, because they share several elements (same parts, carrying out an activity of general interest and transferring public funds). However, public administrations are not free in choosing the type of tool applicable to a specific case. On the contrary, the aim, rights and obligations of the parties are those that define the nature of the legal tool to be chosen and, therefore, the applicable legal framework, so that the study of these elements allows us to draw the scope of each of them.*

*The article focuses on the analysis of these three legal tools and it draws the scope of each of them, looking for criteria to distinguish them and formulating a series of recommendations to establish, in each case, whether we have a contract, an agreement or a grant.*

Keywords: *contract; agreement; grant.*

## 1 Introducción

Las Administraciones públicas disponen de tres negocios jurídicos que no siempre son fáciles de distinguir: el contrato, la subvención y el convenio de colaboración. El principal problema es que estos tres negocios se pueden –y, de hecho, se suelen– confundir<sup>1</sup>, ya que tienen varios elementos en común: (i) en los tres casos las partes pueden ser las mismas (por un lado, una Administración pública, y por el otro, otra entidad pública o un sujeto privado); (ii) la actividad objeto del negocio es de interés general; (iii) existe una transferencia de fondos públicos, y (iv) todos ellos se amparan en la discrecionalidad administrativa<sup>2</sup>. Además, otro elemento que incrementa dicha confusión es que el instrumento utilizado para canalizar determinadas subvenciones es un convenio de colaboración.

La legalidad en abstracto de estos tres negocios jurídicos no significa que la elección del tipo de negocio aplicable a un supuesto concreto sea disponible para las Administraciones públicas. Al contrario, la finalidad, los derechos y las obligaciones de las partes son los que definen la naturaleza del negocio jurídico a elegir y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable. Por tanto, solo a través del estudio de estos elementos podremos determinar la existencia de un verdadero y típico contrato, la existencia de una subvención, o la existencia de otra figura –como puede ser la del convenio de colaboración–.

Ahora bien, como ha destacado la doctrina, no es infrecuente que una relación estrictamente contractual se enmascare tras de un convenio de colaboración para eludir los principios de concurrencia competitiva y hacer posible una adjudicación directa que se encontraría prohibida por la legislación contractual, o que un convenio de colaboración camufle una subvención otorgada al margen de los requisitos legales de la legislación en materia subvencional. Y todo ello, con la utilización de un vocabulario que no contribuye a esclarecer la distinción conceptual: pacto, acuerdo de voluntades, protocolo, acuerdo bilateral, contrato-programa, etc.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Es más, en determinados supuestos la línea divisoria entre ellos es tan fina que, en algunos casos, se puede situar el negocio a uno u otro lado sin vulnerar la legalidad. En este sentido, Moreo Marroig (2013).

<sup>2</sup> Entendida como “libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración” (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 1995, Rec. 587/1992 –FJ 3–).

<sup>3</sup> Bauzá Martorell (2018).



Sin embargo, siguiendo las palabras del Tribunal Supremo, “*los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren, con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras, al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (...)*”<sup>4</sup> (las cursivas son nuestras).

Así, la denominación que recibe el negocio jurídico no determina su naturaleza, sino que los negocios jurídicos son lo que son (en base a la finalidad, los derechos y las obligaciones de las partes), más allá del artificio de atribuirles una denominación que no responde a la naturaleza jurídica real, con el fin de aplicar uno u otro régimen jurídico según convenga en cada caso.

Por tanto, para distinguir los tres negocios jurídicos y escoger el que corresponde en cada caso concreto, antes que nada es necesario determinar su finalidad; es decir, definir qué se quiere conseguir con la actuación de la Administración: ¿se quiere fomentar una actividad?, ¿proveerse de bienes o servicios?, ¿llevar a cabo una finalidad institucional? En segundo lugar, es necesario analizar los derechos y las obligaciones de las partes. Por un lado, hay que precisar qué hace la Administración: ¿solo paga una cuantía?, ¿lleva a cabo tareas en relación con la actividad?, ¿tiene capacidad de decisión sobre cómo se lleva a cabo la actividad? Y, por otro lado, también hay que conocer la posición de la otra parte del negocio: ¿tiene una capacidad absoluta para decidir cómo se lleva a cabo la actividad?, ¿emite una factura?, ¿debe justificar los gastos? Las respuestas a estas preguntas son las que nos permitirán saber si estamos ante un convenio, un contrato o una subvención.

Así pues, para poder categorizar correctamente la naturaleza de las distintas obligaciones de gasto contraídas por las Administraciones públicas, es necesario estudiar los rasgos configuradores de los distintos negocios jurídicos en que estas obligaciones se pueden articular.

---

<sup>4</sup> Entre otras, STS de 18 de septiembre de 2006, Sala de lo Civil (Roj: STS 5276/2006 – ECLI: ES:TS:2006:5276) (FJ 2).

## 2 Contrato

### 2.1 Definición de contrato

La definición del contrato como institución jurídica pertenece a la teoría general del derecho y es común a todas las disciplinas jurídicas<sup>5</sup>. El contrato puede definirse como una convención jurídica manifestada en forma legal, en cuya virtud una parte se obliga a favor de otra u otras, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación, produciéndose entonces un intercambio de prestaciones obligacionales<sup>6</sup>.

Siguiendo a O’Callaghan, el contrato es un negocio jurídico bilateral productor de obligaciones; y “como tal negocio jurídico le son aplicables las clasificaciones del mismo, aunque teniendo en cuenta que no alguna de ellas: así, el negocio jurídico contractual será siempre bilateral (no unilateral) *inter vivos* (no mortis causa) y patrimonial (no familiar)”. Añadiendo que “los contratos bilaterales son siempre onerosos”<sup>7</sup>.

Por tanto, los contratos son acuerdos de voluntades en los que las partes establecen una relación onerosa basada en una prestación y una contraprestación recíprocas.

Los elementos esenciales comunes a todos los contratos se encuentran regulados en el artículo 1261 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC), que establece: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes”:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto: prestación/conducta a la que se comprometen las partes.
3. Causa de la obligación: finalidad económica y social que se persigue con la celebración del contrato –es igual para todos los contratos del mismo tipo– y, a la vez, motivo y finalidad concreta perseguidos por la parte que impulsa el negocio jurídico<sup>8</sup> (en consecuencia, en el presente trabajo, finalidad y causa se utilizarán como sinónimos). Según el artículo 1274 del CC en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

<sup>5</sup> Cosculluela Montaner (2014: 397).

<sup>6</sup> Moreo Marroig (2010: 80). Sobre el contrato como fuente de obligaciones *vid.* Carrasco Perera (2021: 63-66).

<sup>7</sup> O’Callaghan (2001: 200).

<sup>8</sup> Albadalejo (2001: 679).

Esta configuración de los contratos propia del derecho civil es extensible a los contratos celebrados por las Administraciones públicas, con independencia de que se esté ante contratos administrativos o contratos privados. Dejando a un lado el origen y las diferencias de estas dos categorías<sup>9</sup>, en los contratos realizados por una Administración pública necesariamente concurren simultáneamente la causa concreta del contrato proyectado y la finalidad de satisfacer el interés público, que debe presidir cualquier actuación administrativa (artículo 103.1 CE).

Además, cuando la parte contratante es una Administración pública (o una entidad que forma parte del sector público), debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), salvo para los contratos excluidos por la propia LCSP.

## 2.2

### Definición de contrato público en la LCSP

En consonancia con lo que se acaba de explicar, el artículo 2.1 de la LCSP determina que son contratos del sector público “los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3”<sup>10</sup>. Así, para calificar un contrato como público según la LCSP deben concurrir dos requisitos: (i) ser negocios jurídicos onerosos y (ii) estar celebrados por una entidad del sector público (en los términos de la propia Ley). Centrándonos en el primer requisito, la LCSP precisa: “Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta” (artículo 2.1, segundo párrafo, de la LCSP). Por tanto, tal como han destacado distintos autores, la LCSP se reserva para sí misma cualquier

<sup>9</sup> Sobre el origen y las diferencias de estas dos categorías –contratos administrativos y contratos privados– *vid.* García de Enterría y Fernández (2013); Cosculluela Montaner (2014); y, por todos, Santamaría Pastor (2002: 193 y ss.).

<sup>10</sup> Esta definición transpone al ordenamiento del Estado español la realizada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 en el artículo 2.1.5), en el que se definen los contratos públicos como “contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

negocio jurídico oneroso<sup>11</sup> que no se encuentre expresamente excluido por la propia Ley<sup>12</sup>.

Hay que tener presente que el concepto de onerosidad ha sido delimitado de forma amplia por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)<sup>13</sup> y, consecuentemente, por los tribunales del Estado español y por las resoluciones de los distintos órganos administrativos<sup>14</sup>; en especial, de los tribunales de contratos<sup>15</sup> y de las juntas consultivas de contratación<sup>16</sup>.

En palabras del TJUE, el “carácter oneroso implica que el poder adjudicador que concluye un contrato público recibe en virtud de éste, a cambio de una contrapartida, una prestación que debe tener un interés económico directo para él”<sup>17</sup>. Por tanto, el carácter oneroso se desprende del hecho de que las partes se obligan a realizar una prestación en contrapartida (por causa) de otra prestación<sup>18</sup>.

Pero este carácter oneroso que se exige a la institución contractual no debe confundirse con la existencia de finalidad de lucro por las partes contratantes.

<sup>11</sup> Canales y Huerta (2018: 49).

<sup>12</sup> No todos los negocios jurídicos y contratos otorgados por las entidades del sector público, en algunos casos con indudable carácter oneroso, se encuentran sujetos a las determinaciones y exigencias de la LCSP. Al contrario, la LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación determinados negocios, relaciones y contratos en los artículos 4 a 11.

<sup>13</sup> Sentencias del TJUE de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19, § 47), de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18, § 40), de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, § 45) y de 25 de marzo de 2010 (asunto C-451/2010, § 48).

<sup>14</sup> Por ejemplo, la Intervención General del Estado, entre otros, en el Informe de 20 de junio de 2007, en el que se plantean diversas cuestiones relacionadas con la aplicación del artículo 3.1.c) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la redacción dada al citado precepto por el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. En este informe se detalla que “un contrato es oneroso cuando el poder adjudicador adeuda una contraprestación por la prestación que debe cumplir el contratista. (...) La doctrina precisa que, en los negocios onerosos, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen (...)”.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 396/2014, de 23 de mayo.

<sup>16</sup> Entre otros, informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 31/1997, de 10 de noviembre, y 57/2003, de 30 de marzo, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 13/2014, de 22 de junio.

<sup>17</sup> Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19, § 47). *Vid.* la jurisprudencia del TJUE citada por Gil Ibáñez (2018: 29-30).

<sup>18</sup> Tal como destaca la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, el carácter oneroso reside en la relación de causalidad entre las prestaciones de ambas partes. Entre otros, Informe, de 14 de junio de 2021, sobre la calificación jurídica que deben recibir, como convenios o como contratos sometidos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, las relaciones jurídicas establecidas por el Departamento de Educación con entidades privadas, que tienen por objeto actividades docentes para la formación profesional (CJ II).

Así, como ha destacado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, “la contraprestación que recibe el contratista *no debe tener necesariamente un contenido monetario*, reflejándose el carácter oneroso de los contratos públicos fundamentalmente en el contenido económico de la prestación que recibe el poder adjudicador, por lo que la contraprestación que recibe el contratista puede ser diversa según el tipo de contrato, *puediendo constituir cualquier ventaja, identificada con todo tipo de obligaciones asumidas por el poder adjudicador como contrapartida por la realización de la prestación*”<sup>19</sup> (las cursivas son nuestras).

Por tanto, para que la relación recíproca de prestaciones de un contrato tenga carácter oneroso, la prestación que recibe el poder adjudicador siempre debe tener contenido económico, pero, por contra, no se puede exigir que el contratista persiga la obtención de beneficios. En consecuencia, la onerosidad del contrato se desvincula del contenido concreto de la contraprestación, que en algunos casos –la mayoría– será monetario, pero puede consistir en otras formas de contrapartida<sup>20</sup>. En particular, según la jurisprudencia del TJUE, un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público oneroso por el hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación pactada<sup>21</sup>.

Esta jurisprudencia del TJUE se encuentra claramente descrita en la posición de la Abogada General, D.<sup>a</sup> Verica Trstenjak, en sus conclusiones de 23 de mayo de 2012, asunto C-159/11, en que sostiene lo siguiente:

“(…) *la sola falta de beneficio no convierte en gratuito el acuerdo contractual*. Éste sigue siendo a título oneroso desde el punto de vista económico, pues el destinatario sí recibe una prestación de carácter pecuniario, por lo que, en principio, puede estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Al margen de esto se puede

<sup>19</sup> Informe, de 14 de junio de 2021, citado *supra* (CJ II).

<sup>20</sup> En palabras de Lado Castro-Rial (2018: 89), “no son infrecuentes los casos de contratos en los que su precio –o valor estimado en su caso– es cero, pero en los que el contratista obtiene algún tipo de ventaja o beneficio, por lo que se consideraba necesario recoger que su carácter oneroso concurre cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico de forma directa o indirecta”.

<sup>21</sup> STJUE, de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, § 29), en la que se establece que “un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado”. Más recientemente, STJUE de 10 de septiembre de 2020 (asunto C-367/19, § 25): “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del sentido jurídico habitual del término ‘oneroso’ se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (...), aun cuando tal contraprestación no deba necesariamente consistir en el pago de una cantidad de dinero, de manera que la prestación puede retribuirse mediante otras formas de contrapartida, como el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (...).”.

sostener que sólo una interpretación amplia del concepto de “carácter oneroso” satisface el objetivo de las directivas sobre contratación pública (...). Por tanto, *de conformidad con esta amplia interpretación no se puede exigir necesariamente que el prestador de servicios persiga la obtención de beneficios: para que se cumpla el requisito relativo al carácter oneroso debe bastar con que el prestador de servicios perciba simplemente una remuneración que cubra los costes en forma de compensación de gastos*. En consecuencia, el concepto de remuneración debe comprender también las meras compensaciones”<sup>22</sup> (las cursivas son nuestras).

Por otra parte, como ha puesto de relieve el TJUE<sup>23</sup>, bajo el concepto de operador económico utilizado por las directivas europeas pueden incluirse organismos cuya finalidad principal no sea la obtención de lucro, ni siquiera la actuación en el mercado (como pueden ser las universidades o los centros de investigación). Así lo ha entendido también el ordenamiento jurídico del Estado español cuando admite con total normalidad que puedan ser contratistas de la Administración no solo los empresarios mercantiles, sino también las entidades que no tienen ánimo de lucro (artículo 65.1 de la LCSP)<sup>24</sup>.

Por tanto, un contrato no perderá su carácter oneroso por el hecho de que no sea lucrativo (que la entidad con la que se suscribe no tenga ánimo de lucro) y su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación pactada. En otras palabras, la carencia de ánimo de lucro no nos lleva *automáticamente* a la figura del convenio de colaboración; si la causa del negocio jurídico es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte y la prestación que recibe el poder adjudicador tiene contenido económico, estaremos ante un contrato<sup>25</sup>.

Además, aunque la LCSP no lo dice expresamente, es posible afirmar que, junto con la onerosidad, la bilateralidad es el otro elemento clave en la delimitación del concepto de contrato público. En este sentido se ha pronunciado el TJUE, al afirmar que “el carácter sinalagmático<sup>26</sup> del contrato es así

<sup>22</sup> Texto extraído de Santiago Iglesias (2018: 637, nota al pie núm. 53).

<sup>23</sup> Por ejemplo, en la STJUE, de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-305/08, § 43).

<sup>24</sup> Vilalta Reixach (2016: 96-97).

<sup>25</sup> Conviene destacar que esta interpretación extensiva de la onerosidad, sumada a la vigente regulación de los convenios en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y en el artículo 6.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dejan casi sin espacio a los convenios interadministrativos que canalizan la colaboración horizontal entre Administraciones públicas. Sobre esta cuestión *vid. infra* el apartado 4.1.1.

<sup>26</sup> La RAE define los contratos sinalagmáticos como “contratos bilaterales”.

una característica esencial de un contrato público”<sup>27</sup>. De modo que quedarán excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que no pueda hablarse estrictamente de dos partes (o voluntades) diferenciadas (aunque existan dos personas jurídicas), por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador (relaciones *in house*)<sup>28</sup>.

Por último, debe prestarse atención a las prestaciones que conforman el objeto de los contratos públicos. Como es bien sabido, la LCSP se aplica no solo a los contratos típicos (contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios)<sup>29</sup>, sino también a los contratos atípicos, especiales o innominados que se calificarán, en cada caso, según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación (artículo 12.2 LCSP)<sup>30</sup>.

En conclusión, los rasgos característicos de los contratos públicos son: la presencia de una entidad del sector público (de entre las enumeradas en el artículo 3 LCSP), la bilateralidad (presencia de dos voluntades), la onerosidad (de forma que se excluyen del concepto de contrato las relaciones jurídicas con prestaciones gratuitas) y las prestaciones que conforman el objeto.

### 3

## Subvención

### 3.1

#### Definición de subvención

La subvención se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS) como aquella disposición dineraria que realiza una Administración pública a fa-

<sup>27</sup> Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19, § 47).

<sup>28</sup> Mellado Ruiz (2018: 560).

<sup>29</sup> Tal como nos recuerda la propia LCSP (artículo 2.4), para identificar las prestaciones que son objeto de los contratos típicos regulados en esta Ley se utiliza el “Vocabulario común de contratos públicos”, aprobado por el Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que lo sustituya.

<sup>30</sup> Los contratos típicos son aquellos que se adecuan a las categorías previstas y establecidas en la ley (tienen una regulación legal), mientras que los contratos atípicos no tienen una regulación legal (también se les denomina “contratos innominados” o “contratos *sui generis*”). En este sentido, el artículo 1255 del CC permite la construcción de nuevas figuras jurídicas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

vor de una persona pública o privada condicionada al cumplimiento de un comportamiento o a la realización de una actividad, sin contraprestación directa por la persona beneficiaria, y afectada a un fin de utilidad pública o de interés social.

Una de las características más importantes de la subvención es su carácter finalista y gratuito, aunque condicionada a la realización, por parte del particular o de la persona pública, de una actividad o comportamiento.

Debe remarcarse que, por el hecho de formar parte de la actividad de fomento de la Administración, debe comportar específicamente la realización de una actividad por parte del particular –o persona pública– que tenga interés para la Administración pública que la promueve.

Los elementos esenciales de las subvenciones son los siguientes:

- Objeto: disposición dineraria
- Sujetos: otorgante y beneficiario
- Requisito de afectación: la disposición dineraria se vincula al cumplimiento de un fin que debe ser de utilidad pública o de interés general<sup>31</sup>
- Inexistencia de contraprestación directa del beneficiario

## 3.2

### Elementos objetivos de la subvención

A continuación analizamos los elementos objetivos del concepto legal de subvención a los solos efectos de delimitar este negocio jurídico y de establecer elementos de diferenciación con el contrato y el convenio de colaboración.

#### 3.2.1

##### Disposición dineraria con cargo a los fondos públicos

El objeto de la subvención se identifica con la entrega o la aportación dineraria con cargo a los fondos públicos, lo que, como ha destacado la doctrina, conlleva adoptar un concepto estricto de subvención, no equivalente, sin más, a ayuda económica<sup>32</sup>. Además, con carácter general, se excluyen del concep-

---

<sup>31</sup> Fernández Farreres (dir., 2005: 35).

<sup>32</sup> Fernández Farreres (dir., 2005: 30; 2004: 9).

Tal como afirman Pascual García y Cebrián Ruiz, el concepto de subvención es más restrictivo que el de ayudas públicas. Pascual y Cebrián (2017: 45). Sobre la diferencia entre subvención y ayuda pública *vid.* Sesma Sánchez (2018).



to de subvención las aportaciones en especie<sup>33</sup>, si bien la disposición adicional quinta de la LGS (precepto no básico) establece que esta Ley se aplicará (en los términos reglamentariamente establecidos) a los casos en que “la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero”.

La remisión reglamentaria nos lleva al artículo 3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Subvenciones (en adelante, RGS), que dispone que las entregas de bienes, derechos o servicios que han sido adquiridos con la finalidad exclusiva de ser entregados a terceros tendrán la consideración de ayudas en especie cuando cumplan los requisitos del artículo 2.1 de la LGS, letras a), b) y c); esto es:

- Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya efectuados o por efectuar, o la concurrencia de una situación, y el beneficiario debe cumplir las obligaciones materiales y formales que se hayan establecido.
- Que el proyecto, la acción, la conducta o la situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

Al cumplirse estas condiciones, los bienes, derechos o servicios (como, por ejemplo, ordenadores o libros) que hasta el momento han formado parte de la órbita patrimonial de la Administración concedente, tienen la consideración de ayudas en especie y estarán sujetas a la LGS y al RGS, con las peculiaridades que conlleva la naturaleza especial de su objeto<sup>34</sup>.

### 3.2.2

#### Requisito de afectación

La entrega dineraria se encuentra sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción

<sup>33</sup> Cortell Giner (2009: 86); Pascual y Cebrián (2017: 45).

<sup>34</sup> Este régimen particular se manifiesta, por ejemplo, en el caso de que se declare la procedencia del reintegro de una ayuda en especie. En este supuesto el artículo 3.3 del RGS prevé que se considerará como cantidad recibida a reintegrar un importe equivalente al precio de adquisición del bien, derecho o servicio. Y que, en todo caso, es exigible el interés de demora correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la LGS.

de un comportamiento singular (ya realizado o por desarrollar) o la concurrencia de una situación<sup>35</sup>. Esto significa que la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la correcta afectación. De modo que el incumplimiento de las cargas y obligaciones en que se concreta esta afectación supone la exigencia del reintegro de la subvención recibida (en suma, sin afectación no hay subvención).

En este sentido, se ha definido la subvención como una *donación modal* de derecho público, consistente en una decisión unilateral de empobrecimiento voluntario por parte de la Administración, en beneficio de una persona a la que se impone un modo o condición; es decir, una carga que le exige un comportamiento del que depende la posibilidad de disfrutar de los beneficios del acto<sup>36</sup>.

Por otra parte, la afectación se refleja en las características de la acción, actividad o situación del beneficiario de la entrega dineraria, que –según el artículo 2.1 c) LGS– debe ser de utilidad pública o de interés general. Lo que significa que la entrega dineraria se justifica porque con ella se fomenta una actividad que, sin dejar de ser propia del beneficiario –y, si este es particular, sin dejar de ser una actividad privada–, es, al mismo tiempo, una actividad de interés público o en la que existe un interés público en que se realice<sup>37</sup>.

A efectos del presente estudio, este último inciso resulta especialmente relevante. En concreto, nos referimos a que, en las subvenciones, el promotor de la acción o actividad es siempre el beneficiario (o receptor de los fondos), no la Administración pública que otorga la subvención. Así, aunque la actividad debe ser de utilidad pública o de interés general para poderla subvencionar, siempre será una actividad propia del beneficiario y desarrollada por este.

### 3.2.3

#### Inexistencia de contraprestación directa del beneficiario

El artículo 2.1 a) de la LGS establece como requisito necesario de cualquier subvención que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la subvención es una *disposición gratuita* a personas, públicas o privadas, para fomentar una actividad de interés público<sup>38</sup>.

Ahora bien, conviene destacar que la falta de contraprestación del beneficiario lo es en relación con la Administración otorgante de la suma dineraria. Así, el cumplimiento de las obligaciones o cargas que asume el beneficiario

<sup>35</sup> Cortell Giner (2009: 87).

<sup>36</sup> Juega Cuesta (coord., 2021: 21-22); Moreo Marroig (2010: 82).

<sup>37</sup> Fernández Farreres (2004: 12).

<sup>38</sup> Moreo Marroig (2010: 82); Pascual y Cebrián (2017: 45).

(como consecuencia de la afectación) no se traduce en contraprestaciones a favor del otorgante de la subvención. En palabras de Fernández Ferreres: “La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él le beneficia, sin que la Administración otorgante obtenga nada a cambio”. Por ello, la relación subvencional no se configura como una relación contractual sinalagmática<sup>39</sup>.

Por tanto, a efectos de nuestro estudio, debe remarcarse que la subvención se configura como un negocio jurídico unilateral, mientras que el contrato y el convenio de colaboración son, por definición, negocios jurídicos bilaterales.

Para concluir, en los negocios jurídicos en que se den los tres elementos objetivos descritos nos encontraremos ante una subvención (a no ser que sea un caso expresamente excluido por la propia LGS o por el RGS). En este mismo sentido, el artículo 2.1 del RGS establece que la LGS y el RGS serán de aplicación a toda disposición dineraria que, cumpliendo con los requisitos que establece el artículo 2.1 de la LGS, sea realizada por cualquier Administración pública o entidad del sector público a favor de personas públicas o privadas, cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva la disposición dineraria.

### 3.3

#### Supuestos no comprendidos y excluidos de la LGS

La LGS y el RGS enumeran distintos supuestos que (i) bien no se encuentran comprendidos en la LGS (ii) o bien están excluidos. En este momento, y dado el objeto del presente estudio, solo centraremos la atención en uno de los supuestos descritos por las citadas normas. Si bien en el apartado relativo a los convenios de colaboración ampliaremos este análisis (ver *infra*).

El artículo 2.2 de la LGS establece que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas destinadas a financiar globalmente las actividades propias de las Administraciones beneficiarias<sup>40</sup>. Tal como ha destacado la

<sup>39</sup> Fernández Ferreres (2004: 12).

<sup>40</sup> En concreto, el artículo 2.2 LGS dice: “No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

doctrina, en este caso el legislador está excluyendo del ámbito de aplicación de la LGS lo que, por definición, no se encuentra sujeto a la misma. Es decir, excluye de su ámbito de aplicación transferencias y aportaciones dinerarias no afectadas (que no cumplen con el requisito de afectación) para la financiación de las haciendas de las entidades receptoras<sup>41</sup>.

En sentido contrario, las transferencias interadministrativas que cumplan con los elementos objetivos de las subvenciones sí que están sujetas a la aplicación de su régimen jurídico, sin perjuicio de que se puedan establecer modulaciones, especialidades o exclusiones expresas<sup>42</sup>.

### 3.4

#### Diferencias entre la subvención y el contrato

Lo que se ha explicado hasta ahora ya nos permite establecer una serie de diferencias entre los contratos y las subvenciones, tal como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro núm. 1<sup>43</sup>

DIFERENCIAS ENTRE SUBVENCIÓN Y CONTRATO	
Subvención	Contrato
Negocio jurídico unilateral: donación modal	Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades
Aportación gratuita	Relación onerosa
Sin contraprestación directa de los beneficiarios	Contraprestaciones recíprocas
Actividad de fomento	Actividad de prestación
Objeto: disposición dineraria	Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto y no contrario a las leyes
Finalidad: fomentar una actividad de utilidad pública o de interés social	Finalidad: obtención de una prestación económica a cambio de una contraprestación
El promotor de la actividad es el beneficiario	El promotor de la actividad es la Administración

<sup>41</sup> Es por ello que esta previsión ha sido calificada de innecesaria y superflua. En este sentido, *vid.* Fernández Farreres (2004: 17-18).

<sup>42</sup> Como, por ejemplo, el régimen establecido por la disposición adicional octava de la LGS: “Las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales, de la misma forma que las subvenciones que integran planes o instrumentos similares que tengan por objeto llevar a cabo funciones de asistencia y cooperación municipal se regirán por su normativa específica, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de esta Ley”.

Sobre el régimen especial de los programas de cooperación económica del Estado y de las diputaciones provinciales, *vid.* Fernández Farreres (2004: 17-18; *dir.*, 2005: 46-58).

<sup>43</sup> Fuente de elaboración propia.

## 4

**Convenio de colaboración**

Bajo la denominación de convenio de colaboración se manifiesta una variada relación de instrumentos jurídicos similares pero no iguales. El elemento común entre todos ellos es que una Administración pública es parte de los mismos, pero su objeto y la norma que los regula marcan las diferencias entre unos y otros<sup>44</sup>.

Entre estos instrumentos se encuentran los convenios de colaboración que canalizan subvenciones previstos en la LGS (artículos 22 y 28) o los convenios de colaboración que finalizan el procedimiento administrativo (artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; en adelante, LPAC), entre otros<sup>45</sup>. Sin embargo, hay que tener claro que, aunque comparten el nombre, son negocios jurídicos diferentes, y se les aplica un régimen jurídico diferente del que aquí se analiza. Por tanto, el presente estudio se centra, únicamente, en los convenios de colaboración en sentido estricto (nos referimos a los regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; en adelante, LRJSP).

La doctrina define los convenios que nosotros analizamos como un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, en el que al menos una de ellas debe ser necesariamente una Administración pública, en un plano teórico de igualdad entre ellas, para la gestión de intereses comunes, la realización de actuaciones o competencias comunes o la satisfacción de necesidades u objetivos comunes<sup>46</sup>.

## 4.1

**Marco legal de los convenios de colaboración**

Actualmente, el régimen jurídico básico de los convenios está regulado en la LRJSP en el Capítulo VI del Título Preliminar (artículos 47 a 53).

En este Capítulo VI por primera vez se sistematiza y desarrolla con carácter general el marco legal de los convenios de colaboración, se establecen los requisitos para su validez, su contenido mínimo, sus tipologías, la duración máxima<sup>47</sup>,

<sup>44</sup> Muñoz Zapata (2014). En el mismo sentido se pronuncian Gamero Casado y Fernández Ramos al analizar la evolución legal de los convenios: Gamero y Fernández (2018: 419-420); y Sánchez Morón (2018: 517).

<sup>45</sup> Sobre la diversidad de instrumentos jurídicos que llevan por nombre convenio de colaboración, *vid.* Pascual García (2012: 43-46); Bustillo Bolado (2010).

<sup>46</sup> De Diego Gómez (2015).

<sup>47</sup> Para un análisis sobre la limitación temporal de los convenios interadministrativos *vid.* Mahillo y Martínez-Alonso (2020).

las formas de extinción y los mecanismos para su control<sup>48</sup>. Este régimen jurídico contribuye a poder distinguir más claramente la naturaleza de este negocio jurídico, diferenciando los convenios de aquellas otras figuras que no lo son y a las que, por tanto, no les es de aplicación el régimen jurídico establecido para estos.

En lo que aquí interesa, el artículo 47.1 de la LRJSP establece una definición legal de los convenios: “acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”.

Del precepto transcrito se desprende que la definición legal de los convenios se basa en la concurrencia de tres elementos: el sujeto (la presencia de una persona jurídica pública), la bilateralidad (la presencia de dos voluntades) y la causa (la persecución de un fin común)<sup>49</sup>.

Esta definición se completa con una configuración de los convenios en negativo. Así, según la LRJSP:

- No tienen la consideración de convenios los protocolos generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, *siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles* (artículo 47.1 LRJSP).
- Los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Y, en caso de que las tengan, su naturaleza y régimen jurídico deben ajustarse a lo previsto en la legislación de contratos del sector público (artículo 47.1 LRJSP).
- Los convenios que instrumenten una subvención deben cumplir lo previsto en la LGS (artículo 48.7 LRJSP).
- Las normas del Capítulo VI relativo a los convenios no son de aplicación a las encomiendas de gestión ni a los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos (artículo 48.9 LRJSP).

La regulación de los convenios efectuada por la LRJSP recoge parte de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, establecidas en el Dictamen 878/2010,

<sup>48</sup> Con anterioridad a la LRJSP, en Cataluña ya se había regulado el régimen jurídico de los convenios en el Capítulo II de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña.

<sup>49</sup> Vilalta Reixach incluye el elemento causal entre los tres elementos indispensables de los convenios de conformidad con el tenor literal del artículo 47.1 LRJSP (los otros dos elementos para este autor son: la bilateralidad y el carácter jurídico obligatorio); Vilalta Reixach (2016: 87-88). En cambio, Santiago Iglesias afirma que la causa no se encuentra incluida en la definición legal del convenio; Santiago Iglesias (2018: 622).

de 30 de noviembre (titulado: “Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones públicas”), así como de reiterada jurisprudencia, española y europea. La positivización expresa de estas previsiones en la LRJSP responde a la constatación de un uso excesivo y fraudulento de la figura del convenio en casos evidentes en que se estaba ante contratos o subvenciones<sup>50</sup>.

