

Las políticas de buen gobierno en Andalucía (I): Digitalización y transparencia.

Federico A. Castillo Blanco
Susana E. Castillo Ramos-Bossini
Severiano Fernández Ramos
José María Pérez Monguío



Junta de Andalucía

Consejería de la Presidencia,
Administración Pública e Interior

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (I):
DIGITALIZACIÓN Y TRANSPARENCIA.**

**INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
SEVILLA - 2022**

**LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (I):
DIGITALIZACIÓN Y TRANSPARENCIA.**

Directores:

Federico A. Castillo Blanco.

Severiano Fernández Ramos.

José María Pérez Monguío.

Coordinadora:

Susana E. Castillo Ramos-Bossini.

Las políticas de Buen Gobierno en Andalucía: Digitalización y Transparencia.
Directores: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos, José M^a
Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini

Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. 2022. 472 p. ; 24 cm. -
(Estudios).

Forma parte de: Las políticas de Buen Gobierno de Andalucía.
Directores: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos, José M^a
Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini
Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022.- 2 v.
ISBN 978-84-8333-728-8 (Obra Completa)
Depósito Legal: SE-703-2022
ISBN: 978-84-8333-729-5

1. Administración pública. 2. Transición digital. 3. Administración electrónica.
4. Firma electrónica. 5. Procedimiento administrativo electrónico. I. Castillo
Blanco, Federico A. II. Fernández Ramos, Severiano III. Pérez Monguió, José M^a.
IV. Castillo Ramos-Bossini, Susana E. V. Instituto Andaluz de Administración
Pública.

El contenido de este libro se ha realizado en el marco del Programa Operativo
FEDER 2014-2020/Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento.
Proyecto I+D+I B-SEJ-314-UGR18 "Instrumentos Para El Buen Gobierno de las
Cosas Públicas: Ética, Transparencia e Integridad Pública"



RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR
ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (I):
DIGITALIZACIÓN Y TRANSPARENCIA.

AUTORES: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos y José María
Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini



© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y maquetación: Imprenta Flores

Impresión: Servicio de Publicaciones y BOJA

ISBN: 978-84-8333-729-5

Depósito Legal: SE -703-2022

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: DIGITALIZACIÓN	21
LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA	23
I. INTRODUCCIÓN	23
II. EVOLUCIÓN DE LA TRANSICIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA: DE LOS ORÍGENES A LA ACTUALIDAD	25
II.1. Etapa de florecimiento y vanguardia.....	26
II.2. Etapa de decaimiento y debilidad.....	27
III. SITUACIÓN ACTUAL: NUEVO FLORECIMIENTO	28
III.1. El impulso normativo.....	29
III.2. La reestructuración organizativa.....	32
III.3. Nuevas herramientas y licitaciones.....	34
III.4. Cep@!: el catálogo electrónico de procedimientos de la Administración local.	34
IV. DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA.	35
IV.1. Inteligencia artificial.....	35
IV.3. Interoperabilidad.....	41

IV.4. Otros desafíos.....	42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43
EL FACTOR DIGITAL COMO PALANCA DE REFORMA ADMINISTRATIVA POST PANDEMIA	49
I. INTRODUCCIÓN	49
II. LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y EL BUCLE INFINITO DE LA MEJORA DEL VALOR PÚBLICO	51
III. LA TECNOLOGÍA COMO PILAR DEL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL	53
III.1. La tecnología que se ha incrustado nuestras vidas	53
III.2. La digitalización pública en los primeros ciclos de reforma y durante la pandemia de la COVID-19	56
III.3. La tecnología como palanca de creación de valor público	59
III.4. La tecnología en las relaciones interadministrativas	60
IV. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	62
V. LA TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON LA REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO.....	66
VI. EL FUTURO MÁS INMEDIATO. PLANES PARA ACELERAR LA DIGITALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA	68
VII. CONCLUSIONES	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73
PUNTOS DE ACCESO ELECTRÓNICO, REGISTRO ELECTRÓNICO Y CARPETA CIUDADANA.	79
I. INTRODUCCIÓN: LA PUESTA EN MARCHA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y SUS DIFICULTADES.....	79
II. LOS PUNTOS DE ACCESO ELECTRÓNICO: CONCEPTO Y PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.	82
II.1 Portal General de la Junta de Andalucía.....	86

II.2 Portales específicos.	87
II.3 La Sede electrónica.	90
II.3.1 Sede electrónica general.....	93
II.3.2 Sedes electrónicas específicas, derivadas y compartidas.....	94
III. LOS REGISTROS ELECTRÓNICOS.....	95
III.1 La regulación del registro electrónico en la legislación procedimental común.	95
III.2 La legislación autonómica de Andalucía en materia de registro electrónico.....	101
III.2.1 Las comunicaciones externas: el Registro electrónico único.....	101
III.2.2 Las comunicaciones electrónicas interiores en la Administración de la Junta de Andalucía.....	103
III.3 El Registro electrónico de apoderamientos.....	105
III.4 El Registro electrónico de funcionarios habilitados.....	106
III.5 El rechazo de escritos en el Registro Electrónico.....	106
III.6 La utilización de formatos electrónicos formalizados.	108
IV. LA CARPETA CIUDADANA.....	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113
EL ARCHIVO Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	115
I. INTRODUCCIÓN: DOCUMENTO, AUGE DE LA TECNOLOGÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA.....	115
II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO SEGÚN LA LEGISLACIÓN (DEL DOCUMENTO PAPEL AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO)	119
II.1. Del documento papel al documento electrónico; aproximación a la concepción jurídica de documento	119
II.1.1. Concepto jurídico de documento y sus funciones	119
II.1.2. Nuevos soportes para el documento.....	121
II.2. El documento administrativo electrónico en la legislación.....	123
II.2.1 El documento administrativo en la normativa administrativa	123

II.2.2. <i>El documento administrativo como medio de prueba. La clasificación de los documentos</i>	125
II.2.3 <i>El documento administrativo electrónico como medio de prueba; su relación con la firma electrónica</i>	129
II.3. El documento administrativo electrónico	130
II.3.1 <i>Documento administrativo electrónico como soporte del acto administrativo; diferencias entre ambos</i>	130
II.3.2 <i>Competencias legislativas en relación al documento administrativo electrónico</i>	134
II.3.3. <i>Requisitos de validez de los documentos electrónicos</i>	135
II.3.4 <i>El Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad y las Normas Técnicas de Interoperabilidad</i>	141
II.4. Intercambio electrónico de datos y documentos electrónicos en el ámbito administrativo, transmisión y protección de datos	144
III. LAS COPIAS ELECTRÓNICAS DE DOCUMENTOS EN LA LPAC Y RDAE ..	148
III.1. Las copias de documentos como presupuesto del ejercicio de los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo	148
III.2. Régimen jurídico básico de las copias de documentos y transformaciones posibles según la Ley: criterios y requisitos	149
IV. EL ARCHIVO ELECTRÓNICO	152
IV.1 Introducción: el archivo y la política de gestión de documentos electrónicos	152
IV.2 La normativa reguladora de los archivos; distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas	154
IV.3. Regulación básica del Estado en materia de archivo electrónico y su conservación y gestión.	155
IV.3.1. <i>¿Qué documentos deben archivarse?</i>	155
IV.3.2. <i>El archivo electrónico único</i>	156
IV.3.3. <i>La conservación y destrucción de los documentos</i>	158
IV.3.3.1 <i>Conservación y destrucción de los documentos en la legislación estatal básica</i>	158
IV.3.3.2 <i>La valoración documental y la Comisión Andaluza de Valoración de Documentos</i>	160
IV.3.4 <i>El acceso a los documentos de archivo; breve referencia a la política de gestión documental</i>	161
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICAS UTILIZABLES POR LA CIUDADANÍA Y POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	169
I. INTRODUCCION GENERAL	169
II. REGIMEN GENERAL DE LAS FIRMAS, SELLOS Y CERTIFICADOS	174
II.1 Delimitación de conceptos	174
II.2 Concepto y régimen de la prestación de servicios de confianza	176
III. LOS SISTEMAS DE IDENTIFICACION Y FIRMA ELECTRÓNICA DE LOS CIUDADANOS	177
III.1 Planteamiento general	177
III.2 Sistemas de identificación de los interesados	179
III.3. Sistemas de firma de los interesados admitidos por las Administraciones publicas	181
III.4 El deber de asistencia en el uso de medios electrónicos	183
III.5 Actuaciones de los interesados por medio de representante	183
IV. SISTEMAS DE IDENTIFICACION Y FIRMA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS	184
IV.1. Política de firma	184
IV.2 La plataforma estatal de verificación.	184
IV.3 Régimen jurídico de identificación y firma de las Administraciones públicas	185
V. MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICA EN EL DECRETO ANDALUZ 622/2019 DE 27 DICIEMBRE	188
VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 MAYO DE 2021: LA AMPLIACIÓN DEL DEBER DE SUBSANAR LA FIRMA ELECTRÓNICA	191
VII. CONCLUSIONES	193
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195