Por último, la LCSP y la LGS completan el contenido de la regulación de los convenios. En concreto, la LCSP completa la regulación de los convenios estableciéndola de forma negativa; esto es, por exclusión. Y la LGS detalla los supuestos en que los convenios son un instrumento para otorgar subvenciones, los supuestos en que es necesario aplicar esta norma a los convenios y los supuestos que se encuentran fuera de su ámbito de aplicación.

#### 4.1.1 Regulación de la LCSP

La LCSP excluye de su ámbito de aplicación los convenios que canalizan relaciones horizontales de colaboración entre poderes adjudicadores y los convenios celebrados con privados, siempre que cumplan una serie de requisitos (artículo 6 LCSP).

##### *a) Convenios que canalizan relaciones horizontales de colaboración entre poderes adjudicadores excluidos de la LCSP*

Si bien los sistemas de cooperación pública no son objeto del presente estudio (ya que su análisis detallado supera con creces las posibilidades de un trabajo como el presente), conviene destacar que en la LCSP estos sistemas se clasifican en dos tipologías: (i) la cooperación horizontal, que se articula mediante convenios (regulada en el artículo 6.1 LCSP), y (ii) la cooperación vertical, que se articula mediante los encargos a entidades que tienen la consideración de medios propios de los poderes adjudicadores o de otras entidades del sector público (regulada en los artículos 32 y 33 LCSP). En lo que aquí interesa, el resul-

<sup>50</sup> La constatación de este uso fraudulento de los convenios de colaboración se destaca en tres documentos que impulsaron la actual regulación: el Dictamen del Tribunal de Cuentas 878/2010, de 30 de noviembre (citado en el texto); la Resolución, de 18 de diciembre de 2012, de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, y el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (en adelante, CORA).

tado de esta cooperación no se califica de contractual siempre que se cumplan los límites y requisitos de los mencionados preceptos (artículo 31.1 LCSP)<sup>51</sup>.

Centrándonos en la cooperación horizontal, el artículo 6.1 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de la LCSP los convenios *cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales*, suscritos entre sí por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores y siempre que se cumplan cumulativamente las tres condiciones siguientes:

- Condición subjetiva: que las entidades intervinientes carezcan de vocación de mercado (que se presume cuando lleven a cabo en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración).
- Condición objetiva: que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con el fin de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de forma que se logren los objetivos que tienen en común.
- Condición causal: el desarrollo de la cooperación debe guiarse únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

En sentido contrario, los convenios celebrados entre dos poderes adjudicadores no quedan *siempre y automáticamente* excluidos de la aplicación de la LCSP, sino que solo lo estarán cuando se cumplan los tres requisitos mencionados<sup>52</sup> y su *contenido* no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales.

Para comprender el alcance de esta exclusión es necesaria una interpretación del alcance del término *contenido*<sup>53</sup>. La lectura conjunta de este artículo

<sup>51</sup> Para un estudio sobre los sistemas de cooperación pública previstos en la LCSP y sus requisitos y límites *vid.* Gimeno Feliu (2019: 130-154); Alonso Higuera (2018); y Gamero y Gallego (2018: 618-714).

<sup>52</sup> Para un estudio en detalle sobre estos requisitos *vid.* Santiago Iglesias (2018: 642-644).

<sup>53</sup> Los precedentes legislativos de la LCSP, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP 2007) y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP), utilizaban el término *naturaleza*, que fue objeto también de debates en un sentido similar al que se detalla en el texto. En concreto, el artículo 4.1.c) de ambas normas establecía: “Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, *salvo que, por su naturaleza*, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley” (las cursivas son nuestras).

Debe destacarse que en la LCSP 2007 y en el TRLCSP la regulación de los convenios suscritos con privados (artículo 4.1.d) sí que utilizaba la expresión objeto: “Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, *siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*” (las cursivas son nuestras).



y del artículo 47.1 de la LRJSP permite interpretar que el término “contenido” del contrato debe identificarse con su objeto. Esta interpretación ha sido descrita como la más coherente con la lógica sistemática en la que se integra esta norma, ya que –como se ha detallado *supra*– el artículo 47 de la LRJSP utiliza *el objeto* como criterio para diferenciar los convenios de los contratos (al afirmar: “Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”)<sup>54</sup>. Esta tesis parte de que la LCSP y la LJRSP están coordinadas, de modo que los convenios excluidos del artículo 47.1 de la LRJSP (los que tienen por objeto prestaciones propias de los contratos) son precisamente los que están incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP por no cumplir con los requisitos que establece el artículo 6.1 de la LCSP para excluirlos.

Esta línea interpretativa está alineada con la realizada por los órganos consultivos en materia de contratación. En este sentido, podemos acudir, por ejemplo<sup>55</sup>, al Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se establece que el ámbito de aplicación objetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público<sup>56</sup> “se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso tal y como previene al artículo 2 de la LCSP. Y en directa relación aclara la finalidad de los convenios inter administrativos afirmando que no proceden cuando la prestación, que es causa del mismo, es una de las prestaciones comprendida en el ámbito objetivo de la LCSP y tienen carácter oneroso. Y es que el convenio no puede servir de instrumento que eluda las normas de contratación pública tal y como ha puesto de relieve el TJCE en su Sentencia de 13 de enero de 2005”<sup>57</sup>.

---

Sobre la regulación de los convenios en la LCSP 2007 y en el TRLCSP *vid.* Jiménez Aparicio (2016: 195-211).

<sup>54</sup> Santiago Iglesias (2018: 659).

<sup>55</sup> Otro ejemplo lo encontramos en el Informe 5/2008 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, que establece que “el objeto del contrato y la existencia de precios o derechos de explotación, en su caso, percibidos por una sola de las partes (prestadora) y pagados por la otra (beneficiaria o receptora de la prestación) son decisivos para discernir ante la posibilidad de establecer convenios de colaboración. Si el objeto del convenio responde a una tipología de contrato público y a cambio de las prestaciones o bienes objeto del mismo se satisface un precio, o se concede el derecho a la explotación de tales bienes por el contratista, estaríamos ante un contrato sometido a la LCSP y, por tanto, la suscripción de un convenio con entidades públicas o privadas vulneraría los principios básicos de la contratación pública, a saber, libre concurrencia, publicidad e igualdad de trato y no discriminación”.

<sup>56</sup> Sobre la regulación de los convenios en esta norma *vid.* la nota al pie núm. 53.

<sup>57</sup> Precisamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) (Sala Segunda), de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03 (dictada en un proceso de incumplimiento iniciado por la Comisión contra España), es considerada como el punto de inflexión de las relaciones entre los convenios y la legislación contractual en el Estado español. Esta sentencia declaró que España no había transpuesto correctamente las directivas de contratación pública en cuanto al encaje de los convenios interadministrativos

No obstante, conviene destacar que esta interpretación del artículo 6.1 de la LCSP no es pacífica; por el contrario, se encuentra rodeada de fuertes críticas.

Por un lado, se critica que restringe muchísimo el ámbito de aplicación de los convenios para instrumentar la colaboración entre Administraciones públicas<sup>58</sup>. En palabras de Huergo Lora, “los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas constituyen un instrumento imprescindible, especialmente en un Estado descentralizado integrado por entes dotados de personalidad jurídica y no ordenados jerárquicamente entre sí, que sólo pueden cooperar a través de acuerdos”<sup>59</sup>.

Por otra parte, se denuncia que la redacción de los artículos 47 de la LRJSP y 6.1 de la LCSP resulta contraria a lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, dado que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE), al regular las relaciones horizontales entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación (artículo 12.4, en relación con el considerando 33), admite la posibilidad de utilizar el convenio de colaboración interadministrativo en actividades de naturaleza contractual, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la propia Directiva<sup>60</sup>.

Más concretamente, se ha destacado que en el Estado español, en la transposición de la Directiva 2014/24/UE en el artículo 6.1 LCSP, se ha llegado al absurdo de aplicar cumulativamente dos exigencias que son incompatibles entre sí. Por un lado, la LCSP exige que el contenido de los convenios no esté

---

en la legislación de contratos, por haberlos excluido *a priori* y de forma absoluta de su ámbito de aplicación (sin tomar en consideración la naturaleza del negocio jurídico), lo que provocó la modificación del artículo 3.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, “de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública”.

Así, con anterioridad a la mencionada sentencia, en el Estado español, las Administraciones públicas podían celebrar convenios interadministrativos aunque ello conllevara evitar (de forma querida o no) la licitación de un contrato. Y, en cambio, desde esta STJCE, se ha pasado al extremo opuesto: el convenio únicamente tiene cabida allí donde no es posible obtener esta prestación a través de un contrato (tal como se ha recogido en la vigente LRJSP). Sobre esta sentencia, Huergo Lora (2017: 9-10); un análisis en detalle sobre esta sentencia también lo encontramos en Santiago Iglesias (2018: 647-678).

<sup>58</sup> Es especialmente crítico Vilalta Reixach (2016). Sobre el papel de los convenios de colaboración en las relaciones interadministrativas *vid.* Rodríguez de Santiago (1997: 22-32).

<sup>59</sup> Huergo Lora (2017: 6).

<sup>60</sup> En concreto, el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE establece que “un *contrato* celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes (...)” (las cursivas son nuestras).

comprendido en el de los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales. Y, por otra parte, exige los requisitos que la Directiva 2014/24/UE impone a los convenios para considerarlos excluidos de su ámbito de aplicación, olvidando que estos requisitos surgen precisamente para establecer en qué casos es posible acudir al convenio, aunque tenga por objeto prestaciones propias de un contrato<sup>61</sup>. Además, también se destaca que la jurisprudencia del TJUE, desde el año 2009, reconoce la posibilidad de utilizar convenios con objeto contractual entre poderes adjudicadores, siempre que se cumpla con dichos requisitos<sup>62</sup>.

En síntesis, se denuncia que la exigencia de que el objeto del convenio no se corresponda con el de ningún contrato de los que regula la Directiva supone detenerse en un momento jurídico anterior al reconocimiento de los convenios de colaboración por la jurisprudencia del TJUE y por la propia Directiva 2014/24/UE<sup>63</sup>, con el agravio de que es una exigencia comprendida en normas temporalmente posteriores a este reconocimiento (la LRJSP y la LCSP aprobadas, respectivamente, en el año 2015 y el año 2017).

<sup>61</sup> Huergo Lora (2017: 14-15).

<sup>62</sup> En este sentido, Huergo Lora destaca el cambio jurisprudencial del TJUE, realizado a partir de la STJUE, de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/16, Comisión contra Alemania). En palabras de este autor, “el Tribunal de Justicia dice en la sentencia inicial de 9 de junio de 2009 que los Estados miembros no están obligados a contratar con los particulares aquellas prestaciones que pueden obtener con sus propios medios, y que a este respecto no se puede establecer una discriminación entre distintas formas de colaboración. En efecto, no tiene sentido que, si los distintos entes forman un consorcio, se les permita obtener los servicios que precisan (a través de la técnica de los encargos a medios propios controlados por diversos poderes adjudicadores), mientras que si lo hacen mediante un convenio no se les permita. Se produciría una distorsión jurídica que llevaría a la creación de entes jurídicos sin necesidad” (Huergo Lora, 2017: 13-16).

<sup>63</sup> Para comprender esta afirmación debe tenerse presente que las directivas europeas sobre contratación pública anteriores a la Directiva 2014/24/UE no establecían criterio alguno para identificar las características que debía reunir una relación entre poderes adjudicadores para quedar excluida de su ámbito de aplicación. Por tanto, el convenio era una figura extramuros de las directivas, que podía utilizarse para eludirlas. Para combatir esta utilización de los convenios, el TJUE estableció una jurisprudencia muy restrictiva a efectos de recordar que los convenios interadministrativos se encontraban sujetos a las directivas contractuales si su objeto se correspondía con el de un contrato. En esta línea jurisprudencial se enmarca la STJCE de 13 de enero de 2005, que provoca que, en el Estado español, las leyes de contratos prohíban la utilización de los convenios interadministrativos para canalizar negocios jurídicos de naturaleza contractual (sobre esta sentencia, ver nota al pie núm. 57). Ahora bien, la jurisprudencia del TJUE ha ido evolucionando y, a partir del año 2009, ha abandonado esta posición tan restrictiva, sustituyéndola por el establecimiento de una serie de requisitos que, en caso de cumplirse, permiten excluir un negocio jurídico de naturaleza contractual del ámbito de las directivas de contratación. Finalmente, el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (y el considerando 33) recoge esta jurisprudencia (y la matiza y amplía de modo relevante).

En conclusión, lo que se denuncia es que la redacción de la LCSP y de la LRJSP se ha quedado anclada en la primera línea jurisprudencial del TJUE (en especial, en la mencionada STJCE de 13 de enero de 2005).

En suma, *la cuestión conflictiva es si realmente en las relaciones interadministrativas en ningún caso es posible utilizar el convenio en supuestos en los que el objeto sea contractual*. Y, si en caso de utilizarse, su preparación y adjudicación deben someterse siempre a los procedimientos de licitación y exigencias previstos en la LCSP.

Para defender la posibilidad de que los convenios interadministrativos contengan obligaciones contractuales sin que se les aplique la LCSP, se sostienen diversas posturas, entre las que destacan las siguientes.

A) Hay autores que afirman que es posible realizar una interpretación más amplia del término *contenido*, basada en la distinción entre contenido y objeto<sup>64</sup>. En esta interpretación se entiende por *contenido* del contrato el conjunto de derechos, obligaciones, prerrogativas, etc. que nacen como consecuencia de la celebración de un contrato; es decir, todas las especificaciones incluidas en el clausulado del contrato. En consecuencia, el término contenido no se refiere, en sentido estricto, al objeto, sino también a los demás elementos integrantes del contenido del contrato, como la causa y la finalidad. En cambio, el *objeto* del contrato es un concepto más restringido, referido únicamente a las prestaciones que deben intercambiar las partes<sup>65</sup>.

De modo que, en base a esta distinción, para poder entender excluido un convenio interadministrativo del ámbito de aplicación de la LCSP es necesario que su contenido no coincida con el de los contratos regulados en la citada Ley, lo que ocurrirá: (i) cuando su objeto consista en la realización conjunta de una actividad de interés público común a las partes; es decir, sobre la que todas las partes que intervienen ostenten competencia; (ii) cuando la causa sea la instrumentación de una cooperación real, y (iii) cuando la finalidad perseguida sea la consecución de los objetivos de interés público que las partes tengan en común<sup>66</sup>.

Tal como han destacado varios autores, el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico no es el objeto, sino la causa. Así, en el caso de los contratos interadministrativos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio de contenido económico para la Administración adjudicadora a cambio de una contraprestación. Mientras que, en el caso de los convenios interadministrativos, la causa es la colaboración en la consecución de un objetivo común a todas las partes y que reviste interés público. Desde esta perspectiva, se afirma que la interpretación amplia del término contenido constituye una opción más lógica y coherente tanto con

<sup>64</sup> Santiago Iglesias (2018: 659).

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Santiago Iglesias (2018: 659-660). En una línea similar se pronuncia Vilalta Reixach (2016: 105-111).

la distinta naturaleza que los contratos y los convenios tienen en el ordenamiento jurídico español como con lo dispuesto en el derecho europeo<sup>67</sup>.

Para poder compatibilizar esta postura con lo establecido en el artículo 47 de la LRJSP –que como sabemos hace depender la exclusión de un convenio de que su prestación no coincida con la de uno de los contratos regulados en la LCSP–, se ha defendido que la disposición del artículo 47 de la LRJSP debería entenderse derogada tácitamente por el artículo 6.1 de la LCSP, norma básica al igual que la anterior, en base a los criterios temporal –norma posterior– y de especialidad<sup>68</sup>.

B) Otros autores afirman que debería interpretarse el artículo 6.1 de la LCSP dejando en sordina la exigencia de que el contenido de los convenios “no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”, y entender que los convenios que cumplan los tres requisitos que se establecen en el artículo 6.1 de la LCSP ya no tienen un contenido comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP<sup>69</sup>.

C) Por último, existen autores que sostienen que, en realidad, el artículo 47 de la LRJSP no pretende establecer una prohibición en relación con el objeto de los convenios, sino diferenciar un doble régimen jurídico en función de este elemento. Así, por un lado, encontraríamos los convenios cuyo objeto sea no contractual, que se regirán por lo previsto en la LRJSP; y, por el otro, encontraríamos los convenios que tengan un objeto contractual (este sería el sentido del último apartado del artículo 47.1 de la LRJSP al decir “en tal caso”, es decir, cuando los convenios tengan por objeto prestaciones propias de los contratos), que tendrán que sujetar su régimen jurídico a lo previsto en la LCSP<sup>70</sup>.

En cualquier caso, la doctrina denuncia la necesidad de corregir la redacción de la LCSP y la de la LRJSP para adecuarla a la Directiva 2014/24/UE y a la jurisprudencia del TJUE.

Una vez expuestas las distintas interpretaciones doctrinales, en el presente trabajo se ha apostado por una postura meramente descriptiva, de modo que, en lo sucesivo, cuando se haga referencia a la imposibilidad de que un convenio tenga por objeto prestaciones de un contrato, por lo que se refiere

<sup>67</sup> Santiago Iglesias (2018: 659); Vilalta Reixach (2016: 105-111).

<sup>68</sup> Defiende esta postura Santiago Iglesias (2018: 660). No se puede compartir esta opinión, ya que, como recuerda la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña: “La derogación tácita se produce cuando las normas jurídicas incorporadas a una nueva disposición normativa de rango jerárquico igual o superior regulan la misma materia y con el mismo ámbito espacial y temporal que otra anterior, pero lo hacen de manera contraria e incompatible con esta” (Dictamen 298/2019, de 3 de octubre. Consulta formulada por el Departamento de la Presidencia en materia de simplificación normativa y sobre la aplicación de la técnica de la derogación –p. 9–).

<sup>69</sup> Defiende esta postura Huergo Lora (2017: 15).

<sup>70</sup> Defiende esta postura Vilalta Reixach (2016: 93).

a los convenios interadministrativos, hay que entender que simplemente se reproduce el contenido literal de la LRJSP.

### **b) Convenios celebrados con particulares excluidos de la LCSP**

El artículo 6.2 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de la LCSP los convenios *cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales*, suscritos por entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado.

A diferencia de lo expuesto en relación con los convenios interadministrativos, en los convenios celebrados con particulares no existen objeciones doctrinales a entender que el término *contenido* se corresponde con el objeto contractual. Al contrario, justamente se destaca que las críticas a la utilización de convenios para eludir la legislación de contratos –que han conducido a la vigente regulación de los convenios en la LRJSP– se refieren especialmente a los convenios suscritos con particulares (en especial, en el citado Dictamen del Tribunal de Cuentas, 878/2010).

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña ha establecido específicamente respecto a los sistemas de cooperación articulados mediante convenios con entidades privadas que el rasgo característico principal, que define estas relaciones jurídicas permitiendo considerarlas excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, es el no presentar los elementos definidores de un contrato público, tanto por la propia finalidad de la relación jurídica, como por razón de las prestaciones que conforman su objeto y por la ausencia de onerosidad<sup>71</sup>.

Por tanto, de la regulación del artículo 6.2 LCSP se desprende que la posibilidad de acudir a la figura del convenio en los casos de relaciones de carácter oneroso y contenido contractual con un sujeto privado queda eliminada<sup>72</sup>.

## **4.1.2**

### **Regulación de la LGS y del RGS**

Tal como ya hemos indicado, la LGS y el RGS recogen tres grupos de supuestos: a) los supuestos en que el convenio puede ser una fuente o un instrumento

<sup>71</sup> Informe, de 14 de junio de 2021, citado *supra* (CJ II).

<sup>72</sup> En el mismo sentido, pero referido tanto a convenios con particulares como a convenios interadministrativos, Moreo Marroig (2010: 77).

en el procedimiento de otorgamiento de subvenciones; b) los supuestos en que debe aplicarse la LGS a los convenios, y c) los supuestos en que los convenios quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

***a) Supuestos en que el convenio puede ser una fuente o un instrumento en el procedimiento de otorgamiento de subvenciones***

La LGS prevé expresamente la figura del convenio de colaboración para dos actividades distintas dentro de su ámbito.

Por un lado, el artículo 16 de la LGS regula la figura del convenio de colaboración con una entidad colaboradora para aquellos casos en que la gestión y distribución de los fondos públicos sea participada por una entidad distinta de la Administración pública que impulsa y costea la ayuda. Para la selección de esta entidad colaboradora, la LGS prevé lo siguiente:

- En caso de que las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho privado, se seleccionarán previamente mediante un procedimiento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, y la colaboración se formalizará mediante convenio.
- Cuando, en virtud del objeto de la colaboración, se aplique plenamente la LCSP, la selección de las entidades colaboradoras se realizará de acuerdo con los preceptos establecidos en esta Ley de contratos.

Por otra parte, los artículos 22 y 28 de la LGS prevén la figura del convenio de colaboración como herramienta habitual de canalización de las subvenciones de concesión directa, es decir:

- Las subvenciones que se prevén nominativamente en los Presupuestos Generales de la Administración concedente.
- Las subvenciones impuestas a la Administración por una norma con rango de ley.
- Y, con carácter excepcional, las subvenciones en que se acrediten razones de interés público social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

Lo importante en estos casos es que el convenio no es el negocio jurídico que se quiere celebrar, sino el instrumento para la canalización del verdadero negocio jurídico: la subvención.

***b) Supuestos en que debe aplicarse la LGS a los convenios***

El artículo 2.2 del RGS determina los supuestos en que debe aplicarse la LGS a los convenios de colaboración. Estos supuestos son:

- Los convenios de colaboración suscritos entre Administraciones públicas, en los que únicamente la Administración beneficiaria tiene competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración que concede la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la/s otra/s parte/s del convenio, con el fin de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre en el ámbito de las competencias propias de la Administración destinataria de los fondos.
- Los convenios de colaboración por los que las entidades del sector público asumen la obligación de financiar, en todo o en parte, una actividad ya realizada o a realizar por personas sujetas a derecho privado y cuyo resultado, material o inmaterial, resulte de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de derecho privado.

Estos negocios jurídicos no pueden ser considerados verdaderos convenios de colaboración y excluirse del ámbito de la LGS, ya que se suscriben justamente para incentivar el comportamiento de terceros (públicos o privados) y con el único fin de transferir fondos públicos; y, en consecuencia, deben calificarse de subvención. De estas previsiones del RGS se puede concluir que –como hemos reiterado en el presente trabajo– la forma del negocio jurídico resulta irrelevante; si se trata de una relación de carácter y contenido subvencional, debe aplicarse la LGS<sup>73</sup>.

### ***c) Supuestos en que los convenios quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LGS***

Por último, el artículo 2.4 del RGS establece los supuestos que deben entenderse excluidos de su ámbito de aplicación:

- Los convenios suscritos entre Administraciones públicas que comporten una contraprestación a cargo del beneficiario.
- Los convenios y conciertos suscritos entre Administraciones públicas que tengan por objeto:
  1. La realización de los planes y programas conjuntos a que se refiere el artículo 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (actualmente, artículo 151.2 a] de la LRJSP).

---

<sup>73</sup> Moreo Marroig (2010: 78).



2. La canalización de las subvenciones gestionadas a que se refiere el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria<sup>74</sup>.
3. Así como los convenios en que las Administraciones públicas que los suscriban tengan competencias de ejecución compartidas.

Tal y como se ha destacado anteriormente (*vid. supra* apartado relativo a las subvenciones), estas exclusiones resultan innecesarias, ya que los convenios descritos no pueden ser incluidos en el concepto de subvención previsto en la LGS por no cumplir con sus requisitos objetivos.

Por tanto, de la configuración de los convenios efectuada por la LCSP y la LGS se desprende que se está ante un convenio de colaboración en sentido estricto cuando existe un acuerdo de voluntades con efectos jurídicos para conseguir un fin común y no se dan los rasgos característicos del contrato o de la subvención (en este último caso, siempre con la condición de que no estemos ante un convenio que opera como herramienta para articular subvenciones). En cambio, en los casos en que el convenio se utiliza para canalizar otros negocios jurídicos –contrato o subvención, en el caso que nos ocupa–, deben cumplirse las previsiones legales establecidas para el verdadero negocio jurídico que se contrae –con sometimiento a la LCSP o la LGS–.

## 4.2

### Diferencias entre el convenio y la subvención

Lo que se ha explicado hasta ahora ya nos permite establecer una serie de diferencias entre los contratos y las subvenciones, tal como se detalla en el siguiente cuadro:

---

<sup>74</sup> El artículo 86.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria establece que “los créditos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado destinados a la financiación de sectores, servicios, actividades o materias respecto de los cuales las Comunidades Autónomas tengan asumidas competencias de ejecución y no hayan sido objeto de transferencia directa en virtud de dicha Ley, habrán de distribuirse territorialmente a favor de tales Comunidades Autónomas, mediante normas o convenios de colaboración que incorporarán criterios objetivos de distribución y, en su caso, fijarán las condiciones de gestión de los fondos, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo”.

Cuadro núm. 2<sup>75</sup>

DIFERENCIAS ENTRE CONVENIO Y SUBVENCIÓN	
Convenio	Subvención
Actividad de prestación (de servicio público)	Actividad de fomento (de promoción o estímulo)
La promoción de la actividad es conjunta entre las partes	El promotor de la actividad es el beneficiario
Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades	Negocio jurídico unilateral: donación modal
Aportación a un programa común	Aportación sin contraprestación directa
Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto, no contrario a las leyes y no propio de un contrato	Objeto: disposición dineraria
Finalidad: realización conjunta de una actividad en respuesta a intereses compartidos	Finalidad: fomentar una actividad de utilidad pública y/o interés social

### 4.3

#### Configuración doctrinal de los convenios de colaboración: diferencias con los contratos

Como es bien sabido, con anterioridad a la previsión de la LRJSP, no existía una definición legal de los convenios de colaboración<sup>76</sup>; por eso la doctrina ha dedicado ingentes esfuerzos a definirlos.

Los convenios de colaboración han sido definidos por la concurrencia de cuatro características<sup>77</sup>:

- a) Existencia de un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos entre los sujetos que convienen. Efectos que, por tanto, no proceden de un solo sujeto, sino de todos.
- b) En el convenio cada sujeto asume, frente al otro u otros con los que se formaliza, una obligación de dar o de hacer, pero la causa de la aportación no es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, sino la consecución, en colaboración, de un fin común.

<sup>75</sup> Fuente de elaboración propia.

<sup>76</sup> La regulación legal de los convenios de colaboración en las normas administrativas generales anteriores a la LRJSP se circunscribía, exclusivamente, a la posibilidad de celebrar convenios entre personas jurídicas públicas (artículos 6 y 8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; en adelante, LRJPAC) y a la terminación convencional del procedimiento (artículo 88 LRJPAC).

Para un análisis de la regulación sectorial histórica de la figura del convenio de colaboración en el Estado español, *vid.* Bassols Coma (1977).

<sup>77</sup> Pascual García (2012: 43).

- c) La finalidad del convenio administrativo deberá ser de interés público, sin perjuicio de que con el interés público puedan concurrir también intereses privados, subordinados a aquel.
- d) No podrá ser calificado de convenio un acuerdo de voluntades que, atendiendo a su naturaleza, tenga la consideración de contrato sujeto a la LCSP o un acto que se fundamente en el mandato de una entidad pública sobre otra a la que controla y no en un libre acuerdo de voluntades<sup>78</sup>.

Estas características no solo sirven para definir los convenios de colaboración, sino también –y sobre todo– para distinguirlos de los contratos<sup>79</sup>. En este sentido, es especialmente ilustrativo el Dictamen de la Abogacía General del Estado, de 23 de abril de 2007, sobre la “Distinción entre convenios de colaboración y contratos a efectos del artículo 3.1.C) del TRLCAP”<sup>80</sup>, en el que se comienza destacando los elementos comunes del convenio de colaboración y el contrato, afirmando que “ambas figuras –convenio de colaboración y contrato– [tienen] en común la nota de ser actos o negocios jurídicos de carácter bilateral, resultado del concurso de la libre voluntad de las partes”, si bien “su diferencia estriba en la distinta posición y finalidad de las partes y, a su través y como consecuencia de ello, en la distinta instrumentación o articulación jurídica del contenido que se aprecia en el convenio de colaboración y en el contrato administrativo”. Así, por un lado, el convenio de colaboración “tiene como punto de partida un supuesto preciso, cual es *la existencia de dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes*, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es igual, *persiguen fines comunes*, cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esa finalidad común, *de la que resultan así ser cogestoras*, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido”. En cambio, por otra parte, en el contrato “*desaparece la idea de concurrencia de competencias o funciones sobre la misma realidad material y, por tanto, la idea de comunidad de fin*, surgiendo la posición de cada parte como una posición independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio de sinalagmaticidad, es decir, la reciprocidad o in-

<sup>78</sup> En palabras de Huergo Lora, “en el convenio las partes se eligen mutuamente” (Huergo Lora, 2017: 6).

<sup>79</sup> De hecho, tal como afirma Pascual García, “frecuentemente la caracterización del convenio se ha hecho a partir del concepto de contrato, con el que se subrayan similitudes y diferencias” (Pascual García, 2012: 34).

<sup>80</sup> Ref.: A. G. Sanidad y Consumo 4/07.

terdependencia de las prestaciones que se deben las partes” (las cursivas son nuestras).

Otras definiciones del convenio de colaboración ponen el acento en la posición de las partes y en la falta de onerosidad, a fin de distinguir esta figura de la de los contratos.

### **a) La posición de las partes**

Desde un punto de vista subjetivo no se aprecian diferencias entre los convenios y los contratos, pues en ambos supuestos pueden participar las mismas personas ya sean públicas o privadas. No obstante, existe un importante criterio distintivo: la posición de las partes. En los contratos una parte se encuentra subordinada respecto de la otra, mientras que, por el contrario, en los convenios los sujetos se encuentran en posición de igualdad<sup>81</sup>. Así, tal como ha señalado el Tribunal Supremo en relación con los convenios, “a diferencia de los contratos administrativos, en ellos ninguna de las partes tiene prerrogativas”<sup>82</sup>.

Ahora bien, la igualdad en los *convenios celebrados con particulares* ha sido descrita por varios autores como teórica, puesto que en la mayoría de los casos la Administración que propone el convenio establece un clausulado prácticamente inamovible; por tanto, la voluntariedad de quien quiere suscribirlo se refleja en la aceptación o no del convenio en las condiciones en que se propone<sup>83</sup>.

### **b) La falta de onerosidad**

Como hemos visto, la falta de onerosidad del negocio jurídico para poder ser calificado de convenio de colaboración es tratada por la doctrina y por los órganos administrativos consultivos como un elemento decisivo para diferenciar esta figura de la de los contratos.

Desde esta perspectiva, el convenio de colaboración es un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que intervienen, una obligación de dar o de hacer –hasta aquí coincide con la naturaleza del contrato–, si bien esta obligación no tiene por causa “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” (artículo 1274 CC), lo que nos situaría en el ámbito de los contratos onerosos sujetos a la LCSP. Sino que la

<sup>81</sup> Santiago Iglesias (2018: 625).

<sup>82</sup> STS, de 15 de julio de 2003, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Rec. 3604/1997, FJ 4.

<sup>83</sup> De Diego Gómez (2015: 2759); Bauzá Martorell (2018: 8).

causa de la aportación en los convenios de colaboración es la consecución de una finalidad común de los sujetos que convienen, que siempre debe ser una finalidad de interés general porque de lo contrario no intervendría una Administración pública<sup>84</sup>.

Una de las consecuencias de la inexistencia de onerosidad de los convenios es que queda desterrada la posibilidad de que las entidades signatarias realicen un mero intercambio patrimonial (traslación de bienes o dinero de una parte a la otra que produzca un incremento en su patrimonio). Es decir, el convenio no puede dar lugar a transferencias financieras entre las entidades intervinientes, salvo aquellas consistentes en el reembolso de los costes reales derivados de la ejecución del acuerdo de que se trate (aunque, como se ha detallado *supra*, el hecho de que la retribución pactada se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio de que se trate, no excluye, de por sí, su naturaleza contractual)<sup>85</sup>.