AVANCES EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA.	197
I. INTRODUCCIÓN: LA ACEPTACIÓN DEL CAMBIO	197
II. REFLEXIONES SOBRE LA CONEXIÓN INEXORABLE ENTRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.	199
II.1. El dominio tecnológico desde la óptica del Derecho Administrativo.	199
II.2. Algunos datos reales sobre la posición de nuestras Administraciones públicas en la conquista tecnológica: un gran esfuerzo que va dando sus frutos.	200
III. LA METAMORFOSIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL EN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO: ADAPTACIÓN DE PRINCIPIOS, MISMAS GARANTÍAS Y DIFERENTES HERRAMIENTAS.	204
III.1. Revisión de principios y nuevos postulados en una institución que sigue siendo garantía para los ciudadanos.	206
III.2. Un nuevo diseño como oportunidad hacia la simplificación procedimental.	207
III.2.1. <i>La búsqueda constante por la sencillez en la actuación administrativa.</i>	207
III.2.2. <i>Especial referencia a la triple “A” (Actuaciones Administrativas Automatizadas) como herramientas de simplificación administrativa.</i>	209
III.3. La interoperabilidad como principio pacificador hacia la administración electrónica.	210
III.4. La Inteligencia artificial como instrumento procedimental.	213
IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA: DESCUBRIENDO NUEVOS SENDEROS.	215
IV.1. La normativa como motor y las nuevas tecnologías como brújula y guía hacia la buena administración en Andalucía.	215
IV.2. Un nuevo impulso a la administración electrónica: el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre.	216
IV.2.1. <i>Mejoras en el procedimiento administrativo y nuevas tecnologías: principios generales.</i>	217
IV.2.2. <i>La simplificación y racionalización procedimental y organizativa de la Administración andaluza.</i>	218

IV.2.2.1. Nuevos parámetros y criterios de actuación.	218
IV.2.2.2. Registro y Catálogo de Procedimientos y servicios.	222
IV.2.2.3. Formularios, información básica y seguridad jurídica.	224
IV.3 El impulso de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo y en la gestión documental.	226
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	229
LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS.	233
I. INTRODUCCIÓN.	233
II. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DIGITAL.	234
III. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO REGULADOR DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS, EN ESPECIAL LAS OBLIGATORIAS, Y SUS GARANTÍAS.	236
III.1 Sujetos obligados a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.	236
III.2 Régimen jurídico aplicable a las notificaciones electrónicas.	239
III.2.1 <i>Notificación electrónica como regla general.</i>	239
III.2.2 <i>La práctica de las notificaciones: sede electrónica y dirección electrónica habilitada única.</i>	241
III.2.3 <i>El aviso de puesta a disposición de la notificación y el acuse de recibo.</i>	243
III.2.4 <i>Validez de la notificación.</i>	245
III.2.5 <i>Peculiaridades en Andalucía.</i>	247
IV. POLÉMICA A DILUCIDAR POR EL TS SOBRE LA VALIDEZ DE LAS NOTIFICACIONES REALIZADAS EN PAPEL A SUJETOS OBLIGADOS	251
IV.1 Planteamiento general.	251
IV.2 La postura de los Tribunales Superiores de Justicia: una doctrina contradictoria.	251
IV.3 ¿Surte efectos la notificación en papel practicada de forma correcta?	252
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	255

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS	259
I. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	259
II. LA CONFIGURACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA	261
II.1. Elementos basales de la actuación administrativa automatizada.....	262
II.1.1. Actuación realizada a través de medios electrónicos.....	263
II.1.2. Actuación en el marco de un procedimiento administrativo.....	263
II.1.3. Actuación sin intervención directa de empleado público.....	264
II.2. La seguridad de la actuación administrativa automatizada.....	269
II.3. La transparencia de la actuación administrativa automatizada.....	270
III. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS	272
III.1. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas.....	273
III.2. Los robots y la automatización de la administración.....	274
III.3. El uso de algoritmos en la automatización de las Administraciones públicas.....	276
IV. RIESGOS DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	277
V. EL USO DE DATOS PARA LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	279
VI. EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO	281
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	283
LA SEGURIDAD EN EL USO DE LA TECNOLOGÍA Y COMUNICACIONES	289
I. CONSIDERACIONES INICIALES	289
II. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA SEGURIDAD DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN	291
II.1. Examen del Marco Normativo General de la Seguridad de la Información.....	291

II.1.1. Examen de la legislación de carácter básico.....	291
II.1.2. La Autorregulación: mejores prácticas de seguridad.....	301
III. BREVE APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA GENERAL SOBRE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN	303
IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL SOBRE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	305
IV.1. El marco jurídico general autonómico sobre seguridad de la información y comunicaciones.....	305
IV.2. Examen del régimen autonómico en materia de seguridad de la información y comunicaciones.....	306
IV.2.1. Los Ámbitos de Planificación y Organizativo.....	307
IV.2.2. El Ámbito Jurídico material.....	310
IV.3 Una Valoración general y algunas propuestas sobre la implementación de la seguridad de la información y comunicaciones.....	312
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	317
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANDALUZA	319
I. EL AVANCE DE LA SOCIEDAD DIGITAL Y LOS EFECTOS EN LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN	319
II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANDALUZA	321
II. 1. Las normas de cabecera y el reglamento de desarrollo.....	321
II. 2. El régimen jurídico de los derechos digitales: breves consideraciones.....	323
II.3. Estudio comparativo de la correspondencia de los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública recogidos en la Carta de los Derechos Digitales y la legislación andaluza.....	324
II.3.1. El derecho a la igualdad en las relaciones digitales y el establecimiento de alternativas físicas a estos medios.....	324
III.3.2. Los principios de transparencia y reutilización de la información.....	326