En este sentido, algunos autores afirman que “estamos ante un convenio de colaboración, cuando el negocio jurídico *no tiene carácter oneroso porque la Administración no recibe nada*; es decir, *no hay una nueva incorporación a su patrimonio*. Si una de las partes del convenio cumple y realiza la prestación a la que se ha comprometido, no es porque a cambio vaya a recibir o ingresar en su patrimonio un nuevo activo. *En el convenio de colaboración no hay un intercambio o cruce de recíprocas prestaciones entre las partes, sino aportaciones a un programa común* o un proyecto que es compartido por ellas; el beneficiario de la prestación que se pacta en el convenio no es una persona o sujeto que recibe algo, sino una actividad de interés público que se proyecta realizar gracias a la colaboración”<sup>86</sup> (las cursivas son nuestras).

Asimismo, son muy expresivas las palabras utilizadas por el Tribunal de Cuentas, en el Dictamen 878/2010, de 30 de noviembre, al establecer que “siempre que el objeto del supuesto convenio coincida con el de un contrato, las condiciones subjetivas de la otra parte, tales como el tratarse de una asociación declarada de utilidad pública, o la existencia de cláusulas adicionales a las típicas de una figura contractual, aun cuando su inclusión pueda encontrar amparo en el art. 25 LCSP, no lo sitúa fuera del ámbito de la contratación, sino a lo sumo podrán configurar un contrato mixto o especial, pero no un convenio. *Sólo una actuación conjunta de los sujetos intervinientes para la consecución del objeto, ajena a la idea de intercambio*

<sup>84</sup> Bauzá Martorell (2018: 8).

<sup>85</sup> Santiago Iglesias (2018: 637).

<sup>86</sup> Blanquer Criado (2013: 1146).

*patrimonial, podría calificarse de convenio de colaboración.* Un criterio distinto podría llevar a extraer del ámbito de la contratación, prestaciones o servicios que constituyen su objeto propio. Tal ocurriría si se considerara suficiente la mera declaración de la existencia de un interés compartido o la aportación por la Administración de medios existentes en sus dependencias o la constitución de un órgano de seguimiento para ignorar la naturaleza de una operación que, en el fondo, se traduce en satisfacer una cantidad a cambio de unas prestaciones que realiza el otro sujeto” (las cursivas son nuestras).

También se pronuncia en este sentido la Abogacía General del Estado, entre otros en el Dictamen 6/06, sobre las “Diferencias entre convenio de colaboración y contrato administrativo”<sup>87</sup>, al afirmar que “no cabe duda de que la frontera entre el convenio y el contrato no es de fácil delimitación. Esto no obstante, *es característica del convenio la consecución de un fin común* a las partes que lo acuerdan *sin que exista contraposición de intereses económicos* o de otro tipo entre ellas, *comprometiéndose para ello a poner en común medios personales o materiales*, e incluso el ejercicio de potestades administrativas. El contrato administrativo se caracteriza porque una de las partes se compromete a realizar una prestación a favor de la Administración adjudicadora, normalmente a cambio de una contraprestación económica satisfecha a la empresa seleccionada o, en su caso, a ésta por el usuario de la obra o servicio”<sup>88</sup> (las cursivas son nuestras).

Una consecuencia de la falta de intercambio patrimonial de los convenios es que el gasto realizado por cada una de las partes se podrá acreditar mediante facturas de prestaciones con terceros (gastos vinculados con el coste de las actividades sufragadas para cumplir con los compromisos adquiridos), pero no con facturas emitidas por la otra parte del convenio<sup>89</sup>. En

<sup>87</sup> Ref. A. G. Servicios jurídicos periféricos.

<sup>88</sup> En este mismo sentido podemos acudir también, por ejemplo, al Dictamen de la Abogacía General del Estado 4/05 (Ref. A. G.-Entes públicos), donde se afirma que “no hay ningún impedimento jurídico para que esas Administraciones Públicas articulen su colaboración a través de la puesta en común de medios personales, materiales y técnicos para la consecución coordinada e integral de esos fines públicos suyos concurrentes sobre una determinada materia, suscribiendo el oportuno convenio de colaboración (que, ha de destacarse, *no tendría por objeto el intercambio recíproco de prestaciones entre dichas Administraciones, lo que encubriría un auténtico contrato*, sino la actuación coordinada y conjunta para la consecución de esos fines de interés común), o creando aquellas Administraciones una persona jurídica para esa satisfacción de fines de interés común” (las cursivas son nuestras).

<sup>89</sup> Es ilustrativa la sentencia del “caso Nóos”, sentencia 13/2017 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de febrero de 2017, Sala Penal (ECLI: ES:APIB:2017:40), que afirma:

este sentido, la LRJSP, al regular las aportaciones económicas de las partes en los convenios (artículos 48.6 y 52.2), se refiere a la cobertura de costes y no al pago de un precio<sup>90</sup>.

En conclusión, los elementos esenciales de los convenios son los siguientes:

- La voluntariedad (acuerdo libre de voluntades): excluye los mandatos de una entidad pública sobre otra a la que controla (relaciones *in house*).
- La igualdad (al menos teórica).
- La comunión de intereses (consecución de un fin común).
- La persecución de una finalidad de interés general que se encuentra dentro de las competencias de las Administraciones que participan en el convenio y de las finalidades fundacionales de la parte privada, si las hubiere.
- La cogestión de la actividad (la promoción de la actividad es conjunta, ya que existen competencias concurrentes –o, al menos, complementarias–).
- El objeto, que debe ser diferente del regulado por la legislación de contratos del sector público.
- La inexistencia de onerosidad en el negocio.

---

“Los elementos caracterizadores del convenio de colaboración son: a) El elemento subjetivo, relativo a los sujetos que lo conciertan (la Administración y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado); b) El elemento objetivo, relativo a su objeto; y, finalmente, c) el normativo, relativo a las normas que los regulan (...) desde el punto de vista objetivo, su objeto no viene constituido por una prestación de servicios. Si descendemos al análisis del objeto descrito en el texto del convenio, advertimos que no encaja en ninguna modalidad contractual, por cuanto, la esencia del acuerdo viene constituida por una aportación económica que realiza la administración sin recibir ninguna prestación inmediata a cambio. Esto es, *abona unos gastos determinados que tienen por objeto fomentar una concreta actividad, sin percibir ninguna contraprestación directa*. De ello cabe colegir que no concurre la bilateralidad o sinalagma característico del contrato, de tal modo que, el negocio jurídico nunca podrá asimilarse, como pretende la Fiscalía, a un contrato de servicios (...).

Adviértase, que *la organización del evento no es la contraprestación directa por la aportación económica*. Y tampoco lo es la publicidad que el Instituto Nóos está obligada a dar a la Fundación, en la medida en la que ésta última es una obligación complementaria y accesorio al diseño de la cumbre. *La actividad de Illesport, plasmada en el convenio, consiste en una entrega dineraria realizada para la consecución de un fin de interés general*, cual es, la promoción turística de Baleares y del deporte mediante la organización de una cumbre internacional sobre turismo y deportes, actividades estrechamente relacionadas con el objeto de la precitada fundación. En su consecuencia, *la Fundación no recibe ningún servicio a cambio*, en la medida en la que los beneficiarios del evento son los ciudadanos (...)” (las cursivas son nuestras) (texto extraído de las pp. 242-244 del texto de la versión publicada por el CENDOJ).

<sup>90</sup> Huergo Lora (2017: 17).

Estos elementos del convenio de colaboración nos permiten establecer las diferencias y semejanzas de este negocio jurídico de los contratos, tal como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro núm. 3<sup>91</sup>

CONVENIO Y CONTRATO: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS	
Convenio	Contrato
Actividad de prestación	Actividad de prestación
Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades	Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades
Aportación a un programa común	Contraprestaciones recíprocas
No existe intercambio patrimonial de bienes o dinero (no existe incremento del patrimonio de las partes)	Existe intercambio patrimonial de bienes o dinero (normalmente pago de un precio)
Competencias o funciones concurrentes (o, al menos, complementarias)	Sin competencias o funciones concurrentes
Comunión de intereses	Contraposición de intereses
Igualdad entre las partes	No existe igualdad entre las partes (prerrogativas Administración)
Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto, no contrario a las leyes y no propio de un contrato	Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto y no contrario a las leyes
Finalidad: realización conjunta de una actividad en respuesta a intereses compartidos	Finalidad: obtención de una prestación de contenido económico a cambio de una contraprestación

## 5

### Recomendaciones para la distinción

Como se ha defendido a lo largo del presente trabajo, la finalidad, los derechos y las obligaciones de las partes son los que definen la naturaleza del negocio jurídico que se contrae y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable. Por tanto, solo estudiando estos elementos podemos determinar el negocio jurídico a realizar en cada supuesto concreto.

En consecuencia, para poder determinar el régimen jurídico aplicable a una obligación de gasto, deben quedar claramente determinados: el objeto, la causa, y los derechos y las obligaciones de las partes. Conviene destacar que en el caso de los convenios de colaboración adquiere especial relevancia la motivación o justificación de la utilización de este instrumento como elemen-

91 Fuente de elaboración propia.



to clave para justificar y controlar el recurso a esta figura. Esta necesidad de motivación de los convenios no queda en una simple exigencia abstracta, sino que el artículo 50.1 de la LRJSP exige que se acompañen de una memoria justificativa donde se analicen, entre otras, su necesidad, oportunidad, y el carácter no contractual de la actividad en cuestión.

Como se desprende de todo lo que se ha explicado, la distinción de las tres figuras que se analizan es eminentemente casuística y, en consecuencia, para poder distinguir, en cada caso concreto, ante qué tipo de negocio jurídico nos encontramos, es necesario determinar con claridad los siguientes extremos:

### ***a) Determinar la finalidad del negocio jurídico***

Si se concluye que la finalidad es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, estamos ante un contrato. Los negocios jurídicos en que las partes se obligan a realizar una prestación en contrapartida (por causa) de otra prestación (con independencia del contenido concreto de la contraprestación), deben conceptuarse como un contrato.

Si se concluye que la finalidad es la realización conjunta de una actividad en respuesta a intereses compartidos, se trata de un convenio de colaboración. Los negocios jurídicos en que las partes tienen competencias o funciones concurrentes sobre una misma realidad material o, lo que es igual, persiguen fines comunes y la consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por las partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esta finalidad común, deben conceptuarse como un convenio de colaboración.

Si se concluye que la finalidad del mismo es la voluntad de fomentar una actividad, se trata de una subvención. La disposición dineraria efectuada por una Administración pública a favor de un tercero para la celebración de un acto, evento o actividad, con la única finalidad de fomentar esta actividad y, por tanto, sin obtener una contraprestación directa, debe conceptuarse como una subvención.

### ***b) Determinar el promotor de la actividad***

La actividad de la Administración puede clasificarse en tres grandes bloques: de servicio público, de fomento y de policía<sup>92</sup>. Dejando a un lado esta última, la

---

<sup>92</sup> Esta clasificación la encontramos habitualmente en los manuales de Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, Gamero y Fernández (2018: 742); Sánchez Morón (2018: 442); Parejo Alfonso (2013: 310).

actuación de la Administración puede consistir en la realización de un servicio público (actividad de prestación) o en la realización de una actividad de promoción y estímulo (actividad de fomento). Desde esta perspectiva, es necesario determinar el promotor de la actividad como punto de partida para calificar el negocio jurídico: en la actividad de servicio público la Administración actúa como promotor, mientras que en la actividad de fomento la Administración incentiva la actividad del beneficiario que es el promotor de la actividad<sup>93</sup>. Por tanto:

Si el promotor de la actividad es el receptor de los fondos sin que exista contraprestación alguna para la Administración (que solo se limita a pagar una cuantía, pero no tiene capacidad de decisión sobre la actividad), el negocio jurídico debe calificarse de subvención y el expediente debe tramitarse con sujeción a la LGS.

Si el promotor de la actividad es la Administración pública (y, en consecuencia, tiene capacidad de decisión sobre la actividad), debe determinarse si lo hace de forma conjunta con la/s otra/s parte/s del negocio jurídico que se pretende realizar. En caso de que la promoción de la actividad sea conjunta por todas las partes que participan del negocio podemos estar ante un convenio de colaboración (siempre que se cumplan el resto de requisitos). Por el contrario, si el promotor de la actividad es únicamente la Administración, podemos estar ante un contrato.

### ***c) Determinar la existencia de contraprestación***

Si se acredita que la Administración recibe una prestación de contenido económico a cambio de una contraprestación (normalmente monetaria y equivalente), debe conceptuarse como un contrato.

Si se acredita que la Administración realiza una aportación dineraria sin obtener una contraprestación directa, el negocio jurídico es una subvención.

Si se acredita que no existen contraprestaciones recíprocas (o, en su caso, se circunscriben a sufragar los gastos soportados por los costes reales derivados de la ejecución del acuerdo), sino aportaciones a un programa común, el negocio jurídico es un convenio.

### ***d) Determinar la forma de acreditación del gasto***

Si el gasto se acredita mediante factura emitida por la otra parte a la Administración, nos encontramos ante un contrato.

---

<sup>93</sup> En este mismo sentido, De Diego Gómez (2015) y Moreo Marroig (2013).

Si el gasto se acredita mediante la presentación de la relación de los gastos realizados por parte del beneficiario, el negocio jurídico es una subvención.

Si el gasto se acredita mediante la relación de gastos contraídos por cada una de las partes derivados de la ejecución del acuerdo (gastos vinculados con la actividad que ha sufragado cada parte), el negocio jurídico es un convenio de colaboración.

## 6

### Cuadro resumen: diferencias entre los tres negocios jurídicos

Por último, para concluir el presente estudio, se ha elaborado un cuadro que sintetiza las características de los tres negocios jurídicos analizados –que han sido expuestas a lo largo de este trabajo– y que muestra sus diferencias.

Cuadro núm. 4<sup>94</sup>

Subvención	Convenio	Contrato
Actividad de fomento	Actividad de prestación	Actividad de prestación
Negocio jurídico unilateral: donación modal	Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades	Negocio jurídico bilateral: acuerdo de voluntades
Aportación sin contraprestación directa de los beneficiarios	Aportación a un programa común	Contraprestaciones recíprocas
Aportación gratuita	Sin intercambio patrimonial de bienes o dinero (no existe incremento del patrimonio de las partes)	Existe intercambio patrimonial de bienes o dinero (normalmente pago de un precio)
Funciones concurrentes: actividad privada de utilidad pública o interés general	Competencias o funciones concurrentes (o, al menos, complementarias)	Sin competencias o funciones concurrentes
El promotor de la actividad es el beneficiario de los fondos	La promoción de la actividad es conjunta	El promotor de la actividad es la Administración
Comunión de intereses	Comunión de intereses	Contraposición de intereses
No existe igualdad entre las partes (la Administración selecciona la actividad subvencionada)	Igualdad entre las partes	No existe igualdad entre las partes (prerrogativas Administración)

94 Fuente de elaboración propia.

Subvención	Convenio	Contrato
Objeto: disposición dineraria	Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto, no contrario a las leyes y no propio de un contrato	Objeto: cualquiera que se pacte, que sea concreto y no contrario a las leyes
Finalidad: fomentar una actividad de utilidad pública y/o interés social	Finalidad: realización conjunta de una actividad en respuesta a intereses compartidos	Finalidad: obtención de una prestación de contenido económico a cambio de una contraprestación
Acreditación del gasto únicamente por el beneficiario mediante relación de gastos	Acreditación del gasto contraído por cada una de las partes derivado de la ejecución del acuerdo	Acreditación del gasto mediante factura emitida por la otra parte contratante

## 7 Bibliografía

- Albadalejo, M. (2001). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General* (15 edición). Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Alonso Higuera, C. (2018). Los instrumentos jurídicos de colaboración interadministrativa. Las encomiendas de gestión: su delimitación con la figura de los contratos *in house*. Los convenios administrativos. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 46, 286-356.
- Bassols Coma, M. (1977). Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público. *Revista de Administración Pública*, 82, 61-112.
- Bauzá Martorell, F. J. (2018). Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención. *Revista General de Derecho Administrativo*, 48.
- Blanquer Criado, D. (2013). *Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bustillo Bolado, R. O. (2010). *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento* (3.ª edición). Navarra: Aranzadi.
- Canales Gil, A. y Huerta Barajas, J. A. (2018). *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
- Carrasco Perera, Á. (2021). *Derecho de contratos* (3.ª edición). Pamplona: Aranzadi.

- Cortell Giner, R. (2009). El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público. *Revista española de control externo*, 11 (32), 79-98.
- Coscolluela Montaner, L. (2014). *Manual de derecho administrativo* (25.ª edición). Pamplona: Civitas.
- De Diego Gómez, A. (2015). La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23, 2757-2777.
- Fernández Farreres, G. (2004). La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 5, 7-33.
- (dir.). (2005). *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Navarra: Civitas.
- Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S. (2018). *Manual básico de derecho administrativo* (15.ª edición). Madrid: Tecnos.
- Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.). (2018). *Tratado de contratos del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2013). *Curso de derecho administrativo II* (16.ª edición). Pamplona: Civitas.
- Gil Ibáñez, J. L. (2018). *Ley de Contratos del Sector Público. Concordancias, jurisprudencia, normas complementarias e índice analítico* (2.ª edición). A Coruña: Colex.
- Gimeno Feliu, J. M.ª (2019). *La Ley de contratos de sector público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Pamplona: Aranzadi.
- Huergo Lora, A. (2017). Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 8, 5-26.
- Jiménez Aparicio, E. (coord.). (2016). *Comentarios a la legislación de contratación pública* (4.ª edición). Pamplona: Aranzadi.
- Juega Cuesta, J. J. (coord.). (2021). *Subvenciones locales: régimen jurídico, fiscalización y control financiero*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Lado Castro-Rial, C. (2018). Artículo 2. Ámbito de aplicación. En M. Á. Recuerda Girela (dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 87-89). Pamplona: Aranzadi.

- Mahillo García, P. y Martínez-Alonso Camps, J. L. (2020). ¿Convenios interadministrativos de duración cuatrienal para satisfacer necesidades permanentes? Especial referencia a la cooperación local. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 52, 140-159.
- Mellado Ruiz, L. (2018). El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de contratos del sector público* (pp. 555-616). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreo Marroig, T. (2010). Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. *Auditoria Pública*, 50, 75-86.
- (2013). De vuelta con la diferencia entre contrato, convenio y subvención. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.105/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.d850d9ac77bfd0c8e29edf80c607f997>.
- Muñoz Zapata, D. (2014). Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 131, 92.
- O'Callaghan, X. (2001). *Compendio de Derecho Civil. Tomo II (Obligaciones y Contratos). Volumen I* (3.ª edición). Madrid: Edersa.
- Parejo Alfonso, L. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo* (6.ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pascual García, J. (2012). *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Pascual García, J. y Cebrián Ruiz, R. (2017). *Las subvenciones públicas. Legislación comentada, formularios y procedimientos* (3.ª edición). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Rodríguez de Santiago, J. M.<sup>a</sup> (1997). *Los convenios entre administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Derecho Administrativo. Parte General* (14.ª edición). Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2002). *Principios de Derecho Administrativo II* (3.ª edición). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Santiago Iglesias, D. (2018). Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de contratos del sector público* (pp. 618-664). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sesma Sánchez, B. (2018). El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coords.). *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (2.ª edición, pp. 323-344). Pamplona: Aranzadi.

Vilalta Reixach, M. (2016). Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 15, 83-114.

# Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público

JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

*Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora*

1. Introducción
2. Los principios generales de la contratación del sector público
3. Fundamentación jurídica de la aclaración o subsanación
4. Posibilidad de aclarar o subsanar la oferta técnica o económica
5. Alcance y límites de la aclaración y subsanación de la oferta técnica o económica
6. Conclusiones
7. Bibliografía

## Resumen

El trabajo analiza la problemática derivada de la aclaración o subsanación de las imprecisiones o errores de las ofertas formuladas por los licitadores. Este análisis se ha efectuado desde un punto de vista eminentemente práctico y pensando en el aplicador del derecho, de ahí que se hayan tomado como referencia los pronunciamientos que han emanado al respecto de los diversos órganos judiciales y administrativos.

Asimismo, el estudio se centra en la corrección de los errores que aparecen en la documentación técnica y económica de los licitadores, ya que es este el campo donde se generan las mayores incertidumbres jurídicas.

*Palabras clave: oferta técnica; oferta económica; aclaración; subsanación; error.*

---

*Artículo recibido el 03/02/2022; aceptado el 13/02/2022.*



## Clarification and correction of offers in public procurement

### Abstract

*This article analyzes questions raised from the clarification or correction of inaccuracies or errors in offers made by bidders in the context of public procurement. This analysis is carried out from a practical point of view and in view of legal operators, thus, the case law and decisions of judicial and administrative bodies are pivotal in the analysis.*

*Likewise, the study focuses on the correction of the errors that appear in technical and economic documentation of bidders, since this is the field where the greatest legal uncertainties exist.*

**Keywords:** technical offer; economic offer; clarification; correction; mistake.

### 1

## Introducción

A nivel práctico, uno de los aspectos que viene generando mayores incertidumbres es la posibilidad de esclarecer y reparar las imprecisiones o errores de las ofertas formuladas por los licitadores y, en su caso, el alcance de tales actuaciones. Asunto este nada banal, ya que, en última instancia, puede traer consigo la admisión o exclusión del ofertante.

No contribuyen precisamente a aclarar la materia las previsiones legales existentes al respecto, las cuales, como argumentaremos más adelante, se caracterizan por su excesiva generalidad e indeterminación, amén de ser insuficientes desde el punto de vista de su ámbito objetivo. Son precisamente estas generalidades, indeterminaciones e insuficiencias de la ley las que alumbran las variadas incertidumbres que nos asaltan a los aplicadores del derecho: ¿se pueden aclarar o subsanar los defectos advertidos en las proposiciones de los licitadores?; ¿cabén aclaraciones o subsanaciones solo respecto de la documentación administrativa o también respecto de la oferta técnica y económica?; en su caso, ¿la aclaración o subsanación sería una facultad del poder adjudicador o, por el contrario, un derecho de la empresa?; ¿bajo qué fundamentos de derecho se podrían hacer las aclaraciones o subsanaciones?; ¿qué extensión y límites tendrían dichas aclaraciones o subsanaciones?

A estas y a otras preguntas intentaremos responder en este trabajo, principalmente a través del análisis de los pronunciamientos más destacados que han evacuado al respecto diversos órganos judiciales y administrativos.

Bien es cierto que debemos advertir que centraremos nuestro análisis exclusivamente en lo que incumbe a las ofertas técnicas o económicas, dejando a un lado lo concerniente a la “documentación administrativa”, ya que, aunque la subsanación o corrección de esta documentación adolece igualmente de inseguridades jurídicas, precisamente es en el sector de las proposiciones técnicas y económicas donde surgen las mayores lagunas legales y, por ende, los mayores dilemas.

## 2

### Los principios generales de la contratación del sector público

Los principios generales del derecho constituyen verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración<sup>1</sup>.

En la contratación pública, los principios que inspiran e informan la materia provienen de una doble vía: por un lado, estos principios son contemplados en la correspondiente normativa sectorial y, por otro, son aplicables los principios generales del derecho administrativo (aplicación que, en el caso de los principios derivados de la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, contaría, además, con la cobertura del apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

El artículo 1.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público dispone lo siguiente: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integri-

---

<sup>1</sup> Delpiazzo (2007).

dad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Igualmente, el artículo 132.1 del mismo cuerpo normativo apunta lo siguiente: “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.

Como puede apreciarse, las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público nombradas fijan como principios nucleares en el sector de la contratación pública, entre otros, los de libre concurrencia, tratamiento igualitario y no discriminatorio y transparencia.

La salvaguarda de la libre competencia es una condición para la realización de un mercado interior libre y dinámico, que es el objetivo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y representa uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general. Es, además, un principio que ha adquirido mucha relevancia en el ámbito de la contratación pública, no solo como una exigencia general en la Unión Europea, sino porque una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador y, por tanto, para el interés general<sup>2</sup>.

Los principios de no discriminación e igualdad de trato a los licitadores son las dos caras de una misma moneda. Su finalidad es lograr un tratamiento equitativo de los poderes adjudicadores hacia los operadores económicos<sup>3</sup>.

El principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que descansan las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, e implica que los licitadores deben encontrarse en igualdad de condiciones, tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora, con el objeto de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación<sup>4</sup>.

El principio de no discriminación tiene un contenido negativo, en el sentido de la necesidad de que las entidades contratantes se abstengan de realizar

<sup>2</sup> Mañes Martínez (2014).

<sup>3</sup> Sanmartín Mora (2018).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

conductas que impidan la participación en las licitaciones o supongan la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas. Entre estas conductas discriminatorias destacan las basadas en razones de territorio o por haber resultado adjudicatarias de un contrato previo<sup>5</sup>.

La transparencia en la contratación pública está íntimamente ligada a la igualdad de trato a los licitadores, de forma que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y se evite el favoritismo y la arbitrariedad. Por ello, aunque una de las consecuencias más importantes de principio de transparencia es la obligación de dar una publicidad adecuada a los procedimientos de adjudicación que permita abrirlos a la competencia y controlar la imparcialidad, la implementación del principio de transparencia no se agota en las obligaciones de publicidad, sino que, como principio inspirador de la contratación, tiene reflejo en la propia configuración de los procedimientos de contratación<sup>6</sup>.

Como dijimos, estos principios específicos del campo de los contratos del sector público se complementan con otros principios generales de la parcela administrativa. Uno de estos principios es el antiformalista, cuya admisión en la contratación pública es pacífica por parte del orden jurisprudencial y doctrinal<sup>7</sup>, y que tiene como manifestación primordial la de permitir que la falta de cumplimentación de trámites por los interesados no siempre tenga efectos definitivos en relación con el decaimiento del derecho al trámite de que se trate, posibilitándose, al mismo tiempo, la subsanabilidad de los actos de las partes.

Todo lo manifestado entraña que, en la esfera de la contratación pública, la actuación administrativa debe evitar que defectos fácilmente subsanables impliquen la exclusión de proposiciones con motivo de una apreciación de severas obligaciones formales. Justamente, la posición de la Administración debe ser justo la opuesta en aras de garantizar los principios recientemente explicados: favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores sencillamente remediabiles.

En este sentido, la jurisprudencia española afirma, de un modo claro, que “una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se esta-

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*

<sup>7</sup> Comas Ribalaygua (2016).

blece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995”<sup>8</sup>.

Esta línea jurisprudencial, aunque tuvo su origen en una normativa actualmente derogada, está plenamente vigente en el actual contexto jurídico, hasta el punto de que ha sido reafirmada por otras sentencias y opiniones doctrinales, las cuales abogan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones<sup>9</sup>.

Idéntico parecer es el que se sostiene por la jurisprudencia europea que considera que “... cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato”<sup>10</sup>.

En esta misma línea, la doctrina emanada de los órganos revisores autonómicos insiste en la idea de que uno de los principios fundamentales que rige el procedimiento de la licitación pública es el de igualdad entre los licitadores, en aras de garantizar la máxima transparencia y la concurrencia de los licitadores en igualdad de oportunidades. Y añade que los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos, enunciados en la legislación reguladora de la contratación del sector público, son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. En consecuencia, concluye que el poder adjudicador o la mesa de contratación, que tienen la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 (rec. 231/2003), que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril.

<sup>9</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 (rec. 265/2003) y de 22 de julio de 2011 (rec. 813/2009), e informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 13/92, de 7 de mayo, 1/94, de 3 de febrero, y 26/97, de 14 de julio.

<sup>10</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

cumplimiento de los requisitos establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, deben actuar de forma que no limiten la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, y respetando, a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento<sup>11</sup>.

Consecuentemente con todo lo argumentado, la actuación de los poderes adjudicadores debe tender a posibilitar la enmienda de los defectos, imprecisiones o desajustes en que incurran los licitadores con ocasión de su participación en los procedimientos de contratación.

### 3

#### Fundamentación jurídica de la aclaración o subsanación

Dando por sentado que la postura de los órganos de contratación tiene que ser favorable a la reparación de las deficiencias, llega el momento de discernir el marco legal que daría soporte a la rectificación de los fallos cometidos por el empresario en los documentos presentados a efectos de la licitación.

El artículo 95 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala lo siguiente: “El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”.

Asimismo, el artículo 141.2 también perteneciente a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público asevera que, cuando la mesa de contratación aprecie defectos subsanables en la declaración responsable o en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

A mayor abundamiento, el artículo 326.2.a) de la reiterada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, reseña que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá, entre otras funciones: “La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación”.

Por su parte, el artículo 22 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Ad-

<sup>11</sup> Acuerdo de 13 de septiembre de 2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (rec. 224/2018).

ministraciones Públicas, dispone que “... el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”.

De otro lado, el artículo 81.2 de ese mismo cuerpo normativo reseña lo siguiente: “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

Y a estas prescripciones de la legislación especial de contratación pública, habría que adicionar el régimen de subsanación y mejora de la solicitud previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ley esta que es aplicable subsidiariamente en el campo de los contratos del sector público, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

A la vista de las previsiones normativas reseñadas, lo primero que hay que advertir es que el legislador sectorial, cuando regula los mecanismos para rectificar los equívocos de la documentación aportada por los licitadores, usa diversos términos que semánticamente son similares: “aclarar”, “complementar”, “subsanar” y “corregir”. No obstante, a pesar de esa proximidad semántica, un examen más acentuado de la normativa especial de contratos públicos nos hace adivinar diferencias en el plano jurídico.

En una primera instancia, no puede pasarse por alto la circunstancia de que el ámbito de aplicación de los preceptos expuestos no parece que sea precisamente idéntico, más bien lo contrario. Basta con observar tanto la situación sistemática de los artículos relatados en las correspondientes normas, como las precisiones que dichos artículos formulan en su letra, para alumbrar esta conclusión. De cualquier forma, como en el apartado siguiente profundizaremos sobre este tema, es suficiente ahora con efectuar una simple llamada de atención, dejando para un momento venidero un análisis más exhaustivo.

En segundo lugar, debe notarse que mientras que los requerimientos de los artículos 95 de la Ley 9/2017 y 22 del Real Decreto 1098/2001 vienen fijados en sentido potestativo para el órgano de contratación (“po-

drá” es el verbo que usa el legislador en dichos preceptos), los trámites de los artículos 141.2 y 326.2 de la Ley y 81.2 del Reglamento están fijados en calidad de exigencias legales para la Administración y derechos subjetivos para los licitadores (“dará” y “comunicará” son los imperativos que emplean, respectivamente, los artículos 141.2 y 81.2 y, de la misma forma, en modo de impositivo se establece el “previo trámite de subsanación” en el antedicho artículo 326.2).

Y las diferencias prosiguen en cuanto a los plazos para la subsanación o corrección de los defectos. El plazo del artículo 141.2 de la Ley de Contratos del Sector Público es de tres días (referidos a días naturales al amparo de la disposición adicional duodécima de la propia Ley); el del artículo 22 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es de cinco días (también computados en días naturales en base al fundamento predicho); y el previsto en el artículo 81.2 del mismo Reglamento no puede superar los tres días hábiles.

Así pues, aunque en una primera impresión pudiera interpretarse que es totalmente intrascendente el apoyo legal al que se acuda para solventar las inexactitudes de los documentos aportados por los participantes en la licitación, la realidad –jurídica– parece otra. Por ello, comoquiera que el legislador no ha sido lo suficientemente pulcro desde una óptica jurídica en este tema, la confusión para los aplicadores del derecho está servida, con lo que las exégesis que estos hacen al respecto son –como no podía ser de otro modo– dispares.

De esta forma, unos abogan indistintamente por los artículos 22 y 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, como cobertura legal de la subsanación<sup>12</sup>. Otros dejan a la discrecionalidad de la Administración contratante la decisión de pedir las aclaraciones o los complementos necesarios conforme a los artículos 95 de la Ley 9/2017 y 22 del Real Decreto 1098/2001, o, por el contrario, de requerir la corrección como prevé el artículo 81.2 del Reglamento<sup>13</sup>. E incluso hay quien llega hasta el punto de admitir subsanaciones basándose en la aplicación –supletoria– de la normativa reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas<sup>14</sup>.

En resumen: hay colores para todos los gustos.