II.3.3. Los caracteres de las tecnologías propias de la Administración.....	329
II.3.4. La identificación de los órganos responsables.....	332
II.3.5. A modo de conclusión parcial sobre la adecuación del régimen jurídico de la Administración electrónica andaluza a las consideraciones generales de los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administración.....	333
III. EL MODELO SISTEMÁTICO DE ACTUACIÓN PARA DISEÑAR UN AUTÉNTICO MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN: EL PARADIGMA DE OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	334
III.1. El plan de conversión.....	334
III.2. Los datos y su análisis como eje de la conversión del sistema.....	336
III.2.1. Los datos ad intra.....	336
III.2.2. Los datos ad extra.....	337
III.3. Los derechos derivados de la implantación de las tecnologías de la Revolución Digital en la Administración.....	339
III.4. Los servicios públicos digitales y los derechos de los ciudadanos.....	340
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	343
SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA	
LA TRANSPARENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.....	
I. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y LOCALES.....	349
I.1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de transparencia.....	349
I.2. Las competencias de los entes locales.....	354
II. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE TRANSPARENCIA PÚBLICA DE ANDALUCIA Y NORMAS DE DESARROLLO.....	356
II.1. Aspectos generales de la Ley 1/2014.....	356
II.1.1. Ámbito de aplicación.....	356
II.1.2 Principios básicos.....	358
II.1.3 Derechos.....	361

II.1.4 Obligaciones.....	363
II.1.5 El mandato de fomentar la transparencia.....	365
II.2. Normas de desarrollo.....	366
II.2.1 Normativa de desarrollo a nivel autonómico.....	366
II.2.2 El desarrollo de la Ley de transparencia por las entidades locales.....	368
III. CONFIGURACIÓN Y TRAYECTORIA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA.....	369
III.1. La naturaleza jurídica del Consejo.....	369
III.2. La singularidad del Consejo andaluz en el marco del Estado Autonómico.....	371
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	373
LA PUBLICIDAD ACTIVA: RÉGIMEN DE LA LEY 1/2014 Y FISCALIZACIÓN POR EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ANDALUCÍA Y LA CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA.....	
I. LA PUBLICIDAD ACTIVA: RÉGIMEN DE LA LEY 1/2014.....	375
II. EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD ACTIVA POR EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ANDALUCÍA.....	376
II.1. El Consejo como autoridad de control de la publicidad activa.....	376
II.1.1. Funciones generales de asesoramiento y consulta.....	377
II.1.2. Funciones ejecutivas de control.....	378
II.2. La planificación y control de la publicidad activa.....	379
II.2.1. El Plan de Actuación Bienal.....	380
II.2.2. El Plan de Control e Inspección sobre Publicidad Activa.....	381
II.3. Las resoluciones del Consejo de Transparencia.....	384
II.3.1. Las resoluciones de procedimientos iniciados de oficio.....	384
II.3.2. Las resoluciones de procedimientos iniciados por denuncia.....	385
II.4. El informe de rendición de cuentas de su actividad de control.....	387
III. EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD ACTIVA POR LA CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA.....	389
III.1. La vinculación de la Cámara de Cuentas de Andalucía con el principio de transparencia.....	389

III.2. La función fiscalizadora de la Cámara de Cuentas de Andalucía	391
III.3. La independencia de la Cámara de Cuentas como garantía de transparencia	393
III.4. La planificación y control de la transparencia	396
III.4.1. El Plan Estratégico.....	396
III.4.2. El Plan de Actuación.....	397
III.5. El informe de fiscalización de su actividad de control	399
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	401
LA LEY DE TRANSPARENCIA PÚBLICA DE ANDALUCÍA, LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS Y SU REVISIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL	
I. CUESTIONES GENERALES	403
I.1. Naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública.	404
I.2. La publicidad activa y su relación con el derecho de acceso a la información pública.....	404
II. ÁMBITO SUBJETIVO: QUIENES PUEDEN EJERCER EL DERECHO Y ANTE QUIENES	405
III. EL OBJETO DEL DERECHO	408
IV. LÍMITES	409
IV.1 Aspectos generales	409
IV.2. Límites conectados con el interés público: seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, política económica y monetaria, medio ambiente	410
IV.3. Límites que protegen la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales	410
IV.4. Límites conectados con la protección de derechos e intereses de contenido económico	412
IV.5. El límite de la privacidad.....	413
IV.5.1. Alcance y normativa aplicable.....	413
IV.5.2. Categorías de datos personales.....	416
IV.5.3 La disociación y el acceso parcial.....	419
IV.5.4. La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos	420

V. EL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO	421
V.1. La solicitud de acceso. En especial, las causas de inadmisión.....	421
V.1.1. Contenido y medios de presentación.....	421
V.1.2. Las causas de inadmisión.....	423
V.2. La tramitación.....	429
V.2.1. La remisión de la solicitud a un sujeto distinto de aquel al que se dirige la petición	430
V.2.2. La audiencia a terceros	431
V.3 La resolución.....	431
VI. LA FORMALIZACIÓN DEL ACCESO.....	433
VII. REGULACIONES ESPECIALES DEL DERECHO DE ACCESO	434
VII.1 Acceso por los interesados a información relativa a procedimientos en curso	435
VII.2. Regímenes jurídicos específicos de acceso a la información.....	436
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	441
TRANSPARENCIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO FISCAL	
I. TRANSPARENCIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN	443
I.1. El punto de referencia	444
I.2. Reflejo en nuestro país y en Andalucía.....	446
II. BUENA ADMINISTRACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS.....	449
II.1 Interdicción de la arbitrariedad: equidad, imparcialidad y objetividad ..	452
II.2. La necesidad de resolver	454
II.3. Motivación del acto administrativo	457
II.4. La exigencia de resolución en un plazo razonable	459
II.5. Acceso al expediente y derecho a formular alegaciones.....	463
III. BREVE BALANCE: HACIA DÓNDE VA LA “BONDAD” DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA	465
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	469

**PRIMERA PARTE:
DIGITALIZACIÓN**

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA

Eduardo Gamero Casado¹

I. INTRODUCCIÓN

La administración digital es una necesidad estructural. A estas alturas es innecesario recordar las ventajas que representa, tanto para mejorar la gestión administrativa (*back office*) como las relaciones con la ciudadanía, contribuyendo a la reducción de cargas y a la mejora de la competitividad. Es por tanto una política indefectible en todas las Administraciones públicas.

Si quedaba alguna duda, la pandemia ha terminado de despejarla. En una situación de confinamiento forzoso como la que ha atravesado el planeta, la respuesta de las Administraciones públicas no puede ser el cierre de los servicios y la suspensión de la tramitación de los procedimientos administrativos. No solo porque los servicios no pueden dejar de prestarse, sino porque esa cancelación de actividad incrementa exponencialmente los devastadores efectos de la crisis económica. Por ofrecer un solo dato, la contratación pública representa en España más de 60.000 millones de euros/año, es decir, casi un 11% de todo el gasto público. Esto significa que la suspensión -y posterior retraso en la tramitación- de los procedimientos administrativos puede llegar a detraer esa cifra del capital circulante, agravando

¹ Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y Consejero Académico de la firma Montero | Aramburu Abogados. Académico correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España. Autor de nueve monografías y director o coordinador de otras doce, así como de centenar y medio de artículos de revista y capítulos de libro, y de varios manuales docentes. Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública. Premio de Investigación de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Director de varios proyectos de investigación de excelencia del Plan Nacional de I+D+i y del Plan Andaluz de investigación.

ORCID: 0000-0002-6734-8672

Correo-e: gamero@upo.es

más aun la contracción económica. A estas alturas, con la imposición del canal electrónico para las licitaciones y el impulso que han cobrado las plataformas de contratación, es inaceptable que se adopte una medida tan nefasta como la suspensión de los procedimientos de contratación. A lo que se puede añadir la paralización de los procedimientos de autorización o licencia de nuevas iniciativas económicas, el otorgamiento de subvenciones a proyectos, etc.

El título que le vino dado a esta aportación puede dar a entender que la administración digital es un proceso en el que puede señalarse un inicio y un fin. Nada menos cierto. El continuo avance tecnológico obliga a una permanente revisión y actualización de la administración digital, tanto de las soluciones y herramientas que se implanten como de su régimen jurídico. La vicariedad servicial de la Administración (arts.9.2 y 103.1 CE) obliga a que sus medios se adapten continuamente al entorno socio-económico, pues en otro caso no estará a la altura de las necesidades que se le pide atender.