<sup>12</sup> Acuerdo 14/2014, de 14 de marzo de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (rec. 17/2014).

<sup>13</sup> Resolución 218/2020, de 13 de febrero de 2020, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1555/2019).

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011 (rec. 5701/2008). En el mismo sentido se había pronunciado de manera expresa ya este Tribunal en otras ocasiones, como en la Sentencia de 6 de julio de 2004 (rec. 265/2003), así como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia de 23 de septiembre de 2008 (rec. 1566/2001).



## 4

**Posibilidad de aclarar o subsanar la oferta técnica o económica**

La oferta técnica y económica constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la Administración contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición económica. En cuanto manifestación de la voluntad del licitador, la oferta técnica y económica constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir este<sup>15</sup>. Consiguientemente, si la oferta adolece de algún tipo de error, hay que valorar sus consecuencias jurídicas.

En torno a este particular, la primera cuestión que debemos plantearnos es si cabe la aclaración, complementación, subsanación y corrección de las ofertas técnicas o económicas. Y ello a causa de que, cuando el legislador alude a estas figuras, lo hace exclusivamente en referencia a la documentación “administrativa” (es decir, a los documentos acreditativos de la aptitud para contratar), pero, por el contrario, no regula expresamente estos mismos aspectos en lo que atañe a las ofertas técnicas o económicas.

Así, el artículo 95 se ubica sistemáticamente dentro de la Sección 2 del Capítulo II del Título II del Libro Primero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (acreditación de la aptitud para contratar), y –por si ello no fuera suficientemente demostrativo– precisa, además, que la aclaración y complementación a la que alude sea “en aplicación de los artículos anteriores” (esto es, los referidos a la capacidad y solvencia del empresario).

Por su parte, la literalidad de los artículos 141.2 y 326.2.a) de la Ley de Contratos del Sector Público limita la corrección de defectos subsanables a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y a la declaración responsable.

Algo semejante ocurre con el mencionado artículo 22 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual se inserta dentro un título correspondiente a los requisitos para contratar y, más concretamente, en un capítulo dedicado a la capacidad y solvencia de las empresas. A la vez, ese artículo recalca que las aclaraciones que regula son: “A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley” (Ley que no era otra que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de

<sup>15</sup> Entre otras, Resolución 1145/2015, de 11 de diciembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 1194 y 1195/2015).

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyos artículos 15 a 20 versaban –también– sobre la capacidad y solvencia de las empresas).

Y al mismo desenlace llegamos observando el nombrado artículo 81 del antedicho Reglamento, el cual habla de “defectos u omisiones subsanables” en referencia a la documentación del artículo 79.2 de la Ley (remisión que, nuevamente, nos conduce al Real Decreto Legislativo 2/2000, cuyo artículo 79.2 se refería a la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia del empresario, personalidad jurídica del empresario, constitución, en su caso, de la garantía provisional y, para las empresas extranjeras, sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles).

Por el contrario, el artículo 176.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sí que recoge específicamente la posibilidad de precisar o aclarar las ofertas, al prever lo siguiente: “La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”. Ahora bien, hay que remarcar que esta previsión es específica y típica del diálogo competitivo y, consiguientemente, no es ampliable al resto de procedimientos de adjudicación.

En definitiva, y a salvo de la regla particular en relación con el diálogo competitivo, procede señalar que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos (como el anteriormente mencionado de la documentación administrativa o incluso el de las ofertas anormalmente bajas), la legislación que rige la contratación del sector público no contiene ninguna disposición que indique expresamente qué debe hacerse cuando el poder adjudicador compruebe, en un procedimiento de licitación, que la oferta de un candidato es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones del pliego de condiciones. Dicho de otro modo: hay que tener presente que los preceptos reseñados –con la salvedad del citado artículo 176.1– conciernen a los defectos u omisiones apreciados en los documentos incluidos en el sobre que contiene la “documentación administrativa” –a la que se refieren los artículos 140 y 141 de la Ley 9/2017–, por lo que su contenido no resultaría automáticamente trasladable a los documentos incluidos en los sobres que contienen las proposiciones, propiamente dichas, de las empresas licitadoras, referentes a los aspectos técnicos y/o económicos objeto de valoración en la correspondiente licitación<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Resolución 296/2012, de 21 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 289/2012).

La laguna legal explicitada no ha servido sino para producir posturas doctrinales encontradas. Están los partidarios de que la subsanación opera, solo y exclusivamente, en relación con la documentación administrativa, pues sobre la oferta técnica y económica, únicamente, cabe la aclaración, pero nunca la subsanación<sup>17</sup>. Otros, sin embargo, matizan este especial rigor admitiendo, igualmente, la subsanación en lo referente a las proposiciones técnicas y económicas de los empresarios<sup>18</sup>.

En este contexto de interpretaciones enfrentadas, quizás la posición más realista sea la equidistante entre ellas, lo que llevaría a reconocer que no es posible dar una respuesta general en lo que importa a la posibilidad de subsanar o aclarar ofertas y, menos todavía, en lo que incumbe a si tal posibilidad es una obligación o, por el contrario, una facultad para la entidad contratante. Es esta una cuestión, por tanto, que habrá que valorar caso por caso.

Un primer parámetro que podría servirnos como pauta para resolver la heterogénea casuística ante la que nos podemos encontrar, sería el que parte de la premisa de que la entidad contratante no estaría en todos los casos obligada a requerir la aclaración o subsanación de las ofertas técnicas y económicas defectuosas (como sí ocurre —como ya se indicó antes— en el caso de la documentación administrativa o de ofertas anormalmente bajas). La decisión debería venir tras ponderar si, a la vista de las circunstancias, es razonable, al menos *a priori*, suponer que el licitador podría ofrecer una aclaración sin variar su oferta. Por el contrario, si la oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente<sup>19</sup>.

Este criterio que exime al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación de la obligación de solicitar aclaración o subsanación de las ofertas, nacería de la idea de que es el licitador quien debe soportar las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta<sup>20</sup>. Es más, si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no es menos cierto que no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Acuerdo citado en nota al pie núm. 12.

<sup>18</sup> Resolución 463/2014, de 13 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 405/2014).

<sup>19</sup> Resolución 399/2015, de 30 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 302/2015).

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).

<sup>21</sup> Resolución 260/2019, de 9 de agosto de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (rec. 47/2019), la cual cita la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

No obstante, respecto a la posibilidad de subsanar o aclarar las proposiciones de los licitadores, debe matizarse el criterio general que se acaba de apuntar, puesto que, si bien las aclaraciones o los requerimientos que contempla expresamente la legislación que rige los contratos del sector público vienen referidos –como ya se expuso– a los que precise la calificación de los requisitos de capacidad y solvencia del licitador incluidos en la documentación general, la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas encontraría amparo en el principio de buena administración<sup>22</sup>. De esta suerte, el ordenamiento jurídico no se opone a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa subsanación o aclaración no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta o a modificar la existente<sup>23</sup>. En consecuencia, cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de esta con los requisitos establecidos en el pliego<sup>24</sup>.

Es más, el principio de subsanabilidad de los defectos formales, además de proteger a los principios generales ya mencionados previamente (en particular a los principios antiformalista, de libre concurrencia y de buena administración), puede contribuir, en determinados supuestos, a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, deberá evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos<sup>25</sup>.

Igualmente, justo es señalar que tampoco el principio de igualdad de trato de los operadores económicos implica obstáculo alguno para que la entidad adjudicadora requiera a un licitador con la finalidad de que aclare una oferta o subsane un error material inviable del que adolezca la misma, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean trata-

<sup>22</sup> Resolución 43/2014, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 37/2014), con base en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

<sup>23</sup> Sentencia citada en nota al pie núm. 20.

<sup>24</sup> Resolución citada en nota al pie núm. 21.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015 (rec. 322/2014).

dos del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente<sup>26</sup>.

En conclusión, la solicitud de aclaración o subsanación de las ofertas es factible, aunque no es una obligación impuesta al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando juzgan que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando conciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; por tanto, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa. Y será, caso por caso, el órgano de contratación o la mesa de contratación, según proceda, quien valore la oportunidad y legalidad de esta posibilidad, concretando qué defectos de la oferta presentada por los licitadores son susceptibles de aclararse o subsanarse y cuáles implican una modificación de la oferta y, por ello, atentan contra el principio de igualdad<sup>27</sup>.

## 5

### Alcance y límites de la aclaración y subsanación de la oferta técnica o económica

Atendiendo a las consideraciones efectuadas en el apartado precedente, podemos colegir que es plausible la eventual aclaración o subsanación de las propuestas económicas o técnicas, aunque puntualizando que ello queda sometido a ciertas restricciones, como seguidamente detallaremos.

Sobre este particular, hay que partir del presupuesto de que el error en la oferta no supone *ipso iure* en todos los casos la exclusión sin más del licitador. No obstante, dicho esto, tiene que precisarse seguidamente que la posibilidad de subsanación de la oferta, y, por tanto, que no sea rechazada, exige como *condictio sine qua non* –tal y como ya se expuso previamente– la inmutabilidad de su oferta, de modo que cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de tales características en la oferta debe ser rechazada. Por ello, es regla general que, una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, no cabe modificación alguna en la oferta del licitador<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (asunto C-131/16) y Resolución citada en nota al pie núm. 21.

<sup>27</sup> Resolución 73/2015, de 27 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 67/2015).

<sup>28</sup> Resolución 443/2019, de 25 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 308/2019).

Por tanto, es permisible solicitar aclaraciones o subsanaciones que pretendan solventar ambigüedades o errores, pero siempre que ello no suponga, en modo alguno, variación de la oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, propios de un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y –como ya se indicó al inicio de este trabajo– proclamados como básicos de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la Ley 9/2017<sup>29</sup>. Por esta misma razón, no cabe conceder por la vía de un trámite de subsanación la posibilidad de introducir una modificación sustancial en la oferta, incluyendo unos datos o información hasta entonces ni mencionados ni concretados, pues ello constituiría un falseamiento de la oferta inicialmente presentada (más aún cuando ya se conocen el resto de las ofertas presentadas)<sup>30</sup>.

Consiguientemente, reiteramos que lo decisivo es que la subsanación o aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquel, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada.

De otro lado, el artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece lo siguiente: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. La deducción del precepto, entonces, es clara y terminante: las proposiciones de los licitadores se han de ajustar total e incondicionalmente al contenido de los pliegos.

Efectivamente, la oferta de los contratos debe amoldarse a dos requisitos: el requisito material, que reclama que no se superen los límites establecidos en el pliego de cláusulas de que se trate (lo cual opera, principalmente, respecto del límite cuantitativo al que debe sujetarse la propuesta económica); y el requisito formal, que compele a que la oferta se adecúe a las exigencias formales establecidas en el pliego, pero siempre siendo este aspecto formal

<sup>29</sup> Entre otras, resoluciones 64/2012, de 7 de marzo de 2012, 35/2014, de 17 de enero de 2014, 876/2014, de 28 de noviembre de 2014, y 322/2018, de 6 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 36/2012, 871/2013, 875/2014 y 39/2018, respectivamente), y Resolución 184/2018, de 18 de diciembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euzkadi (rec. 2018/156).

<sup>30</sup> Resoluciones 687/2020, de 19 de junio de 2020, y 308/2019, de 29 de marzo de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 458/2020 y 146/2019, respectivamente), la primera de las cuales, además, reitera la doctrina de la Resolución 311/2020, de 7 de marzo de 2020, del mismo Tribunal (rec. 27/2020).

de la oferta más flexible en su consideración, por mor de la doctrina antiformalista<sup>31</sup>.

De cualquier manera, la definición del contenido y de las prestaciones objeto de contratación corresponde exclusivamente al órgano de contratación, siendo libres los empresarios de concurrir o no a la licitación, pero sabiendo que, si lo hacen, han de ajustar sus proposiciones a lo dispuesto en los pliegos so pena de exclusión<sup>32</sup>. Precisamente el carácter vinculante de los pliegos demanda que los licitadores ajusten sus ofertas a las decisiones trazadas por el órgano de contratación, sin que estas puedan ser suplantadas o sustituidas por la voluntad o el deseo de las empresas licitadoras concurrentes<sup>33</sup>.

Por ello, aquella oferta que incumple la acreditación de un requisito en los términos exigidos por los pliegos conlleva su exclusión, sin que sea preciso el examen de otras cuestiones y sin que haya posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados<sup>34</sup>.

A mayor abundamiento, el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, señala lo siguiente: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Así pues, el legislador parece diferenciar dos supuestos: el error manifiesto, y el error que hace inviable la proposición. A pesar de ello, la interpretación antiformalista que es más respetuosa con la concepción esencial de la contratación pública supone que ambos supuestos se aproximen, y que el elemento clave que determine si la propuesta puede o no ser aceptada a pesar del error es que la misma sea viable jurídicamente, de modo que un error

<sup>31</sup> Resolución 137/2017, de 3 de febrero de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 9/2017).

<sup>32</sup> Resolución 1097/2015, de 27 de noviembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1136/2015).

<sup>33</sup> Resolución 118/2021, de 12 de febrero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1301/2021).

<sup>34</sup> Resolución 137/2018, de 18 de octubre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 2018/106).

manifiesto, pero fácilmente subsanable, por muy grosero o claro que sea, no tiene por qué aparejar la exclusión de un licitador en detrimento de una mayor concurrencia en el contrato<sup>35</sup>.

No obstante, justo es reconocer que esta línea de opinión no siempre cuenta con adeptos. De esta forma, hay quien interpreta que, como consecuencia obligada del principio de igualdad de trato entre los licitadores, tanto el error manifiesto como el error reconocido por el licitador, siempre que –en este último caso– haga inviable la oferta, son causa de exclusión de la oferta formulada y no se admite, en principio, la posibilidad de subsanación, a diferencia de lo que acaece para la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia, cuya regla es, justamente, la posibilidad de subsanación<sup>36</sup>.

Al amparo de la misma argumentación, el error en el importe de la proposición determina la exclusión solo bajo unas determinadas condiciones, esto es, cuando es manifiesto, o cuando, existiendo reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, estos la hagan inviable, cambiando el sentido de la proposición<sup>37</sup>. Por consiguiente, los “errores de cuenta”, entendidos estos –de acuerdo con la doctrina civil– como los que se producen al operar en el cálculo matemático, no implican la exclusión de la oferta, sino que deben dar lugar a su corrección<sup>38</sup>.

Al margen de posibles posturas encontradas, en última instancia, la cuestión clave en esta materia pivota sobre si el error hace “inviable” la oferta, cambiando el “sentido” de la proposición. Para ello, habrá de acudirse a la interpretación de la oferta que cabía realizar en el momento de hacerse la misma y de efectuarse su pretendida subsanación: en concreto, si la misma tenía, en una interpretación razonable, un único “sentido” que se acomodase a las exigencias de la contratación. Y ello, puesto que no sería admisible que cupieran varias interpretaciones que hicieran dudosa la intención del ofertante y el “sentido” de su proposición, debiendo, en consecuencia, excluir aquellas propuestas que tengan un carácter “ilusorio”<sup>39</sup>.

En definitiva, para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la mercantil licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter pu-

<sup>35</sup> Resolución citada en nota al pie núm. 31.

<sup>36</sup> Resolución 78/2015, de 10 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 74/2015).

<sup>37</sup> Resolución citada en nota al pie núm. 31.

<sup>38</sup> Resolución 44/2014, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 38/2014).

<sup>39</sup> Resolución 283/2012, de 14 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 288/2012), con cita del Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.



ramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador<sup>40</sup>.

En otras palabras, los errores en la confección de la oferta que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de manera indubitada la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación<sup>41</sup>.

Por otra parte, hay que remarcar que se percibe en la doctrina una tendencia más favorable a la subsanación de la oferta cuando nos situamos en el campo de los aspectos susceptibles de valoración automática, donde lo relevante es comprobar si el licitador aporta los datos necesarios para la aplicación de la fórmula matemática prevista en los pliegos, adquiriendo un perfil totalmente secundario el formato en el que se presenten, hasta el punto de que se juzga que la rectificación de esos errores en “el formato” en ningún caso supone modificación de la oferta ni, por ende, atenta contra el principio de igualdad<sup>42</sup>.

Para concluir, debemos traer a colación un último límite en este terreno, el cual quedaría circunscrito al ámbito formal: no es factible efectuar aclaraciones o subsanaciones de las ofertas al margen del procedimiento legalmente establecido. Solo la entidad adjudicadora o, en su caso, la mesa de contratación está habilitada para requerir aclaraciones o subsanaciones de las ofertas, no pudiendo estas hacerse cargo de ningún documento que hubiese sido presentado de modo informal<sup>43</sup>. Y una vez requerido el licitador para aclarar o subsanar su oferta y presentada por este la oportuna explicación, únicamente al poder adjudicador o a la mesa de contratación, según los supuestos, les compete realizar la valoración de si la ambigüedad de la antedicha oferta queda disipada, dando lugar a su admisión o si, por el contrario, la respuesta no es satisfactoria, lo que habrá de determinar su exclusión<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Resolución citada en nota al pie núm. 19.

<sup>41</sup> Resolución 178/2019, de 29 de octubre de 2019, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 2019/139).

<sup>42</sup> Resolución 91/2018, de 19 de octubre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (rec. 95/2018).

<sup>43</sup> Resolución 201/2019, de 25 de noviembre de 2019, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 163/139).

<sup>44</sup> Resolución citada en nota al pie núm. 19.

En definitiva, tenemos que conjugar la posibilidad de aclarar o subsanar las propuestas económicas o técnicas con las restricciones a que tal posibilidad queda supeditada.

## 6

### Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto cabe extraer las conclusiones siguientes:

a) Atendiendo a los principios antiformalista y de libre concurrencia, la actuación de los poderes adjudicadores tiene que evitar que la apreciación de estrictos requisitos formales suponga la exclusión de proposiciones por defectos fácilmente remediables.

b) La corrección de las deficiencias en la documentación presentada por los licitadores o la presentación de documentos complementarios puede encontrar su motivación jurídica en diversos preceptos de la legislación sectorial. En particular, los artículos 95, 141.2 y 326.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 22 y 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pueden operar como argumentos legales con las antedichas finalidades.

Es, incluso, tolerable la subsanación con sustento en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

c) Las ofertas técnicas y económicas son susceptibles de aclaración y/o subsanación. No obstante, esto no es una obligación para la Administración contratante, sino una facultad discrecional de esta, cuya utilización requiere una valoración de cada supuesto concreto.

d) La facultad de los entes del sector público para requerir la aclaración y/o subsanación de las ofertas económicas o técnicas está sometida a una serie de limitaciones, requiriendo el ejercicio de aquella un particular estudio del específico asunto.

En todo caso, la aclaración y/o subsanación de la oferta sería improcedente de converger alguna de las circunstancias subsecuentes:

- Cuando la aclaración y/o subsanación implique un cambio de la propuesta inicialmente formulada por el licitador.
- Cuando se trate de errores que generen una inviabilidad de la oferta.

- Cuando la aclaración y/o subsanación se produzca fuera del procedimiento administrativo legalmente establecido con tal objeto.

## 7

### Bibliografía

- Comas Ribalaygua, S. (2016). Consecuencias jurídicas del exceso de hojas de las proposiciones técnicas: ¿exclusión automática de la persona licitadora? *Contratación Administrativa Práctica*, 146, 50-59.
- Delpiazzo, C. E. (2007). Los principios generales en la contratación pública. En J. C. Casagane y E. Rivero Ysern (dirs.). *La contratación pública* (pp. 543-558). Buenos Aires: Hammurabi.
- Mañes Martínez, E. (2014). La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 6.
- Sanmartín Mora, M.<sup>a</sup> A. (2018). De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. En J. M. Martínez Fernández y P. Bocos Redondo (dirs.). *Contratación del Sector Público Local* (tomo I, 4.<sup>a</sup> edición, pp. 717 y ss.). Madrid: Wolters Kluwer.



A stylized tree graphic in shades of pink and red. The tree has a thick trunk and several branches with oval-shaped leaves. A large, light pink circle is positioned at the base of the trunk on the left side. The background is a gradient of light pink to white.

QD 58

**CRÓNICA  
JURISPRUDENCIAL**

# **Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 15 de abril de 2022)**

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ  
*Profesor titular de Derecho Administrativo.  
Universidad Carlos III de Madrid*

## **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

### **Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2022, de 8 de febrero, sobre promoción interna de los miembros de los cuerpos de Policía Local**

#### **Antecedentes**

Cuestión de inconstitucionalidad en relación con las disposiciones transitorias primera, apartado primero, y tercera de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid.

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

#### **Extracto de doctrina**

“(…)

Así pues, la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018 ha dispuesto una determinada estructura orgánica de la policía local de la Comunidad de Madrid, estableciendo, en función del ajuste de los puestos de trabajo existentes a las distintas categorías que crea el art. 33, la integración directa de los funcionarios que venían desempeñando tales puestos, en los grupos y subgrupos correspondientes atendiendo a su titulación académica y regulando las consecuencias retributivas.

El órgano judicial plantea que la disposición transitoria primera, apartado primero, podría ser contraria al art. 18, apartados primero y segundo, en relación con el art. 16.3 c) TRLEEP. Por su parte, la disposición transitoria

tercera podría infringir el art. 18.2 de la Ley de presupuestos generales del Estado para 2018. Ambas dudas guardan indudable relación entre sí, pues la contradicción con este precepto de la ley de presupuestos estatales para 2018, que se predica de las consecuencias retributivas, tiene como presupuesto que la citada integración, regulada en la disposición transitoria primera, apartado primero, sea conforme con el orden competencial. Por lógica, debemos comenzar el examen de la cuestión suscitada por la disposición transitoria primera, apartado primero.

### 3. Encuadramiento competencial

Tratándose de una controversia competencial, para su resolución debemos encuadrar la materia entre las enumeradas en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Para ello, atenderemos al sentido y finalidad de la norma cuestionada.

Los miembros de la policía local son ‘necesariamente funcionarios públicos de la administración municipal’ y ‘agentes de la autoridad que desempeñan especiales funciones y ostentan específicas atribuciones al participar del ejercicio de la autoridad’ (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 4; 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 3, y 154/2017, de 21 de diciembre, FJ 3). Esa doble condición de funcionarios públicos y de agentes de la autoridad se reconoce en la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018 (arts. 36.1 y 5.3, respectivamente).

La cuestionada disposición transitoria primera, apartado primero, prevé la integración en las nuevas categorías de los miembros de los cuerpos de policía local que, a la entrada en vigor de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, ocupen plazas clasificadas en los subgrupos correspondientes, siempre que cuenten con la titulación académica exigible. Es decir, introduce una nueva estructura para los funcionarios de policía local y dispone la adaptación, automática y ex lege, a los nuevos subgrupos de titulación. En el caso del proceso a quo, el demandante tenía la categoría de sargento (grupo C de la Ley 30/1984, de 2 de agosto) en la estructura de la Ley 4/1992, que en la nueva ley se corresponde con la categoría de subinspector (grupo A2 del TRLEEP). Esto supone que, al tener la titulación de diplomado universitario, ascendería automáticamente del subgrupo C1 (equivalente al antiguo C) al subgrupo A2, lo que repercute, también, en un incremento del salario base y de los trienios, de acuerdo con los importes establecidos anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

Por tanto, estamos ante un supuesto de promoción interna, es decir, un ascenso de quien es ya funcionario a un subgrupo superior, por mor de la modificación de las escalas y categorías de los cuerpos de policía local

de la Comunidad de Madrid, resultante de una nueva regulación legal. La normativa básica no establece los grupos de clasificación de los cuerpos y escalas en atención a la titulación que posean los funcionarios, sino a la requerida para el acceso al cuerpo o escala de pertenencia (art. 76 TR-LEEP), exigiendo estar en posesión del título correspondiente para acceder mediante promoción interna a cuerpos o escalas del grupo superior. Por tanto, una integración como la prevista en la norma cuestionada incide en el derecho a la promoción interna (en un sentido similar, STC 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 4). Como se aprecia en el proceso a quo, la consecuencia es que quien ya es funcionario queda directamente encuadrado en el subgrupo de titulación correspondiente a la nueva categoría que le corresponde según la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, lo que implica una promoción al subgrupo inmediatamente superior respecto a aquel en el que estaba encuadrado con la precedente Ley 4/1992. La promoción interna de los policías locales como derecho individual de tales funcionarios, ‘según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad’ [art. 14.1 c) TRLEEP], se integra en la materia ‘régimen estatutario de los funcionarios públicos’ (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 5; 2/2012, de 13 de enero, FJ 3; 3/2012, de 13 de enero, FJ 4; 4/2012, de 13 de enero, FJ 5; 33/2013, de 11 de febrero, FJ 5; 189/2014, de 17 de noviembre, FJ 3; 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 4, y 154/2017, de 21 de diciembre, FJ 8). En dicha materia corresponde al Estado fijar las bases ex art. 149.1.18 CE y a la Comunidad de Madrid (art. 27.2 de su Estatuto de Autonomía) el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución ‘[e]n el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca’.

4. Inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias primera, apartado primero, y tercera de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018

Es doctrina constitucional reiterada que, para poder apreciar un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, es necesario comprobar ‘que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa’ (por todas, STC 96/2020, de 21 de julio, FJ 3).

a) Así pues, debe verificarse, en primer lugar, la condición de básica, en el doble sentido material y formal, de las normas estatales con la que se pone en contraste la autonómica impugnada. En este sentido, no ofrece duda alguna la competencia del Estado, ex art. 149.1.18 CE, para



establecer los requisitos o criterios mínimos en materia de promoción interna, también en el caso de los policías locales, pues las condiciones de promoción de la carrera administrativa integran uno de los aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos que, forzosamente, han de ser definidos por el Estado (STC 20/2017, de 2 de febrero, FJ 8). El derecho a la promoción interna comprende la posibilidad de ascenso al grupo inmediatamente superior al que pertenece el funcionario, lo que afecta a los dos principios rectores de la función pública: (i) la consideración de los títulos académicos exigidos para el acceso como criterio taxonómico para clasificar los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios, y (ii) el mandato de que la promoción interna atienda a los requisitos exigidos para acceder a la función pública, entre los que se encuentra, además de la titulación necesaria, la imprescindible superación de pruebas selectivas.

En coherencia con lo anterior, el art. 16.3 c) TRLEEP define la promoción interna vertical como aquella que ‘consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18’. El art 18.1 TRLEEP establece el régimen de la promoción interna de los funcionarios de carrera y exige que se realice ‘mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto’. Lo que reitera el art. 18.2 al disponer que ‘[l]os funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior subgrupo, o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas’. La aplicación directa a los cuerpos de policía local de lo previsto en el TRLEEP viene dispuesta expresamente por su art. 3.2 y así lo confirma el art. 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Por consiguiente, en la medida en que los preceptos reseñados del TRLEEP, que han de servir de contraste para determinar la constitucionalidad de las normas cuestionadas, definen la promoción interna vertical, la forma en que se ha de llevar a cabo y las condiciones esenciales que se han de cumplir para acceder a la misma, deben ser consideradas materialmente básicas, puesto que quedan plenamente comprendidas dentro de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que,

empleada por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE, incluye materialmente en su ámbito la normación relativa a la promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, y que ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las administraciones públicas (STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 13).

Por su parte, el carácter formalmente básico de los referidos preceptos, al igual que el de las demás disposiciones del TRLEEP, relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos, se establece en la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de dicho estatuto.

Así las cosas, las bases en materia de función pública, que establecen un marco común de regulación aplicable a todos los funcionarios públicos del Estado, que puede ser desarrollado pero no desconocido por las comunidades autónomas, prohíben la integración automática de tales empleados públicos en los grupos de titulación superior, toda vez que exigen, para la promoción interna, no solo estar en posesión de la titulación requerida, sino también la superación de unas pruebas selectivas. Por tanto, una vía de promoción interna establecida por disposiciones legales autonómicas que prescindiera de alguno de estos dos elementos, titulación y proceso selectivo, implicaría el ‘desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que *menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento*’ (STC 154/2017, FJ 8, que cita la STC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2). Así lo hemos recordado también en la STC 171/2020, de 16 de noviembre, que enjuició el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018. En ese caso, el requisito básico al que afectaba la norma autonómica era el de la titulación. En concreto, desconocía una excepción prevista en la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, razón por la cual el citado apartado de la ley autonómica se declaró inconstitucional y nulo, aunque únicamente en su aplicación a los miembros de los cuerpos de policía local que se podían integrar en el subgrupo C1 de clasificación, a los que se circunscribe la mencionada excepción de la norma básica.

b) Constatado el carácter básico de las normas estatales, que actúan como parámetro de contraste y el mandato taxativo que se deriva de ellas, debemos examinar, a continuación, si existe una contradicción efectiva e

insalvable determinante de una invasión competencial (STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ 6).

La norma cuestionada, atendiendo solamente al requisito de la titulación, determina la integración directa y automática en los subgrupos A1, A2 o C1, correspondientes a las escalas técnica, ejecutiva y básica previstas en el art. 33 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, respectivamente, de todos aquellos funcionarios de policía local que ostenten la titulación académica correspondiente a dichos subgrupos. Sin embargo, como se acaba de exponer, en el sistema de promoción interna que regulan las bases, la posesión de la titulación académica es un requisito necesario pero no suficiente, puesto que también se requiere superar unas pruebas selectivas. Frente a la taxativa exigencia de un proceso selectivo como requisito para la promoción interna, la norma autonómica dispone, por el contrario, que esa integración en los nuevos subgrupos de titulación, consecuencia de la nueva estructura introducida por la Ley controvertida, es directa y queda únicamente condicionada a ostentar la titulación académica correspondiente, sin hacer mención a prueba selectiva alguna. Parte así del presupuesto contrario al de los arts. 16.3 c) y 18, apartados primero y segundo, TRLEEP que son su parámetro de enjuiciamiento (en análogos términos, en cuanto al modo de contradecir la base, SSTC 235/2015, de 5 de noviembre, FJ 5; 260/2015, de 3 de diciembre, FJ 4, y 96/2020, FJ 5).

Por consiguiente, debemos concluir que la disposición transitoria primera, apartado primero, de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018 contradice los citados preceptos estatales, contradicción que, como inmediatamente se expone, no puede ser salvada por vía interpretativa. La norma de referencia es inconstitucional y nula.

c) No puede aceptarse la interpretación conforme con la Constitución, que propone la fiscal general del Estado, según la cual la disposición transitoria primera, apartado primero, ha de ser interpretada en consonancia con el art. 41.1 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, que afirma que '[I]a promoción interna se realizará mediante concurso oposición que garantice el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los contemplados en el artículo 55.2' TRLEEP. De esta forma, el silencio de la norma cuestionada no podría entenderse como excluyente del proceso selectivo a superar, pudiendo salvarse la omisión por referencia al mencionado art. 41.1.

Desde la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1, este tribunal viene afirmando que 'siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera

con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este tribunal’ [SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7; 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d); 26/2017, de 16 de febrero, FJ 6, y 62/2017, de 25 de mayo, FJ 7], siempre que tales interpretaciones posibles sean ‘igualmente razonables’ [SSTC 168/2016, de 6 de octubre, FJ 4 b); 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 7, y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8, por todas]. Este criterio implica que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación [SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5; 17/2016, de 4 de febrero, FJ 4; 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d); 26/2017, de 16 de febrero, FJ 6; 62/2017, de 25 de mayo, FJ 4, y 116/2017, de 19 de octubre, FJ 3]. No obstante, ‘la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde’ [SSTC 14/2015, FJ 5; 118/2016, FJ 3 d); 20/2017, FJ 9; 26/2017, FJ 6; 37/2017, FJ 4 e); 62/2017, FJ 7, y 116/2017, FJ 3]. Y, en todo caso, la búsqueda de las posibilidades de interpretación conforme de los preceptos impugnados deberá realizarse caso a caso y con el debido razonamiento.

Por tanto, si bien este tribunal ha establecido que las normas deben preservarse cuando su texto no impida una interpretación adecuada a la Constitución, esta interpretación tiene como límite el ‘respeto al propio tenor literal’ de los preceptos interpretados (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2), y no permite ‘ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos’ (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6), ya que ‘la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde’ (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7, y las que cita).

En el presente caso, no resulta posible la interpretación conforme que propone la fiscal general del Estado, por cuanto colisiona con el tenor literal de la norma cuestionada. Esta dispone imperativamente la integración directa en los nuevos grupos de clasificación de aquellos miembros que dispongan de la titulación académica correspondiente. Lo cual equivale materialmente a una promoción interna, realizada sin observar las reglas básicas que regulan esta modalidad de carrera profesional. El uso de la expresión ‘quedarán directamente integrados’ es taxativa y no admite modulación alguna, sin que el tenor de la norma en cuestión proporcione elemento alguno para entender que la integración directa requiera como presupuesto necesario la superación de pruebas selectivas.

Por consiguiente, el precepto cuestionado no admite un pronunciamiento sobre su entendimiento conforme a la Constitución, en cuanto que la interpretación que se propone, por forzada, debe ser rechazada, so pena de olvidar el respeto al tenor literal del precepto legal (por todas, STC 209/2014, de 18 de octubre, FJ 4) o de ‘reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto’ (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8).

La anterior conclusión se corrobora a la vista del acuerdo de 4 de diciembre de 2018, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid, que recoge el compromiso de tramitar una iniciativa legislativa de modificación de la disposición transitoria primera de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, precisamente para establecer que el acceso a los subgrupos C1 y A2 de la nueva clasificación se realizará mediante procesos de promoción interna ‘atendiendo a los requisitos y procedimientos establecidos en la legislación básica’.

No cabe olvidar que, según consolidada doctrina constitucional (por todas, STC 83/2020, de 15 de julio, FJ 6), los acuerdos de este tipo no pueden impedir el pronunciamiento de este tribunal acerca de las infracciones constitucionales que se denuncian en el proceso, máxime cuando la modificación legislativa acordada ni siquiera ha llegado a entrar en vigor en el momento de dictar la presente sentencia (STC 72/2021, de 18 de marzo, FJ 2). Tampoco los eventuales acuerdos de tales comisiones pueden afectar al papel de los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción, papel que en todo caso está presidido por las notas de independencia y colaboración con este tribunal (STC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 3).

En suma, la disposición transitoria primera, apartado primero, vulnera el art. 149.1.18 CE y, en consecuencia, es inconstitucional y nula. A

igual conclusión se llega respecto de la disposición transitoria tercera por cuanto –como ha señalado la fiscal general del Estado–, prevé unos efectos retributivos que tienen como presupuesto la integración prevista en aquella. Siendo inconstitucional y nula la previsión de integración directa también lo son sus efectos retributivos”.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2022, de 8 de febrero, sobre competencia de las entidades locales en materia de autorizaciones en el litoral**

#### **Antecedentes**

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra los artículos 20.1 b) y 30 d) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2020, de 30 de julio, de ordenación del litoral.

Ponente: don Ricardo Enríquez Sancho.

#### **Extracto de doctrina**

“(…)

El recurso de inconstitucionalidad se basa en dos argumentos. En primer lugar, en la ausencia de competencia de la Generalitat para disponer de esas autorizaciones al ser su competencia simplemente ejecutiva o de ‘gestión’, conforme al artículo 149.3 b) EAC, por lo que los artículos impugnados habrían ‘desapoderado’ a la administración autonómica de una competencia que tiene estatutariamente reservada. Y en segundo lugar, en la ‘inconstitucionalidad mediata’ de los preceptos recurridos por vulnerar el artículo 115 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, de carácter básico de acuerdo con el art. 149.1.23 CE (medio ambiente), al no reconocer este precepto entre las ‘competencias municipales’ que enumera el otorgamiento de autorizaciones que le atribuyen los artículos recurridos; sí, en cambio, ‘explotar [...] los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas’, art. 115 c), que la ley catalana menciona en otros subapartados de los preceptos impugnados que no han sido objeto de recurso: arts. 20.1 a) y 30 c).

(…)

3. Competencias de los ayuntamientos: artículo 115 de la Ley de costas

a) Sentado lo anterior, debe ahora examinarse si, no siendo obstáculo para ello el término ‘gestión’ del art 149.3 b) EAC, puede no obstante el art. 115 de la Ley de costas impedir que la Ley 8/2020 atribuya a los ayuntamientos la competencia para otorgar las autorizaciones de uso del dominio público marítimo terrestre, al no estar prevista esta función en la enumeración de competencias municipales del citado art. 115, que dice así:

‘Las competencias municipales, en los términos previstos por la legislación que dicten las comunidades autónomas, podrán abarcar los siguientes extremos:

- a) Informar los deslindes del dominio público marítimo-terrestre.
- b) Informar las solicitudes de reservas, adscripciones, autorizaciones y concesiones para la ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre.
- c) Explotar, en su caso, los servicios de temporada que puedan establecerse en las playas por cualquiera de las formas de gestión directa o indirecta previstas en la legislación de régimen local.
- d) Mantener las playas y lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad, así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas’.

En opinión del recurrente, presupuesto el carácter básico de este precepto de acuerdo con el art. 149.1.23 CE, la ausencia de mención en el mismo a la competencia sobre el otorgamiento de autorizaciones, salvo las de servicios de temporada de la letra c), impide a la ley autonómica atribuírsela a los ayuntamientos. Los letrados autonómicos, por su parte, niegan este efecto obstativo y consideran que los artículos impugnados representan un legítimo ejercicio de la competencia general sobre ordenación del territorio y del litoral del art. 149.3 EAC, invocando además a su favor el art. 84 del mismo cuerpo legal, ‘Competencias locales’, que dice:

‘1. El presente Estatuto garantiza a los municipios un núcleo de competencias propias que deben ser ejercidas por dichas entidades con plena autonomía, sujeta sólo a control de constitucionalidad y de legalidad.

2. Los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes:

- a) La ordenación y la gestión del territorio [...]
- n) La regulación, la gestión y la vigilancia de las actividades y los usos que se llevan a cabo en las playas’.

Un precepto cuya validez y efecto vinculante para el legislador autonómico reconocimos en la STC 31/2010, FJ 36.

b) Sobre este art. 115 nos pronunciamos en la STC 149/1991, de 4 de julio, al resolver los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos por varios gobiernos autonómicos, un parlamento autonómico y más de cincuenta diputados contra la Ley de costas, en el FJ 7 C):

‘El art. 115, el único también de este capítulo, es impugnado en su totalidad, aunque la argumentación que se ofrece para combatir su legitimidad se centra especialmente en el contenido de los párrafos c) y d).

Dado el contenido de los dos primeros párrafos, que se limitan a prever la posibilidad de que la legislación autonómica ofrezca a los correspondientes municipios la posibilidad de informar en los expedientes de deslinde o en los que se inicien para atender solicitudes de reserva, adscripción, concesión o autorización, cuya resolución corresponde en todo caso a la administración estatal, no se advierte cuál pueda ser la lesión que los mismos implican para las competencias de las respectivas comunidades autónomas.

Tampoco cabe estimar la impugnación dirigida contra los dos restantes apartados, cuyo contenido no desborda del ámbito competencial que les reservan los arts. 25 y 28 de la Ley de bases de régimen local (Ley 7/1985) sobre cuya adecuación constitucional ya nos pronunciamos en STC 214/1989 (fundamento jurídico 12). El primero de ellos (c) es, por lo demás, simple proyección de la previsión contenida en el art. 53 que ya antes [fundamento jurídico 4 E) b)] hemos considerado compatible con el bloque de la constitucionalidad. Como allí dijimos y como aquí precisa el enunciado eliminar de este artículo, la explotación de los servicios de temporada en las playas que los ayuntamientos puedan eventualmente asumir directa o indirectamente, habrá de acomodarse en todo caso a lo dispuesto en la legislación autonómica, incluida, naturalmente, la de régimen local. Por último, y en lo que toca al párrafo d) hay que reiterar que la previsión de esta competencia municipal, que ya figuraba en la Ley de costas de 1969 (art. 17) y en disposiciones anteriores, no colide en modo alguno con la competencia autonómica en materia de protección civil, como ya hemos indicado al analizar la impugnación dirigida contra el párrafo i) del art. 110, y menos aún con la competencia de salvamento marítimo, cuyo ámbito propio está actualmente delimitado por la Ley 60/1962. Entendido en estos términos, el precepto no es contrario a la Constitución’.

Enmarcada en su contexto, la jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos (art. 38.1 LOTC) que emana de esta sentencia y fundamento es que la posibilidad prevista en el art. 115 de que la legislación autonómica atribuya a los ayuntamientos competencia sobre las materias aludidas en el



precepto no menoscaba las competencias de las propias comunidades autónomas ni las del Estado, en cuya defensa se litigaba. Nada más. Como en el caso del art. 149.3 EAC y STC 31/2010, FJ 92, examinado en el fundamento jurídico anterior, no cabe deducir de ello que estas sean las únicas competencias que en materia de ordenación del litoral las comunidades autónomas puedan atribuir a los ayuntamientos.

c) La interpretación del art. 115 de la Ley de costas de 1988, que forma parte del régimen de autorizaciones y concesiones de uso y explotación del dominio público marítimo-terrestre, debe cohererarse con la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006. El art. 110 b) de la Ley de costas, formalmente no derogado, atribuye a la administración del Estado el otorgamiento de las autorizaciones para ocupación y uso del dominio público, pero por efecto del art. 149.3 b) EAC esa competencia pasó directamente a la Generalitat de Cataluña como competencia propia que ha venido ejerciendo además pacíficamente desde aquella fecha, según se desprende de las actuaciones.

Así pues, desde el Estatuto de 2006 la competencia estatal derivada del art. 149.1.23 CE debe entenderse limitada a establecer el régimen jurídico de la ‘utilización del dominio público’ (título III de la Ley de costas, arts. 31 y ss.) y en concreto de las autorizaciones, que son las aquí afectadas (arts. 51 y ss. de la misma ley), sin incluir ya la competencia para su otorgamiento. Como advertimos en la STC 31/2010, FJ 92, antes reproducido: ‘[I]a norma estatutaria impugnada [el art. 149.3 b)] se limita a reconocer a la Generalitat las señaladas funciones ejecutivas de su competencia cuyo ejercicio expresamente se somete al respeto del *régimen general del dominio público*, lo que implica su plena sujeción a las potestades estatales, pues dicho régimen corresponde establecerlo al Estado, titular del demanio, con libertad de configuración’ (énfasis añadido).

El abogado del Estado no ha alegado que el régimen de las autorizaciones conforme a la Ley catalana 8/2020 sea diferente al establecido en la ley estatal. De hecho, como ya constatamos al levantar de la suspensión de los preceptos impugnados en el ATC 83/2021, de 15 de septiembre, FJ 4, la Ley catalana impone que el plan de protección y ordenación del litoral de ámbito autonómico ‘respet[e] el régimen general del dominio público marítimo-terrestre’ (art. 7) y que los planes municipales de uso del litoral y de las playas dictados ‘en desarrollo’ del anterior solo puedan regular la autorización de actividades que ‘solo exijan, en su caso, instalaciones desmontables o bienes muebles’ (art. 10.1), previsión idéntica a la del art. 51.1 de la Ley de costas. Además, conforme al art. 117

de esta última ley, antes transcrito, esos planes de uso del litoral y de las playas de ámbito municipal o supramunicipal deben someterse a informe de la administración del Estado por plazo de un mes (en idéntico sentido, el art. 13.3 de la Ley catalana requiere informe de ‘los organismos afectados por razón de sus competencias sectoriales’ por el mismo plazo). Técnica colaborativa que es coherente con nuestra doctrina sobre la concurrencia de competencias sobre el mismo espacio físico [por todas, STC 149/1991, FJ 7 D), sobre el propio art. 117 de la Ley de costas].

La Ley autonómica se ampara en la competencia general sobre ordenación del litoral, que no ha cuestionado el recurrente, y establece un sistema de planes ordenados en cascada (plan autonómico general y planes de desarrollo municipales) que atribuye a estos últimos, con sujeción a la normativa estatal y autonómica, la regulación de las concretas actividades susceptibles de ser autorizadas en cada término municipal sin necesidad de instalaciones permanentes. Forma parte de la lógica del sistema que la ley atribuya a los ayuntamientos, y no a la administración autonómica, la verificación reglada del cumplimiento de lo dispuesto en el plan municipal, respetando la intervención previa del Estado y la comunidad autónoma con el trámite de informe ya citado y sin que ni uno ni otra pierdan su potestad de control posterior de la actividad municipal de acuerdo con el régimen general de los artículos 64 y siguientes de la Ley de bases de régimen local.

En suma, de acuerdo con el reparto de competencias resultante de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el art. 115 de la Ley de costas de 1988 invocado en el recurso no impide a esta comunidad autónoma atribuir a los ayuntamientos la competencia para otorgar las autorizaciones de uso del dominio público marítimo terrestre ‘respetando el régimen general del dominio público’ establecido por el Estado (art. 149.3 EAC), como han hecho los preceptos impugnados”.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2022, de 9 de febrero, sobre el principio de autonomía local y su aplicación al régimen de modificación de los estatutos de las mancomunidades**

#### **Antecedentes**

Cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso “y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal” del artículo

74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, por posible infracción del artículo 149.1.18 CE.

Ponente: don Enrique Arnaldo Alcubilla.

### Extracto de doctrina

“(…)

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso ‘y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal’ del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía. Esta norma atribuye la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades municipales a las propias mancomunidades; más precisamente, a su órgano de representación. Ello entraría en contradicción con el art. 44.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que obliga a seguir un procedimiento ‘similar’ al establecido para la constitución de las mancomunidades, imponiendo así la aprobación de aquellas modificaciones por parte de los plenos de cada uno de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.3 LBRL). Al no ajustarse a la indicada previsión básica, el legislador andaluz habría invadido mediatamente la competencia que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado. Los preceptos que contienen el inciso cuestionado y la norma invocada como parámetro de contraste han quedado reproducidos íntegramente en el primer antecedente de esta sentencia.

(…)

3. Para valorar si el art. 44.4 LBRL puede reputarse legislación básica, corresponde empezar por recordar que, en punto a la organización, funcionamiento e instrumentos de colaboración de los municipios, la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE se contrae en buena medida al régimen de los órganos de gobierno y al reparto entre ellos de las atribuciones locales (STC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3). Todo lo demás corresponde primariamente a los propios municipios por virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). La Constitución no excluye el juego de otra legislación, pero esta ‘ha de ser, en principio, autonómica’ (STC 41/2016, FJ 5, partiendo de las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6, y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

De modo que ‘las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de auto organización local y

de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas' [STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 4, citando la STC 41/2016, FJ 8 b)]. En esta submateria, la extensión de las bases debiera ser pues reducida, limitada a un núcleo de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado, sin que quepa agotar el espacio normativo que corresponde a los municipios y a las comunidades autónomas. No siendo las mancomunidades 'entidades locales' previstas en la Constitución, una regulación estatal podría exceder del ámbito de lo básico 'si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados' [SSTC 143/2013, de 11 de julio, FJ 4; 41/2016, FJ 5; en este sentido, ya la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 3 a)]. De modo que el Estado no puede regular el entero procedimiento de constitución y modificación de las mancomunidades. Puede todo lo más establecer alguna previsión instrumental de la autonomía local, sin perjuicio de las que pudieran eventualmente apoyarse en otros principios constitucionales [STC 41/2016, FJ 8 b)].

Este tribunal ha declarado ya que el art. 44 LBRL protege la libre asociación de los municipios configurando legalmente el derecho de asociación municipal, a su vez, expresión de la autonomía que los municipios tienen constitucionalmente reconocida (arts. 137 y 140 CE). Libertad que ha de ser respetada por el legislador autonómico [en ese sentido, STC 105/2019, de 19 de septiembre, FJ 5 b)].

También ha afirmado el carácter materialmente básico de las reglas relativas al procedimiento de constitución de las mancomunidades (art. 44.3 LBRL), atendiendo, precisamente, a su propósito garantizador de la autonomía local: la elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios promotores; las diputaciones involucradas emitirán informe sobre el proyecto de estatuto; los plenos de todos los ayuntamientos aprobarán los estatutos [SSTC 103/2013, FJ 3 a); 143/2013, de 11 de julio, FJ 4]. El art. 44.4 LBRL se limita a trasladar algunos de esos elementos tuitivos de la autonomía local al procedimiento de modificación y supresión de las mancomunidades: 'Se seguirá un procedimiento similar para la modificación o supresión de mancomunidades'. Se trata, por tanto, de una previsión formal y materialmente básica, lo que, por lo demás, ninguna de las partes de este proceso ha puesto en duda.

4. A fin de desentrañar el significado y alcance de la exigencia básica encerrada en el art. 44.4 LBRL, no está de más recordar que el régimen local preconstitucional, al regular con más detalle las mancomunidades municipales voluntarias, precisaba con toda claridad que tanto la aprobación como la modificación de los estatutos exigía el voto favorable de

una mayoría cualificada de concejales de los plenos de cada uno de los ayuntamientos involucrados (arts. 57 y 60 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por decreto de 17 de mayo de 1952).

El legislador básico es ahora menos preciso, lo que no significa necesariamente que haya querido rebajar aquellas cotas preconstitucionales de autonomía municipal. Al limitarse a establecer que la modificación seguirá un procedimiento similar al de la constitución, el legislador estatal se hace cargo de que a él no le corresponde ahora regular acabadamente estas cuestiones. Han de hacerlo los propios municipios en ejercicio de una autonomía que tienen ya constitucionalmente reconocida, con sujeción, en su caso, a leyes autonómicas de régimen local, así como a una serie mínima de condiciones básicas instrumentales de esa garantía constitucional establecidas por la legislación del Estado ex art. 149.1.18 CE, entre ellas, justamente, la exigencia de que la modificación de las mancomunidades se ajuste a un procedimiento similar al seguido para su constitución, que requiere la aprobación del pleno de cada uno de los ayuntamientos concernidos.

Una regla básica relativamente indeterminada como la establecida en el art. 44.4 LBRL supone pues, de un lado, el reconocimiento de márgenes de actuación tanto a los municipios, en cuanto entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, como a las comunidades autónomas, en cuanto instancias políticas competentes para regular el régimen local, de acuerdo con sus estatutos de autonomía [SSTC 41/2016, FFJJ 7 b) y c); 111/2016, de 9 de junio, FJ 12 c)]. Implica, de otro lado, que unos y otras han de ajustarse a una limitación establecida con carácter básico a fin de garantizar efectivamente la autonomía de cada uno de los primeros frente a las decisiones de las segundas o de la propia mancomunidad, como entidad local instrumental con personalidad jurídica propia (art. 44.2 LBRL), pero carente de autonomía constitucionalmente garantizada.

A fin de aquilatar el alcance de esta limitación corresponde señalar, en primer término, que, de entre la pluralidad de trámites del procedimiento de reforma estatutaria, la exigencia de similitud respecto del procedimiento constitutivo de la mancomunidad incide particularmente en la fase de aprobación, pues esta es la que más afecta a la autonomía de los municipios mancomunados; autonomía municipal cuya protección es la razón de ser de la legislación básica en esta materia, según se ha visto. De modo que el margen de maniobra reconocido a los municipios y a las comunidades autónomas para regular el procedimiento de modificación

de los estatutos de las mancomunidades es más estrecho respecto de la aprobación que en relación con la iniciación y la instrucción.

En segundo lugar, la exigencia de similitud en esta fase de aprobación será tanto más incisiva cuanto más relevante sea la modificación estatutaria de que se trate, pues la autonomía municipal (a cuya garantía sirve el art. 44.4 LBRL, lo que justifica su carácter básico) estará concernida en las decisiones importantes que afectan a la estructura de la mancomunidad, pero puede no estarlo en las más vinculadas a la gestión ordinaria de la entidad. En suma, tal como razona la fiscal general del Estado, a la hora de acotar el significado de la indicada limitación básica, no puede dejar de atenderse al contenido y alcance de la reforma estatutaria tomada en consideración. Ello no es desde luego incompatible con el tenor literal del precepto, que se refiere, no a toda reforma estatutaria, sino a las que puedan reputarse ‘modificaciones de la mancomunidad’, lo que pudiera dar a entender que la semejanza con el régimen de constitución solo se impone para las decisiones sustanciales o estructurales. Se trata, en cualquier caso, de la única interpretación congruente con la finalidad tuitiva de la autonomía de los municipios mancomunados a la que responde la norma. Nótese que, si el Estado hubiera pretendido condicionar el régimen de aprobación de reformas estatutarias que no conciernen verdaderamente la autonomía de los municipios asociados, habría podido exceder su ámbito competencial, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta.

A la vista de todo ello, cabe afirmar, más precisamente, que la exigencia básica de que la modificación de las mancomunidades se lleve a cabo por un procedimiento similar al de la constitución inicial implica que, en la medida en que la reforma proyectada afecte sustancialmente a la autonomía local, los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicha afectación sustancial a la autonomía local se producirá, en principio, cuando la reforma altere o modifique alguno de los elementos que el art. 44.2 LBRL enuncia como contenido mínimo estatutario en tanto que en ellos se expresa la garantía de la autonomía de los municipios integrantes de la mancomunidad. En tales supuestos los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicho de otro modo: si en el momento inicial de transferencia de poder decisorio hacia la mancomunidad se impuso un determinado estándar de autonomía municipal (aprobación por todos los plenos municipales), la exigencia legal de un

procedimiento similar encierra justamente la necesidad de respetar ese estándar para cambiar los contenidos fundamentales inicialmente decididos. Ello implica, tal como ha puesto de relieve la fiscal general del Estado, que la aprobación de aquellas reformas estatutarias sustanciales deba corresponder a los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados o realizarse mediante un procedimiento que asegure condiciones ‘similares’ en la formación y expresión de la voluntad municipal.

La interpretación de que el art. 44.4 LBRL exige la aprobación plenaria de cada uno de los ayuntamientos (o fórmulas garantizadoras de una capacidad decisoria municipal equivalente) para la válida adopción de modificaciones estatutarias estructurales que afectan a la autonomía de cada municipio no es incompatible con el tenor del precepto y resulta a las claras de su finalidad, que es justamente, la que da soporte a la competencia estatal para interferir en cuestiones organizativas que corresponden primariamente a otros niveles de gobierno (art. 149.1.18 CE): el desarrollo de la autonomía municipal reconocida por la Constitución (arts. 137 y 141 CE) y la Carta europea de la autonomía local (arts. 3 y 10), contexto sistemático obligado de todas las normas sobre entes locales. Ciertamente, esta interpretación sigue abriendo márgenes de indeterminación, singularmente en cuanto a qué modificaciones, por afectar sustancialmente a la autonomía de los municipios mancomunados, exigen el reconocimiento a cada uno de una capacidad decisoria análoga a la ejercida en el momento constitutivo. Sin embargo, ello ‘no es problemático en el contexto de una submateria que corresponde, en principio, a la normativa local y autonómica’. Tal indeterminación supone simplemente ‘el reconocimiento de márgenes de actuación’ a los municipios y a las comunidades autónomas [STC 41/2016, FJ 7 c)].

5. Sentado el carácter básico del art. 44.4 LBRL y aclarado su sentido y alcance, debemos examinar a continuación el contenido del cuestionado art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010 y determinar si entre uno y otro hay una contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa.

La Ley 5/2010 regula el procedimiento de aprobación de los estatutos de las mancomunidades en consonancia con la legislación básica: redacción del proyecto y aprobación inicial por parte de los concejales de los municipios promotores constituidos en asamblea (art. 69); información pública e informe de las diputaciones provinciales afectadas (art. 70); aprobación de los plenos de cada uno de los ayuntamientos implicados (art. 71). Confía la regulación del procedimiento de modificación a los estatutos de la mancomunidad (arts. 66.10 y 74.1), imponiendo algunas condiciones, entre ellas, que la aprobación corresponda en todo caso a

la propia mancomunidad, en concreto, al llamado ‘órgano de representación’, en el que han de estar presentes miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta (arts. 67.1 y 74.2).

Es inequívoca la voluntad del legislador autonómico de agilizar y facilitar las reformas estatutarias confiando su aprobación en todos los casos, no a los plenos de los ayuntamientos mancomunados, sino al órgano en que estos están representados dentro de la mancomunidad, tal como señalan los letrados del Parlamento y el Gobierno de Andalucía. La misma ‘aprobación’ atribuida a los plenos municipales en cuanto a la redacción inicial de los estatutos (art. 71) es atribuida ‘en todo caso’ a la mancomunidad misma en cuanto a la modificación (art. 74.2). Se trata de una solución que, según indica la fiscal general del Estado, se aparta del criterio mayoritario en las comunidades autónomas, consistente en conferir a los plenos municipales la aprobación, si no de todas las modificaciones estatutarias, al menos de las más sustanciales o estructurales.

Sin embargo, en un supuesto de inconstitucionalidad mediata como el que aquí se plantea, lo relevante es que el inciso cuestionado se aparta del sentido y alcance del art. 44.4 LBRL que ha quedado ya precisado en el fundamento jurídico anterior. En efecto, el precepto autonómico no toma en consideración la entidad de la reforma estatutaria en lo relativo al grado de afectación a la autonomía constitucionalmente garantizada de los municipios integrantes de la mancomunidad. Por el contrario, los incondicionados y generales términos ‘en todo caso’ en los que atribuye la aprobación de las modificaciones estatutarias a un órgano de la propia mancomunidad hace que esa previsión se aplique siempre que se modifiquen los estatutos y, por lo tanto, también en los casos de modificaciones estructurales o sustanciales en el sentido del art. 44.2 LBRL, modificaciones respecto de las cuales la Ley reguladora de las bases del régimen local reclama una intervención municipal similar a la que tuvo lugar en la inicial aprobación de los estatutos. Intervención que el art. 74.2 de la Ley 5/2010 excluye, lo que determina que contravenga la exigencia de la norma básica.

Al disponer que la aprobación de todas las modificaciones estatutarias, con independencia de su entidad, corresponden a un órgano de la mancomunidad, el art. 74.2 de la Ley 5/2010 no garantiza que los municipios asociados, ante reformas sustanciales que afectan a su autonomía, puedan ejercer una capacidad decisoria semejante a la garantizada en el momento fundacional, ni, en consecuencia, puede considerarse similar a la que prevé el art. 44 LBRL en punto a la aprobación inicial de esos



estatutos. El órgano de representación de la mancomunidad al que se refiere el legislador andaluz asegura la presencia de miembros electos de todos los municipios, pero no el derecho de todo municipio a intervenir decisivamente al menos en las reformas estructurales que inciden sobre su autonomía. De acuerdo con el precepto autonómico y en contra de la previsión básica estatal, las mancomunidades pueden aprobar por sí reformas sustanciales, al margen de los plenos de los municipios mancomunados y sin que entren necesariamente en juego mecanismos que garanticen a todos los ayuntamientos el ejercicio de una capacidad decisoria análoga dentro del órgano de representación. El pleito a quo es suficientemente ilustrativo: la Mancomunidad reformó sus estatutos para ajustar la composición del órgano de representación municipal a un sistema de representación proporcional directa basado en el volumen de población, que no garantiza en absoluto a todos los ayuntamientos una capacidad decisoria similar a la ejercida para la creación de la entidad, al menos respecto de las modificaciones estatutarias más incisivas o sustanciales. Acometió tal reforma, además, a través de su comisión gestora, sin el concurso de los plenos de todos los municipios y en contra de la voluntad y los intereses de los menos poblados al amparo, precisamente, del controvertido art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010.

En consecuencia, el régimen de aprobación de modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios regulado por la Ley 5/2010, en cuanto que, con independencia del alcance de la reforma estatutaria, atribuye en todo caso su aprobación a un órgano de la propia mancomunidad, no puede considerarse similar al establecido ex art. 44 LBRL para la constitución inicial. Incumple por ello el tenor y finalidad de esta previsión básica y, derivadamente, invade de modo mediato la competencia para establecer las bases del régimen local, que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado.

La contradicción es efectiva e insalvable por vía interpretativa. La circunstancia de que el municipio pueda abandonar la mancomunidad no permite afirmar que las modificaciones sustanciales aprobadas en contra de su voluntad preservan esencialmente el estándar de participación local garantizado en el momento constitutivo inicial. Es de todo punto desproporcionado el planteamiento de que la única solución ante la discrepancia respecto a la modificación estatutaria sea la del abandono de la mancomunidad. El art. 44.4 LBRL exige que la capacidad decisoria del municipio ante decisiones estructurales que conciernen a su autonomía sea similar a la garantizada en la fase fundacional de la mancomunidad, lo que no se consigue por el mero hecho de que aquel pueda ejercer

su derecho a apartarse de esta. No hay que olvidar, por lo demás, que el abandono es una opción costosa, cuya adopción puede resultar especialmente compleja y difícil a la vista de que la Ley andaluza 5/2010 la condiciona ‘a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación’ (art. 76.1).

Ciertamente, los municipios mancomunados, en cuanto competentes para configurar a través de los estatutos el procedimiento de modificación, podrían en su caso involucrar de algún modo a sus respectivos plenos (p. ej., intervención previa a la aprobación o ratificación ex post). No obstante, la Ley 5/2010 no les obliga a ello y, sobre todo, exige que la aprobación corresponda en todo caso a la mancomunidad, con lo que esa hipotética intervención municipal difícilmente puede considerarse similar a la exigida para la aprobación de los estatu

tos. Por tanto, cabe concluir que el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, a la vez que atribuye la aprobación de los estatutos a los plenos municipales, atribuye la aprobación de todas las modificaciones a la mancomunidad misma, en contra, en este último aspecto, del estándar de participación municipal garantizado en el art. 44.4 LBRL.

Procede pues estimar la cuestión de inconstitucionalidad y, consecuentemente, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ‘y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal’ del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, por invadir la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.18 CE”.



QDL58

**CRÓNICA  
CONSULTIVA**

# El pago de prestaciones ejecutadas sin cobertura contractual

RAQUEL HURTADO SOTO

*Letrada del Consejo de Estado*

En los últimos años, el Consejo de Estado ha conocido múltiples expedientes en los que se discutía el derecho de una empresa o un particular a ser resarcido por determinados servicios que había prestado a la Administración sin una estricta cobertura contractual. El denominador común de todos estos asuntos ha sido la falta de sometimiento a las reglas de la contratación pública y, más concretamente, a los principios de publicidad y concurrencia que la inspiran, de tal manera que, con posterioridad a la extinción de un contrato o al margen del objeto o contenido del mismo, un contratista realizaba determinadas prestaciones o servicios a favor de la Administración, cuyo abono posteriormente reclamaba.

El Consejo de Estado ha tenido que pronunciarse, en particular, sobre el mecanismo jurídico que ha de utilizarse en estos casos para evitar el enriquecimiento injusto que la ejecución de tales prestaciones puede suponer para la Administración, así como sobre las consecuencias económicas derivadas de tales hechos.

Ante el elevado número de casos sometidos a consulta y la disparidad de criterios existentes, el Consejo de Estado constituyó una ponencia especial para abordar esta cuestión, lo que se ha hecho en los dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022.

Los citados dictámenes comienzan haciendo una exposición de la casuística que se ha planteado ante el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Los supuestos más frecuentes son aquellos en los que el problema trae causa del retraso en la adjudicación de un nuevo contrato para la prestación de un servicio, de modo que el antiguo contratista (cuya relación contractual con la Administración ya ha finalizado) continúa durante un cierto tiempo prestando ese mismo servicio. Esto ocurre con la aquiescencia —expresa o tácita— de la Administración, o incluso propiciándolo activamente esta, pero sin responder a ninguna orden mínimamente formalizada; como máximo, a alguna orden verbal o muy informal, en ocasiones de difícil acreditación (en este sentido, por ejemplo, dictámenes núme-

ros 389/2017, de 6 de julio, 842/2017 y 843/2017, de 20 de diciembre, 80/2019, de 21 de febrero, 81/2019, de 14 de marzo, 680/2019, de 26 de septiembre, 878/2019, de 16 de enero de 2020, 1.112/2019 y 1.056/2019, de 5 de marzo de 2020). También se ha observado un escenario en el que, aunque llegó a haber una propuesta de adjudicación, el contrato no se adjudicó ni formalizó, pese a que, invocándose la urgencia del servicio, sus prestaciones se ejecutaron de forma inmediata, sin cobertura contractual, decidiéndose, finalmente, desistir del procedimiento contractual tramitado (véase dictamen número 356/2020, de 8 de octubre).