La evolución que se ha experimentado en esta materia no ha sido lineal. Pueden observarse diferentes etapas. Como veremos enseguida, durante las dos primeras décadas hemos asistido al desarrollo de una administración electrónica que podemos llamar “clásica”, atendiendo a problemas de régimen jurídico como la firma electrónica, los registros, las notificaciones, la digitalización del procedimiento y la producción y gestión documental.

Y a pesar de que esa etapa pudiera parecer inconclusa, observamos que la tercera década del siglo XXI nos abre un nuevo período con cuestiones diametralmente diferentes: la irrupción de nuevas tecnologías que suponen un cambio sustancial de coordenadas y de las reglas del juego. Me refiero, en primer lugar, al empleo de algoritmos y de inteligencia artificial en el sector público, planteando una problemática jurídica de muy diferente naturaleza a la que veníamos atendiendo hasta ahora, debiendo construir un nuevo marco regulatorio, y mientras se promulga, aplicar a estas tecnologías los principios y reglas generales del Derecho, especialmente por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, el dato, o mejor dicho, el *big data*, se convierte en nuestros tiempos en una mercancía preciosísima, mediante la que se alimentan los sistemas de inteligencia artificial; el hecho de que las Administraciones públicas sean grandes detentadoras de datos, deficientemente estructurados, nos plantea la necesidad de articular soluciones para su estructuración y puesta a disposición. A estas dos cuestiones básicas de nuestro inminente futuro (de nuestro presente ya), se le añaden otros problemas no menores: la ciberseguridad, el teletrabajo, etc. Podemos decir que durante la primera etapa se ha consolidado un *suelo* de administración digital, que debe ser el objetivo primario a cubrir por cualquier

Administración pública; y que en la segunda nos planteamos ya cuestiones *avanzadas* de administración digital, que evidencian, por una parte, la necesidad de adaptación continua a la que aludíamos al principio, pero también, que la problemática jurídica de la administración digital evoluciona paralelamente a las tecnologías que la sustentan, obligándonos igualmente a un continuo proceso de reflexión y análisis jurídico.

En este capítulo analizaremos cómo ha ido afrontando Andalucía estos fenómenos de transformación hacia la administración digital, entendida como proceso interminable e inevitablemente inconcluso. El trabajo se articula en tres partes: la evolución de la transición digital de la administración autonómica andaluza desde los orígenes a la actualidad; la situación en que actualmente se encuentra; y los desafíos que debe afrontar en el futuro inmediato.

II. EVOLUCIÓN DE LA TRANSICIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA: DE LOS ORÍGENES A LA ACTUALIDAD²

En la materia en examen es obvio que hemos atravesado diferentes etapas. Las dos primeras décadas del siglo XXI obedecen a lo que podemos calificar como *período clásico*, rubricado con la etiqueta de *administración electrónica*. En estos años se construyó el régimen jurídico primario de la materia, abordando la regulación de cuestiones transversales que se han ido replicando en los diferentes Ordenamientos jurídicos en relación con la actuación administrativa por medios electrónicos: la firma electrónica, los registros, las notificaciones, las especialidades del procedimiento y la producción documental... Son cuestiones ya muy asentadas aunque persistan graves deficiencias no solo en la regulación de ese marco, sino también en su aplicación práctica (especialmente, por lo que se refiere a la pérdida de derechos en las relaciones electrónicas), así como en la implementación de soluciones de administración digital, pues queda todavía lejos el objetivo de lograr que los procedimientos administrativos puedan tramitarse íntegramente en soporte electrónico. Los problemas son conocidos y su adecuado régimen jurídico se encuentra ya bastante asentado [acerca de las obras de referencia para conocer estas cuestiones, véanse Barnés, 2000; Agirreazkuénaga y Chinchilla, 2001; Bauzá, 2002; García Rubio, 2003; Punzón (coord.) 2005; Valero, 2007; Gamero y Valero (Coords.) 2010 (1ª ed. En 2007); Cerrillo, 2007 y 2008; Palomar, 2007; Barriuso, 2007; Blasco, 2008; Martínez Gutiérrez, 2009; Cotino y Valero (Coords.), 2010;

² Sobre este período puede verse Gamero: 2011.

Davara, 2010; Piñar (Coord.), 2011; Martín Delgado (Coord.), 2017 y 2020; los variados capítulos que afrontan el régimen de la administración electrónica en Gamero (Dir.), 2017; Menéndez, 2017; Gómez Puente, 2018; Berning, 2019; Puentes y Quintiá, 2019; Cotino, 2021; Martín Delgado y Moreno Molina (Dirs.), 2021; Esteban *et al.*, 2021; y Oliver, 2021]. En lo que respecta a estas cuestiones, actualmente de lo que se trata es de actuar, de acuerdo con las pautas y soluciones que ya conocemos. En este aspecto, aún queda recorrido por andar.

II.1. Etapa de florecimiento y vanguardia.

Se extiende desde principios de siglo hasta 2009. Durante este período Andalucía se convirtió en un verdadero referente en administración electrónica, tanto en el plano normativo como en el desarrollo de soluciones. Esta etapa de florecimiento obedece a una combinación de factores: 1) La aglutinación del conjunto de competencias en un mismo centro directivo, que facilitó la coordinación de toda la organización; 2) La conexión de las políticas de administración electrónica con las de simplificación en ese mismo centro directivo; y 3) El liderazgo político que convirtió estas iniciativas en una prioridad. Este cúmulo de circunstancias se tradujo en una serie de hitos.

Comenzando por el plano normativo, se aprobó legislación pionera, el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet), que constituye no solo una de las primeras normas que regula esta cuestión en el Derecho autonómico, sino también en todo el Derecho comparado.

Durante esta etapa se aprobaron unos planes directores cuya configuración y ejecución resultaron cruciales. Primero, el Plan Director de Organización para la Calidad de los Servicios 2002/2005 (PLADOCES), aprobado por el Consejo de Gobierno de 23 de julio de 2002; y después, el Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de los Trámites 2006/2010. Promovieron la digitalización de procedimientos y generaron importantes herramientas de simplificación administrativa para acompañar el proceso.

En su ejecución tuvieron lugar desarrollos innovadores y punteros de administración electrónica. Por ejemplo, la plataforma de validación de firma @firma, un desarrollo genuinamente andaluz (fue diseñada por una empresa andaluza en virtud de un encargo de la Administración autonómica), que luego fue cedido a la Administración General del Estado y a la Unión Europea, llegando a recibir la “etiqueta de buena práctica” (Good Practice Label) de la Comisión

Europea a los mejores proyectos de administración electrónica de la UE. Todavía sigue en activo actualmente, tras sucesivas evoluciones.

En ese contexto se adoptaron decisiones estratégicas cuyo acierto vino a confirmarse después, y muy especialmente, la de desarrollar plataformas y herramientas comunes que serán compartidas por el conjunto de la Administración andaluza: el registro único @ries, el archivo único @rchiva, la plataforma única de notificaciones notific@... Fueron una apuesta pionera y muy sensata, que no solo optimizó los recursos económicos, sino que facilitó extraordinariamente la interoperabilidad, cuando esta cuestión distaba todavía de verse como un problema. Se evitó de este modo que los diferentes centros directivos hicieran por su cuenta desarrollos de estas plataformas y herramientas, convergiendo todos en las mismas soluciones. Esta decisión ha ahorrado mucho dinero a los andaluces, y ha facilitado que todos los desarrollos de administración electrónica que después se han ido sucediendo fueran interoperables con estas herramientas transversales de administración electrónica.