En otros casos, por el contrario, existen órdenes de continuidad del servicio o de ‘prórroga contractual’ algo más expresas pero igualmente irregulares (por ejemplo, dictámenes números 506/2017, de 28 de septiembre, 846/2017, de 2 de noviembre, 971/2018, de 13 de diciembre), órdenes expresas de desarrollar ‘trabajos complementarios’ fuera del objeto del contrato (dictámenes números 378/2016 y 379/2016, de 21 de julio), contratos menores que se pretenden adjudicados sin apenas procedimiento ni respeto a reglas formales (por ejemplo, dictámenes números 506/2017, de 28 de septiembre, 543/2017, de 20 de julio, 554/2017, 13 de julio, 1.165/2017, de 15 de febrero de 2018, y 45/2018, 46/2018 y 47/2018, de 1 de febrero) o con una indebida e insuficiente declaración de emergencia (dictámenes números 667/2019, 678/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, y 906/2019, de 6 de febrero de 2020), contratos verbales sin que concurriesen las rigurosas circunstancias excepcionales y de emergencia en las que únicamente están admitidos (dictámenes números 553/2016, de 20 de julio, 554/2016, de 14 de julio, 751/2016, de 22 de septiembre, 906/2019, de 6 de febrero de 2020, y 456/2020, de 15 de octubre) o una utilización irregular de la figura de los convenios de colaboración (dictámenes números 47/2016, de 10 de marzo, 48/2016, 49/2016, 50/2016, 51/2016 y 52/2016, de 17 de marzo, 927/2016 y 930/2016, de 19 de enero de 2017, 928/2016 y 931/2016, de 15 de diciembre, y 929/2016, de 1 de diciembre)”.

Finalmente, se han planteado casos en los que el agotamiento de los créditos presupuestarios autorizados en la adjudicación y formalización del contrato impidió el abono de determinadas facturas al contratista (Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022).

Ante estas situaciones, son dos las vías procedimentales a las que habitualmente han acudido las Administraciones públicas para resarcir a los afectados por los perjuicios que se les han ocasionado: por una parte, la de la revisión de oficio de los actos o decisiones que dieron lugar a la prestación de los servicios sin la necesaria cobertura contractual, de modo que a la corres-

pondiente declaración de nulidad se uniese el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios; y, por otra parte, la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

El Consejo de Estado, sin embargo, rechaza para la mayoría de los supuestos cualquiera de estas dos vías. En relación con la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones administrativas que dieron lugar a la prestación del servicio sin cobertura contractual, indica lo siguiente:

“La pretensión revisora se fundamenta, al amparo del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (al que se remite el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en una supuesta ‘ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido’ para dictar dichos actos. Declarada esa nulidad de pleno derecho, procede acordar el pago de esas prestaciones en concepto restitución recíproca o de indemnización (artículo 42.1 de la Ley 9/2017 y artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

Esta solución –declarar la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente– puede resultar de compleja articulación en los casos en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago. Fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto –el de la revisión de oficio– que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos”.

Tampoco la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios de ellas dependientes, consagrada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, resulta adecuada, a juicio del Consejo de Estado, para dar solución a los casos mencionados:

“Ha de recordarse al efecto que esa responsabilidad patrimonial de la Administración es, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Consejo de Estado, ‘una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjui-

cios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible’ (entre otros, dictámenes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo). En otros términos, ‘la figura de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado estima que si la petición de indemnización se basare en un título más específico, como puede ser el que se derive de la condición del reclamante, o el supuesto de hecho causante se inserta en una relación jurídica previamente constituida que dispone de vías específicas de resarcimiento –por ejemplo, una expropiación forzosa o un contrato–, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración’ (dictamen número 390/2017, de 6 de julio)”.

Junto con las anteriores opciones, también se plantea el Consejo de Estado la posibilidad de encauzar este tipo de casos por la vía de la responsabilidad extracontractual con invocación del principio del enriquecimiento injusto, vinculado a la figura del cuasicontrato reconocido en los artículos 1089 y 1888 y siguientes del Código Civil –al tratar sobre la gestión de negocios ajenos–. Este cauce, pese a haber sido defendido en algunos votos particulares formulados a dictámenes emitidos en relación con este tipo de asuntos, también se excluye, con carácter general, lo que se justifica en los siguientes términos:

“Ciertamente, una nutrida jurisprudencia reconoce que el enriquecimiento injusto forma parte del ordenamiento jurídico administrativo, exigiendo cuatro requisitos para apreciar su existencia, que podrían concurrir en estos casos: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (en este caso, de la Administración). b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre (en este caso, el antiguo contratista). c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (en este caso, la desaparición de la causa originaria que era el contrato) (por todas, STS de 11 de mayo de 2004, recurso n.º 3554/1999).

En esta línea, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2012 (recurso n.º 5694/2010), el Tribunal Supremo recordaba que ‘son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto

de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006), en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración'. En atención a cuanto precede, no es extraño que prosperen en vía judicial acciones de enriquecimiento injusto ejercitadas por contratistas que se encuentran en situaciones como las aquí examinadas (véase, por ejemplo, STS de 23 de noviembre de 2012, recurso n.º 4143/2009).

Ahora bien, el enriquecimiento injusto no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado. Por otra parte, la invocación del enriquecimiento injusto como fundamento jurídico en un procedimiento de responsabilidad extracontractual es una vía que, por general y supletoria, no puede acogerse en este tipo de casos que presentan un claro vínculo con una relación contractual, aunque esta se haya extinguido. La responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico”.

El Consejo de Estado concluye el análisis de los diferentes cauces posibles a seguir para resarcir al sujeto que ha prestado sus servicios a la Administración sin la necesaria cobertura contractual haciendo notar que, “en los casos descritos, (...) el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación –aunque sin llegarse a su adjudicación y formalización– y



que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose”.

Lo anterior obliga al alto órgano consultivo a concluir lo siguiente:

“En tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista ‘a vista, ciencia y paciencia’ de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes –o con el que se preveía que fuera a ligarlas–, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual.

En definitiva, el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”.

La opción por el cauce jurídico de la responsabilidad contractual para dar solución a estos supuestos resulta relevante a la hora de determinar la cantidad que se debe abonar al contratista:

“Tal vía de la responsabilidad contractual condiciona, a juicio del Consejo de Estado, el cálculo del importe que por dicho concepto debe satisfacerse al antiguo contratista. En efecto, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual precedente, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el extinto contrato. Ello posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento. En esta línea puede citarse –a efectos estrictamente hermenéuticos, dada la ausencia en los casos aquí contemplados de una decisión formal– [y en relación con los supuestos de persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad con un contrato previo ya extinguido y no prorrogado] el criterio empleado en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017 (último párrafo), que establece que ‘cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes

condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario’.

Dicha pauta general de atender al precio fijado en el previo contrato puede, no obstante, quedar exceptuada o modulada en dos casos concretos.

1) En primer lugar, en caso de que exista un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista, será ese acuerdo y no el contrato ya finalizado el que debería tomarse en consideración para determinar el importe de la compensación a satisfacer. Así se desprende, por ejemplo, de la STS de 28 de mayo de 2020 (recurso n.º 5223/2018), que versa sobre la reclamación de una empresa a la que la Comunidad de Madrid encargó continuar prestando un servicio de limpieza después de extinguirse el correspondiente contrato; en este caso, el Alto Tribunal afirma que el contrato ‘es claro que expiró sin ser prorrogado y la base de la relación posterior entre CLECE, S. A. y la Comunidad de Madrid es diferente: lo constituyen el encargo en cuestión y las condiciones que convinieron’. Se trataría, en estos casos, de dar efectividad a una relación acordada atípica e irregularmente entre las partes, lo que afectaría tanto al plazo como a otras condiciones, si bien para ello sería necesario, según doctrina y jurisprudencia, una prueba clara e incuestionable de la voluntad de ambas partes de otorgarla y consentirla.

2) En segundo lugar, el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal. En una ya consolidada doctrina, el Consejo de Estado, en supuestos de prestaciones contractuales realizadas al margen del contrato, por no estar en él previstas o por haber expirado la relación contractual, ha reparado en la circunstancia de que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad que se ha producido, concluyendo que, en tal caso, no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase. De concurrir tal circunstancia, dice la doctrina, no procederá abonar el precio de la prestación facturado sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio (entre otros, dictámenes números 843/2017, 906/2019 o 1.112/2019). En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de este, procede detracer un 10 % de las facturas pendientes de abono (entre otros, dictámenes números 506/2017, 842/2017, 80/2019 y 878/2019). De este modo, la in-

demnización por responsabilidad contractual no incluirá el beneficio de la adjudicataria, en atención a su participación en la producción del daño. Por este mismo motivo, debería excluirse la procedencia de toda compensación si se acreditase que la prestación del servicio no se hizo ‘a vista, ciencia y paciencia’ de la Administración contratante, esto es, si esta no estaba al corriente de esa continuación en la prestación o manifestó expresamente su oposición a la misma”.

A las cantidades que corresponda abonar, conforme a los anteriores criterios, deberán añadirse, en su caso, los correspondientes intereses de demora. Advierte el Consejo de Estado que deberá tenerse en cuenta que, “conforme a la STS de 28 de mayo de 2020 (recurso n.º 5223/2018), ‘el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto’ (artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)”.

Asimismo, en caso de que el contratista haya solicitado la indemnización por los costes de cobro, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la cual resulta aplicable a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas y la Administración.

Tras exponer lo que antecede, el Consejo de Estado concluye manifestando su preocupación por la profusión de este tipo de actuaciones irregulares, que hace muy difícil salvaguardar adecuadamente los principios de publicidad y concurrencia que deben inspirar la contratación administrativa, e instando a las Administraciones públicas a adoptar las medidas necesarias que eviten la continuación y repetición de tales conductas:

“A modo de conclusión, el Consejo de Estado no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por una deficiente preparación de la documentación que ha de regir la licitación, una errónea estimación de la consignación presupuestaria adecuada a las necesidades reales de la Administración o una falta de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación [o en la utilización de la contratación de emergencia, de los contratos complementarios o de las modificaciones contractuales], originan situaciones

de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual (en este sentido, dictamen del expediente número 356/2020).

El Consejo de Estado es consciente de las dificultades prácticas y jurídicas que entraña articular una justa compensación para el interesado frente a este tipo de situaciones creadas por un reprochable actuar administrativo, pero las vías procedimentales que aquí se apuntan (la responsabilidad contractual o, en los casos indicados, la declaración de nulidad) no deberían emplearse de forma recurrente por la Administración, a quien corresponde adoptar las medidas necesarias para evitar el tipo de irregularidades que se aprecian en el origen del presente expediente. Para finalizar, cabe recordar, a los efectos oportunos, que cuanto precede debe entenderse sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo (artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas”.

# El plazo de caducidad en los procedimientos de resolución de contratos administrativos en la doctrina de los consejos consultivos autonómicos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 68/2021)

PATRICIA BOIX MAÑÓ

*Lletrada Major del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

1. **Introducción**
2. **Aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de contratos administrativos**
  - 2.1. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el instituto de la caducidad en la contratación pública
  - 2.2. Eficacia suspensiva de la petición de dictamen a los órganos consultivos
3. **Normativa y plazo aplicable a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos**
  - 3.1. Normativa adjetiva aplicable al procedimiento de resolución de contrato
  - 3.2. Plazo aplicable a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos con anterioridad a la Ley 9/2017, LCSP, y tras su entrada en vigor
    - 3.2.1. Plazo aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017
    - 3.2.2. Plazo aplicable tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, y antes de la STC 68/2021
  - 3.3. Plazo aplicable tras la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 68/2021

- 3.3.1. Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
  - 3.3.2. Consejo Consultivo del Principado de Asturias
  - 3.3.3. Comissió Jurídica Assessora de Catalunya
  - 3.3.4. Consejo Consultivo de Galicia
  - 3.3.5. Consejo Consultivo de Castilla y León
  - 3.3.6. Consejo Jurídico de la Región de Murcia
  - 3.3.7. Consejo Consultivo de Navarra
  - 3.3.8. Consejo Consultivo de Madrid
  - 3.3.9. Consejo Consultivo de Aragón
  - 3.3.10. Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha
- 3.4. Plazo aplicable a los procedimientos ya iniciados antes de la STC 68/2021
- 4. Bibliografía**

## 1 Introducción

La normativa sobre contratación administrativa ha venido reconociendo a las Administraciones públicas, entre las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación, la facultad de acordar la resolución del contrato, de forma unilateral, previa la tramitación del correspondiente procedimiento, cuando concurra alguna de las causas legalmente establecidas, especialmente, el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales<sup>1</sup>. Dicha prerrogativa se encuentra actualmente prevista en el artículo 190.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Por otro lado, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.1 de la LCSP, la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso,

---

<sup>1</sup> Es reiterada la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los consejos consultivos de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la resolución del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de dicho incumplimiento. Asimismo, como ha mantenido el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de junio de 1985 o 14 de diciembre de 2001), la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista”. En particular, el Consejo de Estado ha venido afirmando que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiese tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida” -Dictamen 41941, de 1 de marzo de 1979-.

siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.

La instrucción de tales procedimientos de resolución contractual se encuentra prevista en el artículo 191, apartados 1, 3 y 4, y en el artículo 212, apartados 1 y 8 de la LCSP. Este último precepto se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), que sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos procedimentales: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del servicio jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva “cuando se formule oposición por parte del contratista”.

La potestad resolutoria conferida a la Administración en relación con los contratos sometidos al derecho administrativo se enmarca, por tanto, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, concebidas por la doctrina como facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática, sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, con fundamento en los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución impone a la actuación administrativa. El Tribunal Supremo señaló, en Sentencia de 17 de marzo de 1989, que “los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (artículo 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (artículo 1.101 del Código Civil)...”. Además, no debe olvidarse que el ejercicio de esta potestad administrativa de resolución unilateral se encuentra sujeto a las normas, desde el punto de vista formal y material, de tal forma que aquella solo puede ser ejercida “siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca” y cuando concurren las causas legalmente establecidas.

Por otro lado, el ejercicio de tal prerrogativa persigue garantizar no solo el interés público, sino también el de los contratistas exigiendo la con-

currencia de los presupuestos legalmente establecidos<sup>2</sup>, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. A título indicativo, en el Dictamen 181/2021, de 16 de septiembre, del Consejo Consultivo de Asturias se recuerda lo siguiente: “Conforme a lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114.1 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados...”.

Además, es sabido que la normativa de contratación pública no prevé la resolución del contrato administrativo como la única opción posible de que dispone la Administración frente a los incumplimientos del contratista, permitiendo que, en aras del interés público que subyace en la contratación administrativa, la Administración pueda optar por la imposición de penalidades, sin dar por resuelta la relación contractual, obligando al contratista al cumplimiento del contrato.

Por otra parte, las prerrogativas en la contratación administrativa no se conciben únicamente en interés propio de la Administración, sino que se trata de facultades que la Ley atribuye para que, como se ha dicho, las ejerza en aras del interés público implícito en la actividad que desarrolla. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de febrero de 1982, señaló que “la supremacía de la Administración en el contrato está justificada, no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios. La primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación”.

---

<sup>2</sup> La jurisprudencia ha mantenido que no todo incumplimiento contractual puede dar lugar a resolver el contrato, distinguiéndose por los tribunales aquellos incumplimientos generadores de la eventual resolución del contrato de aquellos otros que no permitan dicha posibilidad, aun cuando puedan posibilitar la exigencia de indemnización por daños y perjuicios. Para determinar la trascendencia de los diversos incumplimientos que se produzcan, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente (sentencias de 9 de octubre de 1987; de 23 de noviembre de 1988; entre otras) que ha de prestarse en cada caso atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de una obligación.



En todo caso, tales prerrogativas se encuentran sometidas al control jurisdiccional, como ha recordado el Tribunal Supremo en sus distintas sentencias (SSTS de 20 de abril de 1999, 8 de octubre de 1999 y 18 de diciembre de 2000). Además, de conformidad con el artículo 191.3 de la LCSP de 2017, y con las normativas autonómicas, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

En este contexto, el ejercicio de la facultad de resolución de los contratos administrativos suscita una serie de cuestiones procedimentales, entre las que se encuentran la eventual aplicación del instituto de la caducidad así como el plazo de aplicación a dichos procedimientos administrativos, que se analizan en los apartados siguientes.

## 2

### **Aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de contratos administrativos**

#### 2.1

#### **Doctrina del Tribunal Supremo sobre el instituto de la caducidad en la contratación pública**

La caducidad del procedimiento administrativo puede definirse como el transcurso del plazo de que dispone la Administración para dictar y notificar la oportuna resolución administrativa sin que se haya notificado dicha resolución a los interesados<sup>3</sup>. La caducidad del procedimiento incoado de oficio por causa imputable a la Administración se regula en los artículos 21.1, 25.1.b) y 95, apartados 3.º y 4.º, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo, en adelante LPAC. El citado artículo 25 de la LPAC establece que en los procedimientos administrativos iniciados de oficio el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa producirá la caducidad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para los interesados, en cuyo caso, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95. Por su parte, el

---

<sup>3</sup> Resulta interesante, a efectos de entender cumplida la obligación de notificar en el plazo máximo legalmente establecido, la STS n.º 2228/2016, de 14 de octubre. En ella se distingue entre notificación a efectos de estimar resuelto el procedimiento dentro de plazo y notificación a efectos de que el correspondiente acto despliegue sus efectos.

artículo 21.3 de la LPAC establece que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses.

La legislación de contratos administrativos no había contemplado hasta la LCSP de 2017 previsión alguna sobre la caducidad de los procedimientos de resolución contractual, al no fijar reglas sobre los plazos a los que se encontraban sometidos estos procedimientos. Además, sobre esta cuestión no existía un parecer unánime respecto a si, ante la ausencia de normativa específica, debía aplicarse supletoriamente la regulación general del procedimiento administrativo, o si estos procedimientos no estaban sometidos a plazo de caducidad, dados, entre otros motivos, los complejos trámites que en ocasiones deben realizarse.

La doctrina acerca del instituto de la caducidad quedó finalmente determinada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este extremo, de forma que su aplicación en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio<sup>4</sup> por el órgano de contratación ha sido reconocida por dicho Tribunal, en su Sentencia de 22 de marzo de 2012, en línea con sus sentencias precedentes (SSTS de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009, 8 de septiembre de 2010, 28 de junio de 2011 y 28 de enero de 2014). En dicha Sentencia el Tribunal Supremo argumenta que “(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

<sup>4</sup> En el caso de que el procedimiento se haya iniciado a instancia del contratista, la falta de resolución en plazo determinará la aplicación de la figura del silencio administrativo. Así lo prevé la disposición final cuarta, apartado 2, de la LCSP, en cuya virtud, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

Añade el Tribunal lo siguiente: “(...) Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que ‘en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos’ y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que ‘en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92’. Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía. Lejos de ello, lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común”. En la misma línea también la posterior Sentencia de 20 de abril de 2015 (recurso de casación n.º 3749/2013)<sup>5</sup>.

El procedimiento de resolución de contrato, al tener la condición de procedimiento administrativo, está sujeto al instituto de la caducidad, constituyendo el principio de seguridad jurídica el fundamento del establecimiento de un plazo para su resolución (STS de 8 de julio de 1999)<sup>6</sup>. Por ello, caducado

<sup>5</sup> A pesar de la doctrina del TS, el Consejo de Estado señaló en distintos dictámenes la necesidad de modificar la ley de contratos en este punto con la finalidad de evitar la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual (dictámenes n.º 2.294/2004, de 28 de abril de 2005, y n.º 1.975/2011, de 19 de enero). En la Memoria del año 2008 señaló, además, que “la aplicación del instituto de la caducidad a estos procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio ni es conforme al espíritu de la Ley, ni a su tenor literal, ni respeta adecuadamente la necesaria ponderación de los intereses públicos que concurren”.

<sup>6</sup> En la Sentencia de 12 de marzo de 2019 (rec. 6786/2018) el Tribunal Supremo aborda también la aplicación supletoria del plazo de caducidad de tres meses previsto en la ley de procedimiento administrativo a los expedientes de responsabilidad contable tramitados en vía administrativa, y recurridos ante el Tribunal de Cuentas.

el procedimiento, la Administración pública deberá dictar una resolución expresa declarando tal circunstancia, lo que provocará la terminación del procedimiento, circunstancia que, como han recordado los órganos consultivos autonómicos, no impide al órgano de contratación iniciar, de nuevo, el procedimiento de resolución del contrato administrativo, incorporando a este los actos y trámites que por su naturaleza sean susceptibles de conservación, y cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En tales casos, es decir, de iniciarse de nuevo el procedimiento, deberán cumplimentarse, con arreglo al artículo 95.3 de la LPAC, los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia a los interesados (recuerda, entre otros, el Dictamen 471/2021 del Consejo Consultivo de Canarias)<sup>7</sup>. Debe recordarse que la resolución administrativa que declare la caducidad es meramente declarativa, no constitutiva.

En el Dictamen 18/2016, de 27 de junio, del Consejo Consultivo de la Rioja, se recuerda lo siguiente: “La caducidad no impide, sin embargo, iniciar un nuevo procedimiento (en este caso, de resolución del contrato), ya que la caducidad del primer procedimiento no implica la prescripción de la potestad o acción de la Administración para declarar la resolución, en base incluso a incumplimientos anteriores, como hemos señalado en varios dictámenes (cfr. D.13/02, D.4/03, D.51/10, D.58/10 y D.9/12)”.

Además, señala el citado Consejo: “Esta caducidad se produce *ope legis*, con efectos automáticos, tan pronto como vence el plazo para resolver y notificar, puesto que, por seguridad jurídica y sobre todo si existen terceros afectados, estos plazos son, en principio, improrrogables. Dicho automatismo no es incompatible con su declaración formal (no constitutiva, sino declarativa) por la Administración, de oficio o a instancia de parte, por razones obvias de seguridad jurídica y certeza de las relaciones jurídicas, como admiten expresamente los artículos 42.1, párrafo segundo, 44.2 y 87.1 LPAC”.

Por último, es importante resaltar que, en el marco de la ley de contratación pública (LCSP/2017), nos encontramos con otros procedimientos en los que no se ha señalado plazo de resolución, ni los efectos para el supuesto de que no se notifique la resolución definitiva en plazo. Entre ellos, podemos destacar:

- El procedimiento de imposición de penalidades, respecto del cual el Tribunal Supremo, en Sentencia n.º 1689/2019, de 21 de mayo (rec. 1372/2017,) mantuvo que no resulta aplicable el instituto de la caduci-

<sup>7</sup> Una interesante recopilación de doctrina del Consejo de Estado y de determinados órganos consultivos sobre la caducidad de los procedimientos de resolución de los contratos administrativos por el transcurso de tres meses se recoge en la *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 12, julio-diciembre 2009, pp. 173 a 227.

dad, dado que se trata de medidas de “carácter coercitivo”, que constituyen “trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución de los contratos”.

- Las interpretaciones de contratos administrativos (plazo de resolución de 3 meses, por aplicación supletoria de la Ley 39/2015), en los que el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana aplica el instituto de la caducidad cuando el procedimiento se haya iniciado de oficio por el órgano de contratación, al implicar las facultades de interpretación del contrato una “potestad de intervención, susceptible de producir efectos desfavorables”, y ser distinta la posición sostenida por la contratista y tener una repercusión en la ejecución del contrato (Dictamen 240/2018). Es de mención en esta línea, entre otros, el Dictamen n.º 368/2017, de 7 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía.
- Los procedimientos de liquidación de contratos en los que se incluya la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista, en los que el Tribunal Supremo, Sentencia n.º 325/2022, de 14 de marzo de 2022 (rec. n.º 2137/2020), aplica el instituto de la caducidad a la falta de notificación de la resolución definitiva en plazo (3 meses, aplicación supletoria de la Ley 39/2015).

## 2.2

### Eficacia suspensiva de la petición de dictamen a los órganos consultivos

En el cómputo del plazo de resolución de los procedimientos, debe tenerse en cuenta la posibilidad habilitada por el artículo 22.1.d) de la LPACAP, de acordar la suspensión de mencionado cómputo con fundamento en la petición de dictamen a los órganos consultivos por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso, por expreso mandato legal, de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

Dado que tal precepto configura dicha suspensión como facultativa (“se podrá suspender...”), debe adoptarse dicho acuerdo de forma expresa a fin de evitar que el transcurso del plazo provoque la caducidad del procedimiento. En el Dictamen 127/2020 la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi justificó un cambio de postura entendiendo que dicha suspensión no podía conside-

rarse producida por la mera solicitud de informe, como anteriormente había defendido, exigiendo el acuerdo expreso. Así lo había estimado –refiere la citada Comisión– la STS de 19 de febrero de 2016, que rechazó la automatización, pues debe considerarse excepcional la facultad de la Administración de diferir el plazo máximo legalmente previsto para resolver un procedimiento administrativo.

Por otro lado, y en relación con la eficacia del acuerdo de suspensión, no resulta uniforme el criterio seguido por los órganos consultivos. Por un lado, algunos consejos consultivos computan el plazo de suspensión desde la fecha del registro de entrada de la petición de dictamen. Así, en el Dictamen 121/2017, el Consejo Consultivo de las Illes Balears señala: “(...) de conformidad con nuestra reiterada doctrina (recogida en nuestros anteriores dictámenes 86/2012 y 23/2017, entre otros) relativa a que la suspensión no produce sus efectos en la fecha en que la Administración activa adopta el acuerdo expreso de suspensión del plazo (para solicitar nuestro preceptivo dictamen), sino en la fecha en que se registra de entrada en la sede de este órgano de consulta la petición de dictamen, fecha en que la suspensión produce sus efectos. En este sentido interesa traer a colación lo que dijimos en nuestro anterior Dictamen 86/2012, recogiendo esta misma doctrina...”. En la misma línea, el Consejo Consultivo de la Comunitat Valenciana.

Sin embargo, otros órganos consultivos mantienen la eficacia de la suspensión desde la fecha del registro de salida de la petición de dictamen. En este sentido, la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en el Dictamen 587/2021, señala que “(...) se decretó la suspensión, como hemos dicho el 10 de agosto y, el día siguiente, antes de pedir el dictamen, se comunicó a la UTE contratista (no así a la compañía 26/27 aseguradora), que se iba a suspender el plazo para ello (con lo que se sustraía de su conocimiento el periodo de suspensión, que es la finalidad de la comunicación) y sin embargo, la efectiva petición del dictamen no tuvo trascendencia externa hasta el 24 de septiembre de 2021, con la salida por registro del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, que sería la fecha a tener en consideración a efectos de suspensión. De este modo, en la indicada fecha de 24 de septiembre de 2021, el procedimiento habría caducado”. De igual modo, en el Dictamen 194/2018, de 6 de septiembre, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias señala que “(...) de acuerdo con lo indicado, entre otros, en nuestros Dictámenes Núm. 161/2015 y 15/2016, los efectos de la suspensión se identifican con la fecha del registro de salida de la petición de consulta, por lo que ha de concluirse que a la fecha de solicitud del dictamen el procedimiento se encontraba caducado”.

En cualquier caso, la sujeción de las relaciones entre las Administraciones públicas a la administración electrónica puede resolver la cuestión relativa

a la distinción entre la fecha de salida y la fecha de entrada en los registros de los órganos consultivos, en los supuestos en los que coincidan ambas fechas.

### 3

## **Normativa y plazo aplicable a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos**

### 3.1

## **Normativa adjetiva aplicable al procedimiento de resolución de contrato**

En relación con el régimen aplicable a los contratos administrativos es doctrina común del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos distinguir entre el régimen sustantivo aplicable al contrato y el régimen procedimental. Para tales órganos la normativa sustantiva, con arreglo a la respectiva disposición transitoria de la ley de contratación pública, se corresponde con la normativa vigente en el momento de su adjudicación, mientras que los aspectos procedimentales se someten a la normativa vigente al tiempo de iniciar el procedimiento de resolución de contrato.

Así, en el precitado Dictamen 181/2021, el Consejo Consultivo de Asturias señala lo siguiente: “(...) Mientras la norma aplicable a la resolución, y al resto de los efectos del contrato, es la vigente al tiempo de su adjudicación conforme determinan las sucesivas disposiciones transitorias de las leyes de contratación, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio (por todos, Dictamen Núm. 31/2015), que en este caso ha tenido lugar mediante providencia de 20 de enero de 2021, lo que implica la aplicabilidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)...”. En el mismo sentido, los dictámenes 71/2021 y 27/2021.

En el Dictamen 519/2021, de 3 de noviembre, el Consejo Consultivo de Canarias mantuvo igualmente que las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Se explica en el Dictamen que este criterio se sustenta en lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la disposición final cuarta de la LCSP. En este sentido, se trae a colación

la doctrina reiterada de dicho Consejo Consultivo expuesta, entre otros, en los dictámenes 156/2000, de 20 de diciembre, 348/2006, de 26 de octubre, y 78/2007, de 12 de febrero.

En particular, en el Dictamen 320/2020, de 30 de julio, el referido órgano consultivo razona de forma extensa en los términos siguientes:

“El Derecho procedimental aplicable para resolver las incidencias de la vida del contrato, tales como su interpretación, resolución, o nulidad, será el vigente en el momento en que se inició el procedimiento. Ello es así porque la D.T. 1ª LCAP sólo dispone su aplicación retroactiva para los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación; lo que excluye, en virtud de la regla del art. 2.3 CC, la aplicación retroactiva de sus normas procedimentales a los contratos ya adjudicados y, por ende, a los procedimientos dirigidos a decidir incidencias de la contratación que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP. Esta conclusión, además, se refuerza porque, según la disposición adicional séptima (D.A.VIIª) LCAP, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) contiene el Derecho procedimental supletorio en materia de contratación administrativa”.

Sigue argumentando lo siguiente: “De ahí que, ante el silencio de la LCAP sobre la aplicación de sus normas adjetivas a este tipo de procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, es de aplicación la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, la cual dispone su inaplicabilidad a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, ordenando que se rijan por la normativa anterior, lo cual conduce a la misma solución. En definitiva, de la D.T.1ª LCAP, en relación con el art. 2.3 CC, y de la D.A.VIIª LCAP, en relación con la Disposición Transitoria Segunda.1 LPAC, resulta la regla de que los procedimientos que se dirijan a resolver incidencias de la contratación y que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se rigen por la normativa anterior. En consecuencia, el parámetro legal de aplicación, en cuanto a la vertiente adjetiva del problema, es la normativa que esté vigente en el momento de ordenarse el inicio del procedimiento de resolución del contrato (...)”.

En la misma línea, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana señaló en el Dictamen 318/2018, entre otros, lo siguiente: “Desde el punto de vista procedimental, es de aplicación – en virtud del principio *tempus regit actum* – la normativa vigente en el momento de iniciar el procedimiento de resolución del contrato de recogida de residuos urbanos y selectiva del municipio de..., por lo que habiéndose iniciado el procedimiento objeto de resolución por Acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento de 14 de diciembre de 2017, es de



aplicación lo establecido en el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3 / 2011, de 14 de noviembre”.

Son de mención, asimismo, los dictámenes 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99, entre otros, del Consejo de Estado, así como los dictámenes 607/2014, de 21 de enero de 2015, y 21/2015, de 5 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla y León, y los dictámenes 421/2019 y 234/2020 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En el Dictamen 19/2021, de 29 de marzo, el Consejo Consultivo de la Rioja argumenta lo siguiente: “En este caso, la aprobación del expediente de contratación (de 12 de julio de 2019) y la Resolución adjudicatoria del contrato (de 13 de septiembre de 2019) se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP’17, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª). En definitiva, la LCSP’17 es la legislación aplicable tanto al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen, como al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria”. En el mismo sentido, los dictámenes 17/2021 y 21/2021, entre otros.

## 3.2

### Plazo aplicable a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos con anterioridad a la Ley 9/2017, LCSP, y tras su entrada en vigor

#### 3.2.1

#### Plazo aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017

Hasta la entrada en vigor de la citada Ley 9/2017, LCSP, la legislación en materia de contratación pública no contenía, como se ha dicho, previsión alguna en cuanto al plazo para notificar la resolución definitiva en los procedimientos de resolución de contratos administrativos, resultando de aplicación, en línea con la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia n.º 5567/2009, de 9 de septiembre, el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (anterior artículo 42.3 de la Ley 30/1992), que fija el plazo de tres meses para los procedimientos, cuando no exista un plazo máximo en las normas reguladoras del correspondiente procedimiento.

Con arreglo a la precitada doctrina, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, como el resto de los órganos consultivos autonómicos, aplicaron a los procedimientos de resolución de contratos administrativos el plazo de los tres meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015 (o

el anterior artículo 42.3 de Ley 30/1992), e informaron la procedencia de la declaración de caducidad de los procedimientos iniciados de oficio por el órgano de contratación cuando la resolución definitiva no se notificaba en el citado plazo de 3 meses, computados desde el acuerdo de iniciación (artículo 21.3, letra a] de la LPAC). El *dies a quo* del cómputo del plazo es, por tanto, la fecha del acuerdo de iniciación, no la fecha de su notificación al interesado (STS de 28 de mayo de 2008).

En el Dictamen 121/2017, de 4 de octubre, el Consejo Consultivo de las Illes Balears señaló que, “por lo que respecta al plazo máximo de que dispone la Administración activa para acordar la resolución y notificarla a los interesados, cabe tener presente que, el Tribunal Supremo ha considerado en sus pronunciamientos (Sentencias de 9 de septiembre de 2009, 8 de septiembre de 2010 y 28 de enero de 2014) que los procedimientos de resolución contractual están sometidos al plazo de caducidad de tres meses que, hasta el mes de octubre de 2016, preveía el ya derogado artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y que actualmente mantiene el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (de aplicación aquí dado que el procedimiento de resolución contractual se inició con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley 39/2015)”. En el mismo sentido, el Dictamen 143/2014, de 11 de diciembre.

La Comisión Jurídica de Extremadura mantuvo, en el Dictamen 81/2019, de 12 de diciembre, lo siguiente: “En cuanto al plazo máximo para resolver, la LCSP no se pronuncia al respecto, regulando únicamente el plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual, por ello debemos estar a la aplicación subsidiaria de lo dispuesto en la LPACAP que fija, con carácter general, en el artículo 21.3, un plazo de tres meses, con lo que en el presente caso, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, se produciría la caducidad del mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.b de la citada Ley”.

Y, en el Dictamen 21/2018, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia argumentó lo siguiente: “Iniciado el procedimiento de extinción del contrato por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de octubre de 2017, se advierte que en su tramitación se han invertido ya más de los tres meses que, como plazo máximo para su resolución y notificación, establece el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). De conformidad con lo expuesto, se debe considerar que el citado plazo expiró, por tanto, el 17 de enero de 2018”. En el mismo sentido, los dictámenes 31/2018 y 33/2018, entre otros.

Es mención, también, el Dictamen 32/2013, del Consejo Consultivo de las Illes Balears<sup>8</sup>.

En definitiva, ha sido común el parecer de los órganos consultivos –salvo normativa autonómica propia– en la aplicación, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, del plazo subsidiario de los 3 meses establecido en la LPAC.

### 3.2.2

#### Plazo aplicable tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, y antes de la STC 68/2021

Tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, LCSP, dicha norma supuso en este punto una importante novedad, al prever por primera vez en su articulado, concretamente en el artículo 212.8, el plazo de resolución de los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Este artículo dispone que “los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses”. Esta previsión se debió a la observación efectuada por el Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de lo que sería posteriormente la Ley 9/2017, en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en el que se señaló que a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones, el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente, dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos, con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver. La redacción final de la LCSP de 2017 supuso el establecimiento del plazo de ocho meses para resolver tales procedimientos de resolución contractual. La disposición final 1.<sup>a</sup> de dicha Ley dispuso que el citado artículo 212.8 de la LCSP/2017 tenía carácter de legislación básica.

Como consecuencia de dicho precepto legal, las administraciones públicas como los órganos consultivos aplicaron al procedimiento de resolución de los contratos administrativos el plazo de los ocho meses establecido en el referido artículo 212.8 LCSP.

A título indicativo, algunos ejemplos:

En el Dictamen 519/2021, de 3 de noviembre, el Consejo Consultivo de Canarias señala lo siguiente: “Este precepto reglamentario –art. 109 del RGCAP– contempla el procedimiento para la resolución de los

---

<sup>8</sup> Este Dictamen se comenta por Ginard Martínez, S., letrada jefe del Consejo Consultivo de las Illes Balears, en su artículo: “Doctrina consultiva y resoluciones judiciales recaídas en asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de las Illes Balears”, inserto en el libro publicado por dicho Consejo a propósito de su 25 Aniversario.

contratos y articula asimismo sus distintos trámites de obligada observancia. Entendemos que la regulación que ofrece dicho precepto para el ejercicio por la Administración de su prerrogativa de resolución unilateral está suficientemente detallada, a fin de que pueda desarrollarse el procedimiento dentro del plazo legalmente establecido, un plazo ahora de ocho meses (art. 212.8 LCSP), antes de solamente tres, y cuyo incumplimiento determina la caducidad del procedimiento (desde la STS de 20 de octubre de 2007 RC 7736/2004, que así lo vino a declarar; poco después, de igual modo, STS 9 de septiembre de 2009 RC 327/2008, en unificación de doctrina)”.

También en el Dictamen 552/2021, de 18 de noviembre, el Consejo Consultivo de Canarias mantuvo lo siguiente: “En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento. En el presente caso, si bien no se ha superado dicho plazo de 8 meses, toda vez que el procedimiento se inició el 22 de marzo de 2021, está próxima la fecha en que se produzca, que será el 22 de noviembre de 2021...”. Y en su Dictamen 526/2021, de 4 de noviembre, señala:

“Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el plazo para resolver el expediente será de ocho meses, en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP, según resulta de su Disposición Transitoria Primera, apartado segundo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

No obstante, al no haber transcurrido dicho plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establece el citado art. 212.8 LCSP, el mismo no ha caducado, pues se inició el 2 de julio de 2021”.

Véanse también los dictámenes 471/2021, de 7 de octubre, y 393/2021, de 22 de julio.

En el Dictamen 186/2020, de 23 de julio, el Consejo Consultivo de Asturias argumenta que “(...) de acuerdo con lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP la Administración debe dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento en un plazo máximo de ocho meses a contar desde el 17 de octubre de 2019 –fecha del acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se inicia el expediente de resolución contractual-...”. En la misma línea, los dictámenes 253/2020, de 5 de noviembre,

202/2020, de 3 de septiembre, 200/2020, de 3 de septiembre, entre otros, del Consejo Consultivo de la Comunitat Valenciana.

En el Dictamen 269/2018, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia señaló lo siguiente: “Por otra parte y en relación asimismo con el citado plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento, le es de aplicación, como norma procedimental que es y por las razones expresadas en el ya citado Dictamen nº 253/2018, el artículo 212.8 de la nueva LCSP, que establece un plazo máximo de ocho meses para dictar la resolución expresa, plazo que ha de entenderse como de caducidad en caso de superarse cuando se pretenda acordar una medida gravosa para el contratista como es la pérdida de la garantía definitiva. (Ante la duda acerca de si en tal plazo debe asimismo notificarse la resolución del procedimiento –lo que no expresa el referido precepto–, se considera que debe procederse a ello, por seguridad jurídica)”. Asimismo, los dictámenes 253/2018, 406/2019, 421/2019, 221/2020 y 232/2020, entre otros, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Consejo Consultivo de Andalucía mantuvo en el Dictamen 755/2021, de 14 de octubre, lo siguiente: “Sin embargo, no se ha respetado el plazo de ocho meses previsto en el artículo 212.8 de la LCSP para instruir y resolver el expediente de resolución contractual, ya que el procedimiento se inició el 6 de noviembre de 2020, sin que la Administración haya hecho uso de sus facultades de suspensión o ampliación del plazo (arts. 22.1.d) y 23 de la Ley 39/2015), por lo que ha caducado...”. De igual criterio, el Dictamen 509/2021.

Y en la misma línea, el Dictamen 425/21, de 14 de septiembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, y los dictámenes 69/2021 y 76/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

### 3.3

#### **Plazo aplicable tras la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 68/2021**

Tras varios años aplicando los órganos consultivos el plazo de los 8 meses establecido en el artículo 212.8 de la LCSP, en fecha 23 de abril de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado n.º 97, de 23 de abril, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, LCSP; entre ellos, contra el citado artículo 212.8. Este artículo fue impugnado al considerar que

vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional señala, en su fundamento jurídico 7, C, lo siguiente: “En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5)”. Añade, por tanto, que “procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”.

El Tribunal Constitucional no anuló el artículo 212.8 de la LCSP en cuanto resultaba aplicable a los procedimientos de resolución que tramitara la Administración General del Estado, pero consideró que infringía las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no era de aplicación a estas ni a las entidades locales. De esta forma, con la reseñada Sentencia, se confirma que el artículo 212.8 de la LCSP no resulta básico ni aplicable a los contratos suscritos por la Administración de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan prever, en el ejercicio de sus competencias, la regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual.

Ante esta nueva situación surgida tras la STC 68/2021, los órganos consultivos autonómicos han tenido que pronunciarse acerca del plazo aplicable a los procedimientos de resolución de contratos administrativos en el ámbito autonómico y local.

Se expone a continuación la doctrina coincidente mantenida por algunos de dichos consejos consultivos.

### 3.3.1

#### Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

En relación con el plazo aplicable a los procedimientos de resolución de contratos administrativos, en el momento de la publicación de la STC 68/2021, la Generalitat Valenciana no contaba –en este momento sí, como se verá– con una norma específica que previera el plazo para la tramitación de dichos procedimientos, por lo que el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (CJCCV) estimó, en los dictámenes 366/2021, de 16 de junio, y 387/2021, de 23 de junio, la no aplicación supletoria del artículo 212.8 de la LCSP, siendo de aplicación, de nuevo, el plazo de 3 meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, LPAC. Para el Consell Jurídic, debía tenerse en cuenta que la propia LCSP dispone, en su disposición final cuarta, lo siguiente: “Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”. Únicamente los procedimientos de resolución de la adjudicación de programas de actuación integrada tenían, con arreglo al artículo 162.9 de la anterior Ley autonómica 5/2014, de 25 de julio, LOTUP, y vigente artículo 171.9 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, aprobado por Decreto Legislativo 1/2021, un plazo para resolver de 8 meses.

El CJCCV no consideró procedente aplicar en dichos dictámenes, supletoriamente, el plazo de los 8 meses establecidos en el artículo 212.8 de la LCSP, pues, aun cuando existen preceptos de la LCSP no básicos que resultan de aplicación supletoria a la Generalitat, en relación con el plazo de resolución existe normativa estatal básica aplicable a todas las Administraciones públicas, que regula la duración de los procedimientos (artículo 21 de la Ley 39/2015), en los términos anteriormente indicados. No se da, por tanto, un vacío normativo que pueda justificar la aplicación supletoria del expresado artículo 212.8 de la LCSP, aplicable exclusivamente al Estado. Añade el Consell en sus citados dictámenes lo siguiente: “De conformidad con lo establecido en el artículo 38.1 de la Ley 2/1979, LOTC, “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Por ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021 y la aplicación supletoria del artículo 21.3 de la Ley 39/2015, resulta de aplicación a todos los procedimientos de resolución de contratos administrativos que se encuentren actualmente en trami-

tación”. En el mismo sentido, los dictámenes 388/2021, 427/2021, 441/2021 y 466/2021, entre otros.

A raíz de tales dictámenes, el Pleno del Consell Jurídic, en su sesión del día 16 de junio de 2021, aprobó, por unanimidad, *ex* artículo 78 del Reglamento de dicha institución, aprobado por Decreto 37/2019, de 15 de marzo, una moción dirigida al Consell de la Generalitat, en la que expuso la situación normativa anterior y recomendó que se procediera, atendiendo al carácter excesivamente breve del plazo supletorio de los tres meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de la LPAC, o bien a la tramitación y aprobación de una disposición legal, *ex* artículo 21.2 de la citada Ley, que fije el expresado plazo en 8 meses (en línea con el Estado), o bien a la aprobación de una norma reglamentaria que aumente el plazo, al menos, hasta 6 meses, para la Generalitat, las entidades locales valencianas, y entidades vinculadas o dependientes de estas.

Como consecuencia de la precitada moción, en la Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, se ha introducido una disposición adicional primera en la que se prevé el plazo para resolver los procedimientos de resolución de contratos administrativos en los términos siguientes: “Los expedientes de resolución contractual de contratos administrativos de la Generalitat, de las entidades locales de la Comunitat Valenciana, de las Universidades Públicas de la Comunitat Valenciana y de las respectivas entidades vinculadas o dependientes que, conforme al artículo 3.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tengan la consideración de Administraciones Públicas, deberán ser instruidos, resueltos y notificados en el plazo máximo de 8 meses”.

De esta forma, la Comunitat Valenciana cuenta, a partir de la entrada en vigor de dicha norma (1 de enero de 2022), con un plazo de resolución de 8 meses para los procedimientos de resolución de los contratos administrativos, en los términos expuestos.

### 3.3.2

#### Consejo Consultivo del Principado de Asturias

En el Dictamen 203/2021, de 6 de octubre, el Consejo Consultivo de Asturias argumentó, tras la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, que el artículo 212.8 de la LCSP, declarado no básico, no resultaba aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras del Principado de Asturias. Señala lo si-



guiente: “A falta de una norma específica que fije un plazo para la resolución de un procedimiento administrativo no nos enfrentamos aquí a una laguna que deba colmarse acudiendo a la legislación supletoria –a la que ha quedado reducido el plazo de 8 meses–, pues en nuestro Derecho administrativo existe una norma básica que disciplina el supuesto de que un procedimiento no tenga señalado plazo. Esa regla básica –recogida ahora en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC)– determina que cuando ‘las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses’, y la vigencia de esta regla para los procedimientos regulados en la LCSP no ofrece duda a la vista de su disposición final cuarta, que se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en todo aquello que no merece un tratamiento singular en la normativa contractual”.

### 3.3.3

#### Comissió Jurídica Assessora de Catalunya

La Comissió Jurídica Assessora, de igual modo que los precedentes órganos consultivos, mantuvo, en el Dictamen 395/2021, de 16 de diciembre, en el que se citaban, a su vez, los dictámenes 370/2021, 379/2021, 367/2021, 368/2021 y 369/2021, que la Generalitat de Cataluña es competente para establecer por vía legislativa un plazo específico para resolver y notificar el procedimiento de resolución contractual, de conformidad con artículo 159.3.b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (competencia compartida sobre contratación en todo lo que no se pueda subsumir dentro de la competencia exclusiva relativa a la organización y las competencias en materia de contratación de los órganos de las Administraciones públicas catalanas, y sobre las reglas de ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración, en lo que no esté afectado por el artículo 149.1.18 de la Constitución).

Dicho órgano consultivo consideró, en los precitados dictámenes 367/2021 y 368/2021, que el plazo de ocho meses no es aplicable supletoriamente a los procedimientos tramitados por las Administraciones públicas de Cataluña, porque si bien la supletoriedad del derecho estatal actúa en defecto de normativa propia –como es el caso–, solo lo hace en caso de vacío legal o laguna normativa. Es decir, que para que el plazo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP resultara de aplicación supletoria no debería poder identificarse en el ordenamiento jurídico otro precepto que estableciese un plazo para tramitar, resolver y notificar que pudiera resultar de aplicación al supuesto que se examina. “Y ese no es el caso”. En consecuencia, añade el Dictamen

370/2021: “Es necesario acudir, pues, al artículo 21.3 de la LPAC –precepto que sí tiene carácter básico–, según el cual, cuando las normas reguladoras del procedimiento no fijen un plazo máximo, éste será de tres meses, con efectos de silencio administrativo o caducidad, en función de cuál haya sido la manera de iniciar el procedimiento (artículos 24 y 25 de la LPAC). Además, cabe añadir que es la propia LCSP la que, en el apartado 1 de la disposición final cuarta, establece el carácter subsidiario de la LPAC a los procedimientos regulados por ésta...”.

### 3.3.4

#### Consejo Consultivo de Galicia

De igual modo, el Consejo Consultivo de Galicia ha rechazado la aplicación supletoria del artículo 212.8 de la LCSP a los procedimientos de resolución de contratos administrativos tramitados por la Administración autonómica y local gallega. En el Dictamen 19/2021 señala que, dada la falta de carácter básico de este precepto y la ausencia de una disposición autonómica que regule el plazo para resolver los procedimientos de resolución de contratos, procede considerar el plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dada la referencia a dicha ley que contiene la disposición final cuarta de la LCSP. El órgano consultivo matiza lo siguiente:

“Ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional supone, por tanto, un retorno a la aplicación de la doctrina jurisprudencial previa favorable a la aplicación del plazo supletorio de tres meses previsto en la normativa estatal en materia de procedimiento administrativo común ante la falta de previsión de un plazo específico (por todas, SSTS de 2.10.2007, Rec. 7736/200; de 10.10.2007, Rec. 7736/2004; de 9.9.2009, Rec. 327/2008; o de 22.3.2012, Rec. 6034/2009); doctrina seguida por este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes como, por ejemplo, CCG 281/2009, CCG 218/2010, CCG 123/2013, CCG 662/2013, CCG 294/2014 o CCG 37/2016.

(...) en virtud de la misma remisión a la LPAC contenida en la disposición final cuarta de la LCSP y conforme a la misma doctrina jurisprudencial expuesta, la consecuencia de la expiración del plazo máximo de tres meses sin dictar y notificar la resolución en los procedimientos iniciados de oficio será la caducidad del procedimiento, conforme al actual artículo 25.1.b) de la LPAC”.

En el mismo sentido, los dictámenes 240/2021, de 1 de septiembre, y 267/2021, de 22 de septiembre.

### 3.3.5

#### Consejo Consultivo de Castilla y León

En la Comunidad de Castilla y León resulta necesario distinguir entre los procedimientos de resolución de contratos administrativos que instruya la Administración autonómica y los instruidos por la Administración local.

En el Dictamen 409/2021, de 21 de octubre, con cita del Dictamen 123/2021, de 27 de abril, el Consejo Consultivo de Castilla y León señaló que, en la Comunidad de Castilla y León, existe la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, que señala en su apartado 2 lo siguiente: “en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por aquellas, cuando se hayan iniciado de oficio, será de ocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Disposición que –afirma dicho Consejo– no resulta aplicable a las entidades locales.

Por ello, ante la inexistencia de un plazo específico para las corporaciones locales y las entidades vinculadas, el citado órgano consultivo mantiene que “deben aplicarse las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establecen que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses (artículo 21.3) a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación; y que la falta de resolución expresa en determinados procedimientos iniciados de oficio producirá su caducidad (artículo 25.1. b)”. Asimismo, el Dictamen 139/2021.

### 3.3.6

#### Consejo Jurídico de la Región de Murcia

En el Dictamen 142/2021, este órgano consultivo analiza igualmente la aplicación supletoria del artículo 212.8 de la LCSP, ante la ausencia de reglamentación autonómica sobre el plazo de tramitación del procedimiento de resolución contractual. Dicho Consejo, si bien estimó inicialmente que “cabría considerar que el plazo de resolución contractual en la Administración auto-

nómica y local de la Región de Murcia es el de ocho meses, por aplicación supletoria del artículo 212.8 LCSP...”, concluyó que, “dado el poco tiempo transcurrido desde la publicación de la comentada STC y la ausencia de jurisprudencia sobre la supletoriedad del derecho estatal en esta materia, y en aras del principio de seguridad jurídica, sería aplicable al presente supuesto la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico de que, ante la ausencia de plazo de resolución en estos procedimientos, y dado que la propia LCSP establece la subsidiariedad de la LPACAP a los procedimientos regulados en aquélla (Disposición final cuarta), debemos entender que el plazo de resolución del procedimiento objeto de Dictamen es el de tres meses que establece su artículo 21.3”. De igual modo, los dictámenes 159/2021, 245/2021 y 289/2021.

### 3.3.7

#### Consejo Consultivo de Navarra

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia [artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra]. En el ejercicio de su competencia, la Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, modificada por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero. Actualmente la normativa está constituida por la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

Dado el régimen propio de Navarra, su Consejo Consultivo ya analizó en el Dictamen 17/2020, de 31 de agosto, si la previsión que contenía el artículo 212.8 de la LCSP, de aplicación en la Comunidad Foral de Navarra con carácter supletorio, era aplicable ante la ausencia de previsión específica sobre esta cuestión en la legislación foral de contratos públicos. Para el citado Consejo Consultivo ya resultó “evidente que no le es de aplicación la previsión sobre plazo máximo de ocho meses que para los expedientes de resolución contractual contempla el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, rigiéndose por la normativa anterior (Ley Foral 6/2006, en la redacción que a la misma le dio la Ley Foral 3/2013) que, al no contemplar plazos específicos para la tramitación de los expedientes de resolución contractual, al igual que sucede con la entonces vigente legislación estatal, conlleva la aplicación supletoria de las previsiones que sobre el instituto de la caducidad contiene la legislación general en materia de

procedimiento administrativo (LPACAP)...”. Aplica, por consiguiente, el plazo de los tres meses establecido en la LPAC.

### 3.3.8

#### Consejo Consultivo de Madrid

Tras la STC 68/2021, la Comisión Jurídica Asesora de Madrid mantuvo inicialmente la aplicación supletoria del plazo de los 8 meses establecidos en el artículo 212.8 de la LCSP. Así, en el Dictamen 553/2021, de 2 de noviembre, señaló lo siguiente: “El plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, es de ocho meses, tras pasados los cuales se produce la caducidad del procedimiento (artículo 212.8 de la LCSP/17). El dies a quo para el cómputo del plazo es la fecha del acuerdo de iniciación, ex artículo 21.3.a) de la LPAC. Si bien este precepto ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia 68/2021 de 18 de marzo del Tribunal Constitucional (BOE 23 de abril de 2021), no ha sido declarado nulo dado que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras. Debiendo entenderse que aquellas entidades que carezcan de normativa propia al respecto, como es el caso de la Comunidad de Madrid, pueden seguir aplicando dicha norma...”.

No obstante, dicha Comisión, a partir del Dictamen 576/2021, de 10 de noviembre, tras un análisis de la citada STC 68/2021, cambió de criterio y consideró que, al no existir en la normativa madrileña un plazo específico para los procedimientos de resolución de contrato, resultaba aplicable, en línea con los restantes órganos consultivos, la previsión del artículo 21.3 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

En dicho Dictamen 576/2021, y en los posteriores dictámenes 651/2021, de 21 de diciembre; 626/2021, de 30 de noviembre; 609/2021, de 23 de noviembre; 602/2021, de 16 de noviembre; 587/2021, de 16 de noviembre; entre otros, se argumentó lo siguiente:

“No existe ninguna norma autonómica madrileña que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual.

Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento, sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por lo expuesto, el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española o si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC). La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos”.

Se recuerda que el Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria, de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad, sino su aplicación supletoria. Sin embargo, a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional ha considerado que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico mediante las reglas de interpretación aplicables, y en la STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 6.º, señala lo siguiente: “La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”. El FJ 8.º de la STC 118/1996 reitera esa escrupulosa exigencia de laguna para la aplicación supletoria. Por ello, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017).

Sin embargo, para el citado órgano consultivo, en la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras comunidades autónomas como la de Aragón –Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón– o la de Castilla y León –Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras–) no hay un plazo específico de resolución, por lo que resulta aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses. Concluye la Comisión que, 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).

### 3.3.9

#### Consejo Consultivo de Aragón

En relación con la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 13 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, prevé el plazo para dictar resolución expresa en los procedimientos de resolución de contrato en 8 meses, en su redacción dada por la Ley 1/2021, de 11 de febrero (anteriormente, 6 meses).

En el Dictamen 238/2016, de 18 de octubre, entre otros, el citado Consejo consultivo, aplicando la normativa autonómica vigente en dicho momento, argumentó lo siguiente: “(...) Como es sabido, a tenor de lo prevenido en el art. 13 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ‘El plazo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las entidades que, a efectos de contratación, tengan la consideración de Administraciones Públicas será de seis meses contados desde la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución’”.

Además, en dicho Dictamen se examinaba un procedimiento iniciado con anterioridad a la entrada en vigor del expresado artículo 13 de la Ley 3/2011 (en su redacción inicial), por lo que se matiza por el órgano consultivo lo siguiente: “El precepto es de singular dicción, dado que la automaticidad de la caducidad solo opera en los procedimientos iniciados de oficio. Mas, al margen de esto, por motivos de seguridad jurídica hemos sustentado en dictámenes precedentes que dicha regla solo es aplicable a los contratos adjudicados tras la vigencia de la Ley, por lo que, en nuestro caso, habría de regir el plazo supletorio de tres meses prevenido en el art. 42.3 LRJAP, vigente en la fecha de iniciación del procedimiento...”.

Tras la aprobación de la LCSP de 2017 y antes de su entrada en vigor, es de mención el Dictamen 207/2019.

No obstante, es de recordar –como se ha indicado anteriormente– que fue la Comunidad Autónoma de Aragón la que interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, entre ellos, el artículo 212.8 LCSP, por estimar que afectaba al ámbito competencial de dicha Comunidad (STC 68/2021). Actualmente el plazo de resolución es, como se ha indicado, de 8 meses.

### 3.3.10 Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

En el Dictamen 363/2021, de 21 de octubre, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha señala, en relación con un procedimiento iniciado el 18 de diciembre de 2020, lo siguiente: “Por último, conviene precisar que el artículo 212.8 de la citada LCSP ha instaurado un plazo de tramitación específico aplicable a los referidos expedientes de resolución contractual, el cual se halla fijado en ocho meses”. En la misma línea, el Dictamen 375/2021, de 28 de octubre.

### 3.4 Plazo aplicable a los procedimientos ya iniciados antes de la STC 68/2021

Una cuestión que se suscita tras la publicación de la STC 68/2021 es el plazo aplicable a los procedimientos iniciados antes de la citada Sentencia, pero no resueltos todavía tras la publicación de la misma.

En este punto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha estimado aplicable el plazo de los 3 meses establecido en el artículo 21.3 de la LPAC a tales procedimientos que, aun iniciados antes de la publicación de la STC, se encontraban pendientes de resolución y eran sometidos a su dictamen preceptivo (dictámenes 366/2021 y 387/2021). Para este Consell, se trata de una cuestión competencial, aspecto material y no formal, teniendo en cuenta, además, que, en aplicación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no se había dictado todavía la resolución definitiva en dicho procedimiento.

El Consejo Consultivo de Galicia ha mantenido igualmente la aplicación del plazo de los 3 meses a los procedimientos ya iniciados, y no resueltos, antes de la publicación de la STC. En particular, en el Dictamen 267/2021, de 22 de septiembre, argumentó lo siguiente:

“En primer lugar, debemos considerar que, según el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ‘las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador (...)’.



Del tenor del precepto resulta un amplio margen de aplicación de las sentencias del Tribunal Constitucional a procedimientos en curso, con el único límite de determinados procesos fenecidos por sentencia con efecto de cosa juzgada. Ciertamente, la conocida doctrina de las sentencias con eficacia prospectiva, permite al Tribunal Constitucional restringir los efectos revisores de sus sentencias, proyectándolos exclusivamente hacia el futuro a través del uso de esta técnica facultativa y que el Tribunal Constitucional no utilizó en la sentencia declarando la inconstitucionalidad del precepto ahora examinado”.

Añade el Consejo lo siguiente:

“Por tanto, al no estar ante un proceso fenecido por sentencia con efecto de cosa juzgada y no tener el Tribunal Constitucional efecto prospectivo, procede la aplicación de esta al procedimiento en curso.

Por otra parte, la vigencia del principio de legalidad supone que los efectos producidos bajo la vigencia de una norma inválida son efectos no deseados por el ordenamiento. En el presente caso, la apariencia creada por la vigencia de una norma inconstitucional hasta que se produjo esa declaración, no debe ser mantenida y proyectada hacia el futuro en un procedimiento aún en curso y con diligencias pendientes, pues la práctica de estas solo tendría cabida en la consideración de un plazo, el de 8 meses, que carece de sustento legal para ser aplicado al caso, a raíz del pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional.

Las actuaciones no pueden ampararse por la ley declarada inconstitucional, y la ausencia de base legal legitimadora debe llevar a negar efectos a las actuaciones realizadas más allá del plazo de prescripción que resulta ahora aplicable”.

La Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en el Dictamen 602/2021, de 16 de noviembre, mantuvo el criterio precedente, con cita del Dictamen 267/2021 del Consejo Consultivo de Galicia, y señala que los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional a la que se ha venido haciendo referencia serán de aplicación a los procedimientos de resolución contractual en curso, aun cuando se hubieran iniciado con anterioridad a la fecha de su publicación en BOE, como ocurre en el asunto examinado, en aplicación del citado artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979.

Por su parte, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias argumentó, en el Dictamen 203/2021, lo siguiente: “Asumido pacíficamente que las normas adjetivas aplicables vienen determinadas por el momento en el que el procedimiento se abre –disposición transitoria tercera, apartado e) de la LPAC–, se observa que en el caso examinado el inicio del procedimiento de resolución –29 de junio de 2021– es posterior a la fecha de publicación de la

referida sentencia del Tribunal Constitucional (23 de abril de 2021), por lo que el transcurso del plazo de tres meses ex artículo 21.3 de la LPAC aboca a declarar la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1.b) de la referida Ley”.

#### 4

### Bibliografía

- Alarcón Sotomayor, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas-Thomson.
- Barrero Rodríguez, C. (2008). La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. *Revista de Administración Pública*, 176, 89-113.
- Caballero Sánchez, R. (1999). *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Madrid: McGraw-Hill.
- Diego Díez, L. A. de (2006). *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador* (2.ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Fernández Polanco, S. (1999). Artículo 44. En J. L. Piñar Mañas (dir.). *La reforma del procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)* (pp. 192-199). Madrid: Dykinson.
- Font Serra, E. (2000). Artículos 236-240. En A. Lorca Navarrete (dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo I, 2.ª ed., pp. 1530-1543). Valladolid: Lex Nova.
- González Navarro, F. (1964). La llamada caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 45, 191-230.
- (1997). *Derecho administrativo español* (tomo III). Pamplona: EUNSA.
- González Pérez, J. y González Navarro, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* (tomo II, 2.ª ed., pp. 2095-2144). Madrid: Civitas.
- Hernández González, F. L. (1998). *La caducidad del procedimiento administrativo*. Madrid: Montecorvo.

- Huergo Lora, A. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública*, 137, 189-238.
- Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (1993). La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Madrid: Tecnos.
- López Ramón, F. (2014). La caducidad del procedimiento de oficio. *Revista de Administración Pública*, 194, 11-47.
- Menéndez Rexach, Á. (1993). Procedimientos administrativos: finalización y ejecución. En J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (pp. 246-281). Madrid: Tecnos.
- Meseguer Yebra, J. (2002). *La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Bosch.
- (2003). A vueltas con la caducidad en los procedimientos sancionadores. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1, 213-222.
- Santamaría Pastor, J. A. (2005). Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*, 168, 7-56.
- Tardío Pato, J. A. (2005). Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 298-299, 11-54.

# **La operatividad inmediata de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 b) de la LOREG (comentario del Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia)**

ANDREA GARRIDO JUNCAL

*Profesora de Derecho Administrativo.  
Universidad de Santiago de Compostela*

1. Introducción
2. Actos que se pretenden declarar nulos mediante el procedimiento de revisión de oficio y contexto en el que se dictaron
3. El régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se contiene en la legislación electoral
4. La efectividad de la causa de inelegibilidad recogida en el artículo 6.2 b) de la LOREG sin la necesidad de que la sentencia que imponga la condena sea firme
5. El derecho de acceso a cargos públicos como derecho de configuración legal
6. La falta de capacidad jurídica para ser elegible, el instituto jurídico de la inelegibilidad y la transformación de los supuestos de inelegibilidad en causas de incompatibilidad
7. ¿El procedimiento de revisión de oficio se podría ver impedido por los límites previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015?
8. Conclusiones

## **1 Introducción**

Uno de los problemas que más inquieta a la población española es la corrupción. Teniendo en cuenta que en los últimos años los medios de comunicación nos han informado de diversas prácticas irregulares por parte de cargos

políticos y empleados públicos, no es de extrañar que este tema preocupe a la sociedad ni que la desafección política haya crecido significativamente.