En este mismo período se aprobó la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, que incluyó un artículo específico (el 7) dedicado al impulso de la administración electrónica.

II.2. Etapa de decaimiento y debilidad.

A partir de esas fechas, y sobre todo, desde 2009 a 2017, se observa una gran parálisis en iniciativas de la Junta de Andalucía, tanto en lo que se refiere al desarrollo normativo como al impulso de la administración electrónica.

En cuanto a lo primero, no se llegaron a dictar normas adecuadas de desarrollo de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, cuyos contenidos debían ser objeto de desarrollo normativo por las distintas Administraciones públicas. La materia quedó huérfana de regulación.

Hubo un intento de tramitación de un Decreto de administración electrónica en 2009, pero no llegó a prosperar debido a una remodelación del Gobierno que supuso una reestructuración orgánica, fragmentándose la competencia en esta materia entre diferentes centros directivos, enclavados además en cuatro Consejerías diferentes (Administración Pública, Hacienda, Economía y Administración local), lo que complicó la transversalidad de las políticas y la coordinación de las iniciativas. Esta dispersión debe ser observada con una de las principales causas del retroceso que a partir de ese momento se produjo en la materia en examen. Perdieron impulso las iniciativas de simplificación administrativa y de digitalización de procedimientos

que se habían mantenido con anterioridad. Como claro exponente de la situación, cabe decir que la Junta de Andalucía es la única Administración autonómica que aún no tiene propiamente creadas las sedes electrónicas.

III. SITUACIÓN ACTUAL: NUEVO FLORECIMIENTO

Si atendemos a las estadísticas sobre la implantación administración electrónica en Andalucía, podemos apreciar que, a pesar de esta falta de estímulos, todavía se encuentra razonablemente bien posicionada en los rankings. Según el último informe de Ernst & Young (*La administración digital en España*, 2019), las CCAA mejor posicionadas son País Vasco, Galicia y Cataluña. Y las peores, Navarra, Aragón y Extremadura. Andalucía ocupa la sexta posición.

En este escenario, las entidades locales son las que se encuentran en peor situación. Según la última versión disponible del Informe IRIA (2018), un alto porcentaje de EELL no tienen servicios básicos de administración electrónica, como plataformas de notificaciones o pasarelas de pago; o, si los tienen, no los usan verdaderamente (caso especial de las notificaciones).

Desde 2017 se aprecia un cambio de tendencia, que viene suponiendo un renacer de las actuaciones en materia de administración electrónica. Estas actuaciones permiten que Andalucía pueda considerar básicamente cerrada la primera gran etapa a la que aludíamos en la Introducción, sentando las bases para introducirse en el nuevo escenario de los desafíos futuros.

El cambio de tendencia ha venido indudablemente espoleado por la promulgación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, con la plena naturalización de la administración electrónica a la que dan lugar. Por lo demás, su completa entrada en vigor (tras sucesivos aplazamientos) desde el 1 de abril de 2021 determina que se acaben las coartadas que a menudo se esgrimían para eludir la adaptación al marco legal en la materia, excusas que se sustentaban –infundadamente–, en la disposición final 3ª de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y en la disposición final 7ª LPAC.

A continuación, se comentan las evidencias que muestran ese renacer.

III.1. El impulso normativo.

Esta parcela se manifiesta, especialmente, en la aprobación del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa (en lo sucesivo, DAESP). Cubre una imperiosa necesidad que venía acuciando desde la aprobación de la Ley 11/2007, que articulaba toda una serie de remisiones normativas para que cada Administración pública concretase aspectos cruciales en la materia.

Es una norma de corte clásico, que aborda el desarrollo de determinados aspectos del régimen jurídico de la administración electrónica que obedecen a remisiones expresas de la legislación básica estatal, o requieren adaptación a las particularidades de la legislación andaluza. Regula, por consiguiente, los temas tradicionales de la administración electrónica: los puntos de acceso electrónico (y sedes electrónicas), el registro electrónico, las comunicaciones y notificaciones electrónicas, la identificación y firma electrónica, el procedimiento electrónico, la gestión documental, etc.

La regulación es de marcado perfil técnico. No supone (ni pretende) una revolución del marco normativo, sino dar respuesta a problemas concretos de régimen jurídico, en el mismo sentido que el reciente RD 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y de funcionamiento electrónico del sector público (RAFESP). No merece por ello un comentario peyorativo, siempre que se compagine con otras políticas e iniciativas más innovadoras. El Decreto cubre una necesidad normativa y lo hace satisfactoriamente, con pragmatismo.

Además de atender esa necesidad primaria, el Decreto procura mejorar los derechos y garantías de los ciudadanos ante la administración electrónica. El régimen jurídico básico de esta materia, y la aplicación práctica de que viene siendo objeto, ha ocasionado un claro retroceso en los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, retroceso particularmente apreciable cuando se trata de sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos. El Decreto pretende restañar algunos de esos derechos, si bien se encuentra fuertemente condicionado por el marco que le preconfigura el Derecho estatal básico.

No es este el lugar para adentrarse en el análisis pormenorizado de la norma (además de los capítulos de esta obra en que se aborda su análisis, puede verse Núñez Lozano, 2020: 445 ss.). Pero sí es pertinente espigar algunos ejemplos con los que respaldar con hechos concretos esa filosofía subyacente que late en la norma y que además se anuncia expresamente en su Preámbulo.

Cabe mencionar, en primer lugar, la imposibilidad de rechazar la presentación de documentos en los registros imponiendo campos obligatorios que deben rellenarse necesariamente para poder realizar la presentación (art.28.4). La implantación del medio electrónico está conduciendo en la práctica a la privación del derecho a subsanación de la solicitud de iniciación de que disponen las personas que se relacionan en papel, mediante el señalamiento de campos obligatorios que impiden presentar la solicitud de iniciación en el caso de no quedar debidamente cumplimentados. El art.68.1 LPAC dispone que, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos establecidos en los arts.66 y 67 de la Ley, “se requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos necesarios”. Mediante la indicación de campos obligatorios, las personas interesadas no pueden proceder a la presentación mientras que no aporten todos los datos y documentos, con lo cual, por la vía de los hechos y sin cobertura legal, se les priva del derecho a subsanar que les reconoce la Ley. La situación resulta particularmente lesiva de derechos para las personas obligadas a relacionarse por medios electrónicos. Quienes pueden elegir el medio, en el caso de no disponer de todos los datos y documentos, pueden proceder a presentar la solicitud de iniciación en papel, y disfrutar así del plazo de subsanación de diez días. En cambio, quienes se encuentran obligados a relacionarse por medios electrónicos no tienen alternativa: o aportan todos los datos y documentos, o no pueden llegar a presentar la solicitud, y se ven privados del derecho a subsanar. Es más, se ven privados de todo derecho, pues al no lograr consumir la presentación, a todos los efectos se entiende que no han llegado a presentar la solicitud en plazo, por lo que se ven despojados no ya del derecho *formal* a subsanar, sino incluso del derecho sustantivo que pretendieran ejercer. Mediante el art.28.4 DAESP, la presentación de un escrito en un registro electrónico debe contener unos datos básicos cuya omisión permite su rechazo; de donde debe deducirse que la omisión de otros datos o documentos no puede conducir al rechazo, sino a la admisión y posterior requerimiento de subsanación.