Si centramos nuestra atención en el plano nacional, todos recordaremos el reciente debate abierto con ocasión de la condena a un diputado por golpear a un policía. ¿El condenado debe perder su escaño, o la inhabilitación afecta solo a su derecho a presentarse a unas futuras elecciones? La contestación a esta y otras preguntas derivó en fuertes discrepancias jurídicas entre el Tribunal Supremo y el Congreso de los Diputados, las cuales terminaron con la pérdida de la condición de diputado.

Después de este enfrentamiento público entre el poder legislativo y el poder judicial, a través de la prensa supimos que un diputado del Parlamento de Cataluña había sido también condenado e inhabilitado. Al igual que en el caso anterior, la parte afectada no parecía muy dispuesta a acatar los efectos de la inhabilitación y los argumentos que se alegaron para defender dicha postura eran, entre otros, que “era injusto que una persona que fue votada por tanta gente tuviera que dimitir cuando la sentencia no era firme”, que “se trataba de una persecución política a través del brazo judicial”, o que “era inaceptable que un órgano administrativo (la Junta Electoral Central) decidiera quién sí y quién no puede ser diputado”<sup>1</sup>.

El 3 de febrero de 2022 la presidenta del Parlamento de Cataluña convocó incluso a la Junta de Portavoces con el objeto de dar luz verde al dictamen aprobado por ERC, JxCat y la CUP en la Comisión del Estatuto del Diputado, un documento en el que defendían mantener el escaño al diputado condenado, aunque no se concretaba si este conservaría el sueldo y el derecho a votar en los plenos. Según las noticias publicadas, los firmantes del dictamen se comprometieron además a no poner en riesgo a los empleados de la Cámara autonómica, lo que suponía reconocer al final que no podían oponerse a la retirada efectiva del acta cuando fuera ejecutada por los funcionarios.

Llegados a este punto, conviene advertir que este tipo de disquisiciones legales se le plantearon, en cierta medida y salvando las lógicas distancias, al Consello Consultivo de Galicia y, seis años antes, al Consejo Consultivo de Aragón<sup>2</sup>. El propósito de las siguientes líneas será comentar el Dictamen núm. 160, de 29 de septiembre de 2021, emitido por el supremo órgano consultivo de la Xunta de Galicia y de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

<sup>1</sup> “El diputado de la CUP Pau Juvillà, condenado a seis meses de inhabilitación por desobediencia” (disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20211214/pau-juvilla-cup-condenado-inhabilitacion-desobediencia/2238794.shtml>).

<sup>2</sup> Dictamen 19/2015.

Para ello, expondremos, en primer lugar, los actos que se pretenden declarar nulos acudiendo al procedimiento de revisión de oficio, así como el contexto en el que estos fueron dictados. Desde un principio nos gustaría dejar claro que el cometido del presente estudio no será, en ningún caso, recordar que el ejercicio de la potestad revisora constituye una fórmula especial, extraordinaria o excepcional a la que es posible acudir, en cuanto tiene por fin privar de toda eficacia a los actos administrativos. El tema central y, por ende, merecedor de reflexión será el régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales y, en particular, la interpretación de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), que, de acuerdo con el artículo 6.4 del mismo texto legal, funciona como causa de incompatibilidad.

Con el ánimo de aproximarnos a los debates y controversias que plantea el cumplimiento de este precepto y, sobre todo, entender el pronunciamiento del Consello Consultivo de Galicia antes referenciado, es necesario precisar ya de antemano que el régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se recoge en la legislación electoral y que a esta normativa están sometidos también los diputados, los senadores, los diputados provinciales o los eurodiputados, por ejemplo. Por esta razón, a la hora de fundamentar sus posicionamientos, el Consello Consultivo trae a colación numerosas sentencias en las que, si bien los condenados no son concejales ni alcaldes, su referencia está totalmente justificada y es oportuna para resolver el asunto que le concierne. De igual modo, es de justicia reconocer el trabajo realizado por el Consello Consultivo de Galicia, pues el mismo arroja luz sobre la interpretación de una norma cuyo alcance trasciende del ámbito local.

## 2

### **Actos que se pretenden declarar nulos mediante el procedimiento de revisión de oficio y contexto en el que se dictaron**

La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017, condena al alcalde de un municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia como autor de un delito de prevaricación administrativa continuado. Este delito está tipificado en el artículo 404 del Código Penal; precepto situado dentro de su Título XIX, relativo a los delitos contra la Administración pública. La pena impuesta es de 4 años de inhabilitación para empleo o cargo público (alcalde, teniente, concejal o de naturaleza electiva o participación

en gobierno municipal e incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de condena).

El art. 6.2 b) de la LOREG declara que son inelegibles “los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”. Por otra parte, el artículo 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF) dispone: “1. Los concejales y Diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma. 2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o Diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad. 3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o Diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General”.

El 10 y el 18 de mayo de 2017 el portavoz de un grupo municipal del Ayuntamiento informó por escrito de la existencia de la sentencia condenatoria a la secretaria del Ayuntamiento, quien formalmente advirtió a la alcaldía y la interventora de que, atendiendo a los dos preceptos transcritos con anterioridad, la actuación del Pleno debía limitarse a solicitar la expedición de una nueva credencial al siguiente de la lista a la Junta Electoral Central. En consonancia con el criterio de la secretaria del Ayuntamiento, la interventora manifestó por escrito la relevancia del asunto; si el alcalde incurría en causa de incompatibilidad, los actos que dictara en ejercicio de su cargo podrían estar incurso en causa de nulidad conforme al artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), que indica que son nulos de pleno derecho “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. En este sentido, se apunta que

pueden resultar esclarecedoras dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (núm. 405/2015, de 2 de julio, y núm. 429/2015, de 8 de julio), así como el Dictamen 19/2015 del Consejo Consultivo de Aragón, que se emitió en el marco de la revisión de oficio de actos adoptados por un alcalde condenado como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación administrativa.

Apoyándose en que la sentencia no era firme por haberse interpuesto contra la misma un recurso de apelación, el alcalde rechazó en varias ocasiones la solicitud de convocar un Pleno Extraordinario en el que se pediría la expedición de una nueva credencial a la Junta Electoral Central. Contra estos decretos, cinco concejales del Ayuntamiento formularon recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, y ambos recursos fueron finalmente desestimados.

El 18 de junio de 2018 se dictó por la Audiencia Provincial de A Coruña la sentencia desestimatoria del recurso de apelación formulado por el alcalde contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017. El 24 de agosto de 2018 el alcalde presentó su renuncia y el 27 de marzo de 2019 dos concejales presentaron ante el Ayuntamiento una solicitud de revisión de oficio de los actos relativos al pago de las retribuciones del alcalde entre el 4 de abril de 2017 y el 24 de agosto de 2018. En concreto, los solicitantes estimaban que se trataba de actos nulos de pleno derecho al amparo del artículo 47.1 f) de la LPACAP. Contra la desestimación por silencio de la solicitud de la revisión de oficio se formuló recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de A Coruña de 7 de diciembre de 2020, en la que se condenó al Ayuntamiento a tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

Los actos administrativos cuya revisión se pretende son los que determinaron el pago de retribuciones al alcalde en el período comprendido entre el 4.4.2017 y el 24.8.2018, debiendo entenderse por tales los actos administrativos en los que se acordaron las distintas fases de ejecución (autorización del gasto, disposición o compromiso del gasto, reconocimiento y liquidación del deber y ordenación del pago) y que vienen constituidos por los decretos de la Alcaldía de aprobación de las nóminas correspondientes a los meses comprendidos entre abril de 2017 y agosto de 2018 (ambos meses incluidos); actos que ponen fin a la vía administrativa y, en consecuencia, son susceptibles de revisión de oficio.

La declaración de nulidad de los referidos decretos solicitada es solo parcial, en la parte referida al alcalde, siendo la causa de nulidad invocada la prevista en el artículo 47.1. f) de la LPACAP, con fundamento en que se



trata de actos expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que aquel adquirió derechos económicos como alcalde después de haber perdido dicha condición, pues, desde que se dictó la sentencia del 4.4.2017, aquel incurrió en la causa de incompatibilidad del artículo 6.2 b) de la LOREG.

### 3

#### **El régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se contiene en la legislación electoral**

El artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral”. En idénticos términos, el artículo 6.1 del ROF declara: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad son los regulados en la legislación electoral”. La remisión a la legislación electoral en materia de incompatibilidades se recalca de nuevo en el artículo 9 del ROF, al señalar que “el Concejal, Diputado o miembro de cualquier entidad local perderá su condición por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral”. La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia reproduce la misma idea en sus artículos 221.1<sup>3</sup> y 223<sup>4</sup>.

Acudiendo a la legislación electoral, dos apartados del artículo 6 de la LOREG deben ser objeto de comentario. Conforme al artículo 6.2 b) de la LOREG, “los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”. Y, según el artículo 6.4 de la LOREG, “las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de

<sup>3</sup> Este precepto indica: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones Locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán por lo dispuesto en la legislación electoral”.

<sup>4</sup> Este precepto declara: “Quien ostente la condición de miembro de una Corporación Local perderá su condición de tal por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral”.

incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral”. El Título III de la LOREG recoge unas disposiciones especiales para las elecciones municipales, de las que subrayaremos el artículo 177.2 (“son inelegibles para el cargo de alcalde o Concejal quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley”) y el artículo 178.1 (“las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal”).

Es evidente que el alcalde adquiere el derecho a la percepción de determinadas cantidades económicas como consecuencia de las responsabilidades y tareas que asume. Ahora bien, un requisito para la adquisición de este derecho es tener la condición de alcalde; requisito que cabe calificar de esencial en la medida en la que las cantidades, procedentes de los presupuestos municipales e incluidas en los referidos decretos a su favor, están directa e indisolublemente unidas a aquella condición<sup>5</sup>.

Sobre esta base, procede analizar a continuación si, a consecuencia de la condena por la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017, y aunque esta sentencia no fuera firme por haberse interpuesto recurso de apelación, el alcalde perdió la condición de alcalde y, por lo tanto, el requisito esencial para disfrutar del derecho a la percepción de las cantidades contenidas a su favor en los decretos de aprobación de nóminas indicados.

#### 4

### **La efectividad de la causa de inelegibilidad recogida en el artículo 6.2 b) de la LOREG sin la necesidad de que la sentencia que imponga la condena sea firme**

Como determina el Consello Consultivo de Galicia con amplia cita de jurisprudencia, la redacción del artículo 6.2 b) de la LOREG es implacable en este sentido. A mayor abundamiento, se destaca que la operatividad inmediata de esta causa es fundamental, ya que está “dirigida a una mayor protección de las instituciones públicas, haciendo emerger una orientación más cercenadora respecto a condenados a la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, por la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos” (STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). La Ley Orgánica 3/2011 modificó la LOREG incluyendo entre los supuestos de inelegibilidad la condena por sentencia judicial, aunque no sea firme, a penas de inhabilitación absoluta o especial o suspensión de empleo o cargo público

<sup>5</sup> *Vid.* Consideración 5 del Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia.

por delitos contra la Administración pública, pensando “en la necesidad de que todos los gestores públicos gocen de la confianza y el respeto de los ciudadanos” (STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3).

Un examen de la normativa electoral general permite concluir que es esa sentencia condenatoria penal el hecho determinante del efecto, *ex lege*, de la pérdida de la condición de concejal. Por consiguiente, la pérdida de la condición de concejal se produce como consecuencia de la sentencia condenatoria penal, no de la actuación de la Junta Electoral, cuya actuación constituye simplemente la ejecución del efecto establecido por la LOREG (STS 491/2021, de 9 de abril). Ello explicaría también que la decisión de la Administración electoral se pudiera tomar sin dar audiencia previa al interesado, por tratarse de un efecto automático del artículo 6.2 b) de la LOREG, pues “no es el acuerdo impugnado el que priva al recurrente de su credencial de diputado sino una sentencia penal condenatoria a la que dos preceptos de la LOREG, cuya constitucionalidad no cuestionamos en este momento atribuyen a la misma” (ATS, Sala Tercera, de 23 de enero de 2020, RJ 3). Por otra parte, no está de más recordar que “la Administración electoral es uno de los ejes sobre los que se articula el sistema electoral (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2) y tiene la finalidad de garantizar un régimen de elecciones libres, consustancial a nuestro Estado social y democrático de Derecho, en el que los poderes emanan del pueblo español en quien reside la soberanía nacional (arts. 1.1 y 1.2 CE)”.

En otro orden de consideraciones, es importante anotar que en estos casos la invocación de los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 23 de la CE, en relación con el artículo 25 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, no ha surtido efecto alguno. Al respecto, se ha insistido en lo siguiente: “El artículo 6.2 b) LOREG, aplicado en este caso, parte del supuesto de que una resolución jurisdiccional condenatoria, aunque no sea firme, altera la relación representativa y la extingue por ministerio de la Ley, lo que enerva la invocación de los derechos (arts. 23.1 y 23.2 CE) citados. Es obvio decir que desde su entrada en vigor la LOREG se aplica con pleno respeto al principio de igualdad del art. 14 CE, como exige el art. 8.1 de la misma. Debemos reiterar lo que ya dijimos en el Auto dictado en esta pieza el 10 de enero de 2020: los preceptos de la LOREG en cuestión se encuentran dentro del margen de maniobra que el Protocolo 1 del CEDH concede a los Estados (por todas, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2006, en el caso Zdanoka c. Letonia)” (Auto, de 23 enero 2020, del TS, RJ 2).

En definitiva, el cumplimiento del artículo 6.2 b) de la LOREG se ha pretendido burlar alegando que este precepto vulnera la presunción de inocencia, el derecho a la participación política y el derecho de acceso a cargos públicos

en condiciones de igualdad. Tal y como ha puesto de manifiesto el Consello Consultivo de Galicia, haciendo acopio de una abundante jurisprudencia, la infracción de estos derechos no es real y la LOREG, con la introducción de esta causa de inelegibilidad, busca ante todo proteger un interés general superior, como es la confianza en las instituciones públicas. Con la intención de demostrar que ello no es fruto de una mentalidad autoritaria empeñada en disminuir a ultranza las posibilidades de defensa de los recurrentes en casos como el que nos ocupa, conviene recordar que el derecho de acceso a cargos públicos es un derecho de configuración legal y lo que esto implica en la práctica, cuestión sobre la que nos centraremos en el siguiente epígrafe.

## 5

### El derecho de acceso a cargos públicos como derecho de configuración legal

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 de la CE reconoce el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas, pero implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley en términos tales que ni se vacíe de contenido la función que ha de desempeñarse, ni se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales (STC 163/1991, de 18 de julio –RTC 1991, 163–, FJ 3, y STC 32/1985, de 6 de marzo –RTC 1985, 32–, FJ 3).

En el FJ 6 de la STC 45/1983, de 25 de mayo, se expuso: “El art. 23.2 de la CE consagra el derecho del ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes. La elegibilidad es a tenor del art. 70.1 de la CE un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la CE y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional”.

En línea con lo anterior, se ha entendido que la tutela cautelar solicitada por los condenados por sentencia no firme debe denegarse, pues su admisión implicaría una grave perturbación del interés general, que se identificaría con la inaplicación *de facto* de la LOREG. A estos efectos, se ha argumentado: “no es dable a la apelante la suspensión cautelar de la efectividad de una Ley reguladora de un derecho fundamental, configurado en su contenido precisamente por la misma, o la excepción singular a la aplicabilidad de la misma a su caso concreto, sin incurrir en vulneración, precisamente, de los artículos

9, 14, 103 y 106, todos ellos de la Constitución, ni a nosotros, como antes el Juez de instancia, concederlo sin incurrir en vulneración del artículo 117 del Texto Fundamental, cuando impone como fundamento principal de un estado democrático de derecho, como el que se configura en la Ley Fundamental de 1978, el principio de legalidad y la sujeción de todos los poderes públicos al imperio de la Ley. Tal interés público y general ha de primar en su protección, ciertamente, sobre el particular del recurrente relativo a su derecho a la permanencia en el cargo, derecho éste por otra parte que sólo lo tiene en los términos, contenido, alcance y extensión que establece su Ley reguladora” (STJ de Aragón núm. 519/2014, de 31 de octubre, FD 4).

Teniendo en cuenta lo anterior y distintas previsiones normativas, el Consello Consultivo de Galicia pone de relieve que en este campo se impone a la persona afectada el deber de adopción de una postura activa y diligente ante la concurrencia de una causa de incompatibilidad. Como principales manifestaciones del deber de observancia en todo momento de las normas sobre incompatibilidad, se mencionan los artículos 10.1 del ROF<sup>6</sup>, 178 de la LOREG<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Este precepto indica: “Los Concejales y Diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma”.

<sup>7</sup> Este precepto señala:

“1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejales.

2. Son también incompatibles:

a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

c) Los Directores generales o asimilados de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal.

d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

e) Los concejales electos en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme y los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme.

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejales o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejales pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo”.

y 230 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia<sup>8</sup>. En consecuencia, el Consello Consultivo de Galicia sostiene: “Desde que la persona condenada tiene conocimiento de la sentencia condenatoria nace su deber de observar la norma que impone, como efecto extrapenal imperativo de esa condena, la concurrencia ex lege de una causa de incompatibilidad, así como su deber de poner en conocimiento de la Corporación municipal esa causa con la debida diligencia y, por lo tanto, sin demora. A partir de ese momento, pues, ha de entenderse que la causa de incompatibilidad del art. 6.2. b) de la LOREG despliega su eficacia, sin que la actitud pasiva o obstativa de la persona condenada, impidiendo, retrasando o dificultando la toma de conocimiento por la Corporación municipal o por la Xunta Electoral Central de la concurrencia de aquella causa, pueda evitar la eficacia de esta”.

En resumen, para un idóneo análisis de las controversias que suscita la eficacia inmediata de la causa de inelegibilidad descrita en el artículo 6.2 b) de la LOREG, no hay que olvidar que el derecho de sufragio pasivo se trata de un derecho de configuración legal, no incondicionado o absoluto, pudiendo el legislador establecer limitaciones o restricciones. Por lo demás, solo restaría apuntar que precisamente en el ámbito local el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local, y que este principio se ha consagrado para los municipios con una especial intensidad debido al artículo 140 de la CE. Ese plus de legitimidad democrática predicable de los municipios es otro argumento más al que recurre el Consello Consultivo de Galicia para defender su postura en esta materia.

## 6

### **La falta de capacidad jurídica para ser elegible, el instituto jurídico de la inelegibilidad y la transformación de los supuestos de inelegibilidad en causas de incompatibilidad**

A las consideraciones precedentes se añade la necesidad de recordar que la falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad, aunque tan solo sea por la circunstancia de

<sup>8</sup> Este precepto establece: “En el ejercicio de su cargo, los miembros de las Corporaciones Locales observarán, en todo momento, las normas sobre incompatibilidades establecidas en el ordenamiento vigente y se abstendrán de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de cualquier asunto si concurren en él algunas de las causas a que se refiere la legislación sobre procedimiento administrativo y la de contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros de las Corporaciones Locales en que concurren las mencionadas causas comportará, si fue determinante, la invalidez de los actos en que intervinieron”.

que el propio artículo 6.1 de la LOREG distingue ambas categorías cuando dispone que para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, no se ha de estar incurso en una de las causas de inelegibilidad que enumera a continuación el precepto.

Por ello, las causas que pueden provocar la inelegibilidad de un candidato electoral no son solo las que el artículo 6 de la LOREG dispone, pues deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal, como el Código Penal, el Código Civil o, para el caso de las elecciones autonómicas, los estatutos de autonomía y demás leyes autonómicas, que regulan ciertos extremos de la capacidad jurídica para ser elector, como la edad, la vecindad administrativa o autonómica o la capacidad de obrar jurídica, o las causas de su pérdida, suspensión o privación (en especial, las penas de suspensión del derecho de sufragio o la de suspensión de cargo público –SSTC 80/1987, 158/1991, 7/1992 y 166/1993–), que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el artículo 23.2 de la CE, y que, en la medida en que no se trata de causas de inelegibilidad en sentido técnico y estricto, no se ven afectadas por la reserva material de ley establecida por el artículo 70.1 de la CE.

Las SSTC 7/1992, 144/1999 y 55/2014 han señalado las diferencias entre la incompatibilidad por inelegibilidad derivada de una resolución judicial y las incompatibilidades parlamentarias. Como señala esta última resolución, el derecho de sufragio pasivo guarda íntima conexión con la inelegibilidad y esta con el derecho electoral, a diferencia de las incompatibilidades ordinarias que corresponden al derecho parlamentario. Por eso, resultan competentes las juntas electorales, porque se trata de una causa de inelegibilidad sobrevenida que priva del derecho de sufragio pasivo “ope legis” al cargo electo. Esta naturaleza de incapacidad electoral absoluta es lo que justifica la intervención de las juntas electorales, a diferencia de lo que sucede en las incompatibilidades parlamentarias, en las que es la Cámara legislativa correspondiente la que debe declararlas.

En nuestra opinión, el hecho de que los ordenamientos autonómicos se hayan adentrado en la determinación de la capacidad jurídica para ser elector y en la identificación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad es un factor que quizás haya favorecido que se difunda esa incorrecta impresión de que LOREG no es de aplicación directa en las comunidades autónomas. Sin embargo, esa idea ya se ha refutado exponiendo: “Justamente es esa previsión de la LOREG la que hace entrar en juego el efecto extrapenal de la sentencia condenatoria. No hay necesidad de la intervención del Parlamento autonómico ni de que su Reglamento de funcionamiento prevea o no tal causa de pérdida de la condición de diputado. Ciertamente el Texto Refundido

del Reglamento del Parlamento de Cataluña, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento el 27 de febrero de 2018 no incluye, en su art. 24, la causa aquí examinada como causa de la pérdida de condición de parlamentario más, debemos insistir, tal previsión resulta innecesaria dado lo establecido en la LOREG. No estamos frente a una hipotética aplicación supletoria de las normas de funcionamiento de las Cortes Generales inviable en nuestro sistema constitucional (STC 179/1989, de 2 de noviembre) sino frente a unas normas que resultan de aplicación directa en las Comunidades Autónomas a tenor de lo prevenido por la disposición adicional primera, apartado segundo, de la LOREG. Caso de reproducir la normativa estatal, como hace la ley electoral vasca, comparte la cámara autonómica tal competencia con la Administración electoral que la ostenta en razón de lo establecido en el art. 19.1 de la LOREG” (STS de 28 de abril de 2022, RJ 7).

En cuanto a las concretas causas de incompatibilidad, interesa destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, pero no a la inversa. Como puntualiza el Tribunal Supremo, “nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden el convertirse, en quien concurren, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el art. 4, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aún elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño (STC 45/1983, de 25 de mayo, FJ 5). De esta forma, los supuestos de inelegibilidad se transforman en causas de incompatibilidad por expresa previsión del legislador si, aun no concurriendo la tacha cuando el representante concurrió a las elecciones como candidato, una vez electo y, mientras ostente la condición de parlamentario, pretendiera acceder a algunos de los cargos calificados como inelegibles que, en ese momento, se transformarían en causas de incompatibilidad. Así sucede con los supuestos previstos en el art. 6 de la LOREG, que resultan de aplicación en las Comunidades Autónomas a tenor de lo prevenido por la disposición adicional primera, apartado segundo, de la misma norma” (STS de 28 de abril de 2022, RJ 7).

A fin de hacer efectivo el artículo 6.2 b) de la LOREG, no es exigible la actuación de la corporación local, el Parlamento o la Administración electoral. Con absoluta contundencia el Consello Consultivo de Galicia nos disuade de esa creencia, al afirmar: “La eficacia extrapenal de la condena es imperativa, por disposición de la LOREG, por lo que no puede hacerse depender



del conocimiento o de la declaración de la concurrencia de dicha causa por el Pleno de la Corporación o por la Junta Electoral Central, sin perjuicio de que sea preciso que sí se produzca una toma de conocimiento con el fin de arbitrar los mecanismos que garanticen el restablecimiento del normal funcionamiento de la Corporación ante la vacancia producida”.

Por lo que se refiere al papel que juega la Administración electoral ante una situación de este estilo, debemos incidir en que las competencias de las juntas electorales no concluyen con el proceso electoral, sino que hay atribuciones que se mantienen durante todo el mandato de los electos, en particular la ya citada del artículo 19.1 l) de la LOREG, a efectos de proceder a las sustituciones que puedan producirse en los supuestos legales establecidos. Tal precepto no confiere explícitamente a la Administración electoral la facultad de declarar la inelegibilidad sobrevenida concluido el proceso electoral. Pero cabe considerarla inherente a la de expedir las credenciales, pues esta incluye la de comprobar la adecuación al ordenamiento jurídico de los supuestos de sustitución de representantes (STS núm. 572/2021, de 28 de abril, FJ 2).

## 7

### ¿El procedimiento de revisión de oficio se podría ver impedido por los límites previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015?

Como es sabido por todos, el artículo 110 de la LPACAP limita la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias concurrentes y los bienes jurídicos en juego.

Comenzando por el elemento temporal, el Consello Consultivo de Galicia descarta que el ejercicio de la acción de revisión no sea recomendable porque el plazo transcurrido resulte excesivo y desproporcionado, afectando a la seguridad jurídica generada. El lapso de tiempo transcurrido desde que se dictaron los actos cuya revisión se pretende es escaso, pues datan de 2017 y 2018.

Para el Consello Consultivo de Galicia, la actitud del alcalde tampoco puede pasar desapercibida. No es un tercero ajeno ni a la producción de los actos cuya nulidad se pretende (que fueron dictados por él), ni al vicio de nulidad que nos ocupa. El alcalde tenía el deber de conocer y de observar en todo momento las normas sobre incompatibilidades, y además fue advertido en diversas ocasiones tanto por la secretaria como por la interventora municipal, desde que aquellas tuvieron conocimiento de la existencia de la sentencia condenatoria del juzgado, de la concurrencia de causa de incompatibilidad, de

la situación irregular en la que por tal motivo se encontraba la organización municipal, así como de los vicios de los actos que dictara en el ejercicio del cargo de alcalde (incluido el planteamiento, por la interventora municipal, de reparos específicos respecto de su retribución como alcalde; reparos que fueron expresa y conscientemente levantados por el alcalde al dictar los decretos de aprobación de nóminas).

Debido a que no se trata de un tercero ajeno a la producción de los actos cuya revisión se pretende y al vicio de nulidad que nos ocupa, el Consello Consultivo de Galicia no considera que la declaración de nulidad permitiría amparar un enriquecimiento injusto de la Administración a través del deber de devolución de las cantidades percibidas. No estamos tampoco ante un supuesto en el que quepa extrapolar la doctrina sobre el funcionario aparente, que ocupa su puesto con apariencia de legitimidad, creándose una situación en la que aquel obra de buena fe y movido por una garantía legítima digna de protección. En el presente caso el alcalde tenía el deber de conocer y conocía efectivamente su situación de incompatibilidad y las consecuencias que llevaba consigo mantenerse en el ejercicio del cargo. Según el Consello Consultivo de Galicia, resultan ilustrativas en este sentido la STSJ de Canarias de 30.1.2015, Rec. 122/2014 (citada en el informe de la secretaria municipal emitido en el curso de la instrucción del procedimiento), y la STSJ de Extremadura de 25.1.1999, Rec. 3352/1994.

Como colofón, atendiendo a los bienes jurídicos en juego, no es factible apreciar una situación merecedora de tutela que deba anteponerse al ejercicio de la potestad revisora. En este caso, la causa de incompatibilidad determinante de la concurrencia de la causa de nulidad conecta con intereses públicos esenciales como son la “preservación de la calidad de la democracia y la confianza de los representados en sus representantes en instituciones democráticamente elegidas” (STS de 20.7.2021, antes citada).

## 8

### Conclusiones

Por todo lo expuesto en el presente estudio la Sección de Dictámenes del Consello Consultivo de Galicia, por unanimidad de sus miembros, informó favorablemente. A su juicio, desde el día siguiente a la notificación de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, produjo sus efectos la causa de incompatibilidad del art. 6.2 b) de la LOREG y, por lo tanto, tuvo lugar *ex lege* la pérdida de su condición de alcalde. En consecuencia, desde ese día y hasta la fecha de la toma de conocimiento por

el Pleno de su renuncia (el 24.8.2018) aquel careció de un requisito esencial para adquirir el derecho a la percepción de las cantidades recogidas a su favor en los correspondientes decretos de aprobación de nóminas, las cuales estarían así afectadas por la causa de nulidad del artículo 47.1 f) de la LPACAP; nulidad solo parcial, limitada a la parte referida al alcalde y al período indicado, en aplicación del artículo 49.2 de la LPACAP, conforme al cual: “La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes de este independientes de aquella, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no habría sido dictado”.

A nuestro entender, el Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia supone una nueva y necesaria mirada a un tema que, a pesar de que ya se ha abordado en sede judicial, parece que no es suficiente. El 22 de febrero de 2022 el Tribunal Supremo ha tenido todavía que rechazar la aplicación de una medida cautelar, aduciendo que lo contrario tendría como consecuencia la inaplicación práctica en muchos supuestos de las causas de inelegibilidad previstas en los apartados a) y b) del artículo 6.2 de la LOREG (Auto de 14 de febrero de 2022). Para hacer frente a aquellos que ponen reparos a la hora de respetar lo dispuesto en las leyes y lo dictaminado por el máximo responsable de la unidad de interpretación de la jurisprudencia en España, no estaría de más que no pasaran por alto el artículo 508.1 del Código Penal, a cuyo tenor “la autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.







## **NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES**

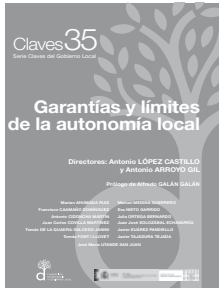
- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.  
Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.
- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.





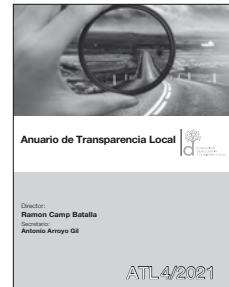


## ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



*Garantías y límites de la autonomía local*

*Anuario de Transparencia Local 2021*



*Revista Democracia y Gobierno Local, n.º 54*

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)



Inicio La Fundación Actividades Publicaciones Boletín Biblioteca Digital Actualidad



VER TODAS

### ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN

- 22 abril**  
Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2022 - Cuarta sesión, (Barcelona, 22 de abril de 2022)  
INSCRIPCIÓN a la 4a. Sesión
- 26 abril**  
Jornada: «Transparencia y Buen Gobierno» (Lorena, 26 de abril de 2022)  
INSCRIPCIÓN a la Jornada

VER TODAS

### Últimas publicaciones:



Revista Democracia y Gobierno Local n° 54



Blockchain y Gobiernos locales



Cuadernos de Derecho Local n° 57



Los gobiernos locales ante el reto de los fondos europeos de recuperación





# QDL58ÍNDICE

## ESTUDIOS

### I. Sección monográfica

#### La digitalización de los Gobiernos locales

- 14 El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las entidades locales  
VALENTÍN MERINO ESTRADA
- 30 La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia  
AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
- 64 El régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones locales  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
- 88 La digitalización de los procedimientos en los Gobiernos locales: una tarea pendiente  
CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA

### II. Sección general

- 118 Delimitación entre contrato, convenio y subvención  
CARME SIBINA VIDAL
- 160 Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público  
JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

### CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 182 Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 15 de abril de 2022)  
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

### CRÓNICA CONSULTIVA

- 204 El pago de prestaciones ejecutadas sin cobertura contractual  
RAQUEL HURTADO SOTO
- 213 El plazo de caducidad en los procedimientos de resolución de contratos administrativos en la doctrina de los consejos consultivos autonómicos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 68/2021)  
PATRICIA BOIX MAÑÓ
- 244 La operatividad inmediata de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 b) de la LOREG (comentario del Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia)  
ANDREA GARRIDO JUNCAL