Es muy relevante también la previsión de una comunicación previa del deber de relacionarse por medios electrónicos anterior al envío de notificaciones electrónicas (art.33). A los sujetos que tienen el deber de relacionarse por medios electrónicos se les vienen creando de oficio direcciones electrónicas donde, sin comunicación previa, se le depositan notificaciones administrativas. El régimen de rechazo establecido en el art.43.2 LPAC determina que, a los 10 días de depósito sin descarga, tales notificaciones se entienden practicadas. Los interesados se enteran de que se han tramitado procedimientos cuando ya se encuentran en fase ejecutiva y sin posibilidad de ejercer sus derechos de defensa: a lo largo del procedimiento, presentando alegaciones y pruebas; y a su terminación, ejerciendo los medios de impugnación. La situación genera una clara indefensión. A esto se le suma que no

existe dirección electrónica única habilitada en la que una persona reciba todas las notificaciones de todas las Administraciones públicas, por lo que nunca tienen garantía de estar dados de alta en todos los sistemas de notificación articulados por las diferentes Administraciones públicas. De forma que no existe una manera en la que cualquier persona pueda indicar a todas las Administraciones públicas un dispositivo o medio (por ejemplo, dirección electrónica convencional) en el que recibir los avisos de notificación de todas las Administraciones públicas. El aviso de notificación es una garantía básica del derecho a la defensa en el esquema actual de las notificaciones electrónicas, especialmente cuando el sujeto está obligado a relacionarse por medios electrónicos. El art.33 DAESP regula la manera de proceder a una primera notificación en papel cuando se deba crear de oficio una dirección electrónica para el envío de notificaciones.

Por otra parte, siendo el aviso de notificación una pieza clave de las relaciones obligatorias por medios electrónicos, el Decreto muestra un especial celo por lograr una dirección de correo o dispositivo al que enviar el aviso de notificación, en diferentes preceptos: mediante la incorporación de campos para introducir este dato en los formularios de presentación, la incorporación del dato al sistema de notificaciones electrónicas, su inclusión en los registros administrativos en los que deba inscribirse el interesado para el ejercicio de una actividad, etc.

Otra relevante cuestión es que la legislación básica estatal no contempla la permanencia de las notificaciones a disposición de los interesados en las plataformas o sedes electrónicas aunque no las hayan descargado en plazo. Esto supone que, si transcurren los diez días de depósito sin descarga por el destinatario, podrían retirarse de la plataforma (como de hecho, hacen muchas Administraciones públicas), de manera que el interesado no puede acceder ya al contenido de la notificación (ni saber siquiera que se le ha enviado), incluso a pesar de poder encontrarse en plazo de recurso. El art.35 DAESP establece que la notificación permanecerá en el sistema, con efectos meramente informativos.

Es de gran importancia operativa el régimen establecido en el art.42 DAESP, que debe seguirse cuando el interesado ejerza su derecho a no aportar datos en poder de otras Administraciones públicas (art.28.2 LPAC) y éstas no atienden el requerimiento de información. El Derecho estatal no regula el supuesto, ocasionando un bloqueo a la tramitación de los procedimientos, pues el instructor se ve atrapado entre el ejercicio del derecho a no aportar datos que ha hecho el interesado, y la omisión de la entrega de los datos por la Administración que los ostenta. El precepto ofrece a los instructores las pautas que deben seguir para desbloquear la situación.

Son igualmente reseñables el impulso de la carpeta ciudadana en el art.38 DAESP; y la prohibición de que se realicen mediante actuación automatizada (decisiones por medios automatizados) actuaciones que supongan juicios de valor (art.40), lo cual supone una adecuada restricción de este tipo de actuaciones que venía reclamándose por la doctrina pero no se establece en la legislación básica estatal.

III.2. La reestructuración organizativa.

Otro indicador del cambio de tendencia es la reagrupación de competencias en administración digital que se articuló mediante Decreto del Presidente 3/2020, de 3 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías. El art.4.1 del Decreto asigna a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior la competencia en materia de estrategia digital.

Se crea de esta forma una nueva Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto que concentra las actuaciones en materia digital, añadiendo a las competencias que ya contaba de Gobierno Abierto las de transformación digital (antes atribuidas a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía), y las competencias en materia de tecnologías de la información y telecomunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía, otras administraciones y ciudadanía (antes atribuidas a la extinta Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad).

Pero además cobra extraordinario relieve la creación de la Agencia Digital de Andalucía (ADA), mediante el Decreto 128/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Digital de Andalucía. El cometido de la Agencia es impulsar una estrategia única que marque el modelo de futuro en administración digital y que aporte una visión holística al conjunto de la organización administrativa autonómica, tanto territorial como instrumental.

En virtud de sus Estatutos (art.5 DADA), la Agencia queda adscrita a la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior (coherentemente con la reestructuración orgánica), lo cual es significativo del respaldo político que se le confiere.

La creación de la ADA es una decisión muy acertada y puede suponer una apuesta estratégica cuyos beneficios y efectos irradian durante largo tiempo. El reagrupamiento de competencias es inteligente y necesario, pues hemos comprobado que la fragmentación competencial produjo un claro desfallecimiento en estas políticas, que, para fructificar, necesitan tanto de una actuación coordinada como del máximo impulso político (nivel en la organización). Ambas exigencias se

ven satisfechas por la Consejería de adscripción, que tiene un claro protagonismo en esta legislatura, así como por el rango del Presidente de la Agencia (corresponde al Viceconsejero), y del Director-Gerente (rango de Secretario General).

La Agencia tiene como fines (art. 6.2 DADA):

- a) La definición y ejecución de los instrumentos de tecnologías de la información, telecomunicaciones, ciberseguridad y gobierno abierto y su estrategia digital, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas y sus agencias de régimen especial.
- b) La definición y coordinación de las políticas estratégicas de aplicación y de seguridad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en el ámbito del sector público andaluz no incluido en el párrafo anterior, incluyéndose los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, así como la ejecución de los instrumentos comunes que las desarrollen y la definición y contratación de bienes y servicios de carácter general aplicables.

En el art.6 (apartados 3 a 6), el Decreto le atribuye numerosas y relevantes funciones y competencias, tanto de coordinación, como de estrategia, de diseño y compra centralizada de soluciones³, y en materia de *big data* (sobre esto volveremos enseguida).

³ El catálogo es amplísimo, y haciendo a un lado otras atribuciones de perfil más genérico, podríamos destacar las siguientes: El diseño, desarrollo, implantación, mantenimiento, gestión y evolución de la infraestructura tecnológica en materia de informática y telecomunicaciones, así como la ejecución de las actuaciones para su consolidación y racionalización, incluyéndose en particular el puesto de trabajo, las infraestructuras de almacenamiento y el archivo electrónico único de los expedientes y documentos electrónicos; La ejecución de las políticas de impulso de la sociedad de la información en Andalucía, así como el diseño y ejecución de programas destinados a fomentar el acceso y uso de los servicios digitales por parte de la ciudadanía, contribuyendo a la reducción de las brechas digitales; La dirección, gestión y ejecución de proyectos e iniciativas de transformación digital de carácter corporativo y sectorial de la Administración Pública de la Junta de Andalucía; La definición, diseño, implantación tecnológica, mantenimiento y evolución del puesto tecnológico de trabajo del personal y su equipamiento lógico y físico, los espacios tecnológicos de trabajo y las modalidades de movilidad y teletrabajo; El análisis, diseño, desarrollo, implantación tecnológica, mantenimiento y evolución de los sistemas de información, aplicaciones informáticas, aplicaciones para cualquier tipo de dispositivos, herramientas de productividad, colaboración, atención, soporte, difusión, comunicación, participación, portales y sedes electrónicas, aplicaciones y usos de la inteligencia artificial, las tecnologías de registro distribuido u otras tecnologías emergentes; La gestión de los derechos de uso de productos software, bases de datos y en general cualesquiera elementos lógicos o físicos; La coordinación y ejecución de la planificación estratégica en materia de inteligencia artificial y otras tecnologías habilitadoras para la transformación digital de la Administración, así como la coordinación, ejecución y seguimiento del desarrollo de estos proyectos en la Junta de Andalucía; El establecimiento de sistemas de información de uso obligatorio en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales y consorcios adscritos; El soporte y atención directa al personal empleado sobre los elementos tecnológicos puestos a su disposición para el desempeño de sus funciones, en especial el puesto de trabajo; El soporte y atención directa a la ciudadanía sobre los elementos tecnológicos puestos a su disposición, en especial portales y sedes electrónicas; La configuración, la implantación y el mantenimiento de sistemas informáticos

La ADA está destinada a desempeñar un papel central. Para terminar de redondear el modelo, solo faltaría integrar las políticas relativas a la Administración local, que siguen quedando fuera de su órbita.

III.3. Nuevas herramientas y licitaciones.

En el actual período se está impulsando el desarrollo e implantación de nuevas soluciones, actualizando el sistema de información de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales.

Destaca, en primer lugar, la nueva plataforma de contratación, el Sistema de Información de Relaciones Electrónicas de Contratación (SIREC), y el Portal de Licitación Electrónica que le viene asociado, puestos en servicio en mayo de 2020. Permiten satisfacer todas las exigencias derivadas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Además, hay importantes licitaciones en curso y en ejecución, para mejorar los medios de la Administración andaluza en lo que se refiere al soporte tecnológico de los sistemas de información.

III.4. *Cep@l*: el catálogo electrónico de procedimientos de la Administración local.

No puede omitirse la mención a este relevante proyecto, liderado por la Dirección General de Administración Local (Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local), para dar soporte a la transición a la administración electrónica de las entidades locales. Se articula en dos fases.

En la *primera fase* se ha procedido al levantamiento de más de 600 procedimientos administrativos, elaborando todo el soporte necesario para su catalogación y tramitación: fichas de información sobre cada procedimiento, indicando sus plazos, efectos de la inactividad, agotamiento o no de la vía administrativa,

y de comunicación de la Administración de Justicia, recogidas en el Capítulo III del Título V del Estatuto de Autonomía para Andalucía; La definición, diseño, desarrollo, implantación, mantenimiento, gestión y evolución del modelo de gobernanza tecnológica que proporcione el catálogo de servicios y métricas asociadas, con seguimiento estandarizado de acuerdos de nivel de servicio, así como un cuadro de mandos del gasto en materia de tecnologías y comunicaciones; La dirección estratégica, planificación, impulso, desarrollo y ejecución de la política de telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía y del sector público andaluz, así como la gestión y evolución de la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Junta de Andalucía; El desarrollo y ejecución de las políticas de seguridad de los sistemas de información y telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía y del sector público andaluz; y La gestión de los recursos comunes para la prevención, detección y respuesta a incidentes y amenazas de ciberseguridad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y del sector público andaluz.

recursos procedentes, etc.; formularios para los escritos que deben presentar los ciudadanos; plantillas para los actos de trámite y definitivos que deben dictar los órganos administrativos; descripción de los trámites que integran el procedimiento y su flujo de tramitación; etc. Se ha generado con ello una ingente documentación (más de 6.300 documentos de soporte a la tramitación) que facilita de manera extraordinaria la tramitación de los procedimientos y su digitalización.

En la *segunda fase* se procede al despliegue e integración del catálogo y su documentación de soporte con los sistemas de información de las entidades locales (diputaciones y municipios).

A lo largo de la ejecución del proyecto se está poniendo de manifiesto la dificultad del proceso, en especial en su segunda fase. Existen grandes diferencias entre algunas entidades locales que estaban muy avanzadas en la digitalización de procedimientos (p.ej., Diputación de Córdoba) y otras que van más atrasadas. Las entidades locales tomaron en su día decisiones estratégicas, implantando sistemas diferentes de tramitación, lo cual dificulta tanto la fase de despliegue de este proyecto como la interoperabilidad entre los sistemas de información de unas entidades locales con otras, así como de todas ellas con la Administración autonómica.

El proyecto *cep@l* Es un avance indudable que facilitará el impulso de la administración electrónica en las EELL, que, como hemos visto, son las que se encuentran más retrasadas. Pero su implementación ha puesto de manifiesto la necesidad de potenciar en lo sucesivo la interoperabilidad de las soluciones implantadas por las diferentes Administraciones públicas.

IV. DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ANDALUZA.

En este tercer y último apartado ponemos el foco en algunos de los aspectos en que ese proceso continuo de digitalización al que aludíamos al principio plantea en este momento los desafíos más acuciantes.

IV.1. Inteligencia artificial.

El desarrollo de soluciones de inteligencia artificial debe ser una prioridad para la Administración andaluza. No solo puede mejorar la tramitación de los procedimientos administrativos (*back office*), sino que además supone una importante herramienta de apoyo a la toma de decisiones para la prestación de los servicios públicos.

En cuanto a su utilidad en términos de eficiencia en la tramitación de los procedimientos, cabe aludir a un caso de éxito aplicado por la Junta de Andalucía: la tramitación de ayudas a autónomos por su descenso de actividad como consecuencia de la pandemia por COVID-19 que se dotó para quienes no pudieran acceder a esas mismas ayudas del Gobierno de España. Como soporte a la tramitación de los expedientes de otorgamiento de estas subvenciones se contrató una solución de inteligencia artificial que permitió resolver más de 67.000 expedientes en apenas 3 meses (2.500/día). El coste de implantación de la herramienta fue de unos 100.000 euros, y redujo la carga de trabajo de 20.000 funcionarios que pudieron dedicarse a otras labores de valor añadido, entrañando un ahorro de costes de tramitación estimado en más de 1 millón de euros. El ejemplo es elocuente por sí mismo de las ventajas que entraña el uso de esta tecnología, especialmente cuando la resolución del procedimiento no entraña juicios de valor, sino el cumplimiento de unos requisitos tasados y fácilmente verificables.

Por lo que se refiere a su utilidad como soporte a la mejora en la prestación de servicios públicos, la inteligencia artificial es muy provechosa en el diseño e implementación de servicios públicos: movilidad y transporte, ubicación de dotaciones (centros educativos y sanitarios...), la personalización de servicios [véase Cerrillo (Dir.), 2021], etc.

Para calibrar su impacto en los próximos años baste con apuntar algunos datos: según las estimaciones de la UNESCO, se espera que la inteligencia artificial genere 4 billones de dólares de valor añadido en 2022⁴. Y la Unión Europea pretende movilizar 10.000 millones de euros al año de aquí a 2030 para implementación de soluciones de inteligencia artificial.

La potencialidad de la inteligencia artificial ha sido ya ampliamente expuesta, tanto en términos generales [véase especialmente Rouhiainen, 2021] como en las Administraciones públicas [por todos, Ramió, 2019; Merchán, 2020; Escobar *et al.*, 2020]. Sin embargo, nos plantea nuevos desafíos, especialmente en lo relativo a los límites de su empleo, que puede impactar intensamente en los derechos fundamentales de la ciudadanía. Aunque estos problemas están todavía en una fase incipiente de análisis y reflexión, ya es abultada la producción jurídica que los afronta [véanse, especialmente, Boix y Cotino (Coords.), 2019; VV.AA., 2019; Orofino y Valero (Eds.), 2020; Cerrillo y Peguera, 2020; Corvalán (Dir.), 2021; Boix, 2020; Huergo, 2020; Tejedor, 2020; Soriano, 2021; Hernández Peña, 2020 y

⁴ Véase la información facilitada por el organismo en relación con la elaboración de una Recomendación sobre la ética de la IA, accesible en <https://es.unesco.org/artificial-intelligence/ethics> (última visita: 30/09/2021).

2021; y Gamero, 2021; también, premonitoriamente pero con plena vigencia en la actualidad, Uríos y Alamillo, 2011].

Todas estas aportaciones se centran especialmente en la necesidad de respetar los límites legales y éticos que recaen sobre los desarrollos de inteligencia artificial. Estas aproximaciones parten de la inexistencia de un marco jurídico específico, suficientemente configurado, que atienda las necesidades específicas de regulación que plantea la inteligencia artificial.

La Unión Europea viene impulsando relevantes iniciativas en este campo. Entre los principales hitos que podemos señalar para atestiguarlo se encuentran, en primer lugar, dos relevantes documentos de la Comisión Europea: la Comunicación de la Comisión Europea Inteligencia artificial para Europa COM (2018) 237, de 27 de abril; y el Plan coordinado sobre la inteligencia artificial, Comunicación de la Comisión Europea COM (2018) 795, de 7 de diciembre, donde la cuestión se aborda con profundidad y se sientan las bases para los pasos sucesivos. Poco más tarde se aprobó la Comunicación COM (2019)168, de 8 de abril, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano. Seguidamente debemos destacar el Libro blanco de la UE sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza⁵: un documento clave en la cuestión, en el que se establecen las líneas maestras de una futura regulación en la materia. En paralelo a la Comisión, también el Parlamento Europeo ha impulsado varias iniciativas, entre las que cabe destacar el Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas⁶; y más recientemente, su Resolución sobre Inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional⁷. Pero, sin lugar a dudas, el documento más relevante hasta la fecha es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo estableciendo reglas armonizadas sobre inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) [sic] y modificando determinados actos legislativos de la Unión⁸. Se trata de la primera versión de una ambiciosa propuesta normativa que constituye un indudable referente en la materia, si bien se encuentra en una fase embrionaria de elaboración y es susceptible de experimentar grandes cambios durante su tramitación.

⁵ Comunicación de la Comisión Europea COM(2020) 65 final, de 19 de febrero.

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas [2020/2012(INL)].

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal [2020/2013(INI)].

⁸ Accesible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu> (última visita: 31/05/2021).

Entre tanto, conviene reparar en que existen relevantes condicionamientos jurídicos al desarrollo de soluciones de inteligencia artificial que son exigibles por aplicación de reglas y principios generales del Derecho. En particular, por su clara afección a tres derechos fundamentales:

- Régimen de protección de datos (art.18 CE). Los datos son la gasolina de que se nutren los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial. Para su programación es imprescindible el manejo de *big data*. En este punto la cuestión es la licitud en la obtención y tratamiento de tales datos.
- Derecho a la igualdad, sin padecer discriminación (art.14 CE). Viene siendo vulnerado en la programación de los sistemas, que se nutren de datos sesgados que incurren en decisiones discriminatorias. Existen precedentes de graves sesgos en sistemas de inteligencia artificial implantados en el sector público, algunos de los cuales han llegado incluso a suponer la caída de Gobiernos nacionales⁹.
- Derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE), vinculado con la necesidad de motivar las decisiones tomadas mediante inteligencia artificial que no son transparentes en cuanto a su proceso. Sentencias del Consejo de Estado italiano que anulan actos administrativos por esta causa¹⁰.

Para prevenir estos riesgos y evitarlos, es imprescindible la participación activa de juristas en todas las fases de implementación de sistemas de inteligencia artificial: desde el diseño, a su puesta en funcionamiento y revisión periódica. Sin embargo, la vertiente jurídica no se ve en las licitaciones que está impulsando la Junta de Andalucía, lo cual entraña el riesgo de desarrollar herramientas deficientes desde el punto de vista jurídico, que puedan ser posteriormente invalidadas por la jurisprudencia.

IV.2. *Big data*.

Los datos son el petróleo del siglo XXI. En particular, son la gasolina de que se alimentan los algoritmos y la inteligencia artificial, y ya hemos comprobado la enorme importancia que esta última tendrá en lo sucesivo.

⁹ Así, el Tribunal de Distrito de La Haya pronunció una sentencia el 5 de febrero de 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:865), mediante la que anuló una elaboración de perfiles para la lucha contra el fraude implantada por el Gobierno holandés que únicamente se utilizó en los calificados como “vecindarios problemáticos”, concluyendo el Tribunal que ese criterio puede provocar exclusión, discriminación y estigmatización injustificadas. Desde 2013, 26.000 familias fueron injustamente acusadas de fraude y obligadas a devolver las subvenciones que recibieron. El impacto de este asunto ha sido tan alto, que acabó forzando la convocatoria de elecciones en Holanda.

¹⁰ En este sentido, el Consejo de Estado italiano (equivalente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal supremo), ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exigencia de motivación de actuaciones administrativas basadas en algoritmos en dos sentencias que anulan decisiones administrativas que incumplen este requisito. Se trata de las sentencias núm.2270, de 8 de abril de 2019; y la núm.8472 de 13 de diciembre de 2019.

Las administraciones públicas son, tras las grandes corporaciones tecnológicas, las mayores detentadoras de datos. Pero se trata de datos dispersos y desestructurados. Su reutilización, tanto por el sector público como por el privado, adquiere un valor estratégico. Se requiere una visión que combine dos elementos: (i) La actuación de la Administración como dinamizadora del mercado de datos, tanto en el sector público como en el privado; (ii) La puesta a disposición los datos que detentan las AAPP, para su uso por los operadores privados.

El tema entronca con las materias tradicionales de datos abiertos y acceso a la información pública, que han sido objeto de profundo análisis entre nosotros [especialmente, por lo reciente de las aportaciones, Fernández Ramos y Pérez Monguió: 2020; y Guichot y Barrero, 2020].

En este momento, además de la visión tradicional del acceso a la información pública como un derecho conectado con el acceso al expediente por parte de los interesados, o a la información pública en general como exponente de transparencia y buen gobierno, se nos presenta un nuevo enfoque que percibe el dato como valor económico. La reutilización de los datos, tanto por el sector público como por el privado, genera crecimiento y contribuye a mejorar las prestaciones públicas [respecto a esta dimensión de la reutilización de la información pública, Galán y Cerrillo: 2006; Valero y Fernández Salmerón: 2014; y Méndez: 2016].

Así lo ha percibido claramente la Unión Europea. Por lo que se refiere a la estrategia europea de datos, el fomento de la innovación impulsada por la inteligencia artificial está estrechamente vinculado con la propuesta de Reglamento sobre la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos)¹¹, la Directiva de Datos Abiertos¹² y otras iniciativas en el marco de la *Una Estrategia europea de datos*¹³; esta última promueve la instauración de un mercado único de datos, y lograr que en 2030 la cuota de la Unión Europea en economía de datos se corresponda con su peso económico mundial. Mediante la progresiva implementación de estas previsiones se establecerán mecanismos y servicios de confianza para la reutilización, el intercambio y la puesta en común de datos que son esenciales para el desarrollo de modelos de inteligencia artificial impulsados por datos de alta calidad.

¹¹ Comunicación de la Comisión Europea COM (2020)767, de 25 de noviembre.

¹² Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

¹³ Comunicación de la Comisión COM(2020)66, de 19 de febrero. No por casualidad, esta comunicación se aprobó el mismo día que el *Libro blanco sobre inteligencia artificial*.

La Junta de Andalucía ya se ha percatado de la relevancia de esta cuestión y está dando pasos alineados con los anteriores objetivos. El más destacado es, sin duda, la creación de la ADA, a la que se confían importantes competencias y funciones en este ámbito: en particular, el art.6.3 del Decreto 128/2021 le asigna además esta función: “El análisis, diseño, desarrollo, implantación tecnológica, mantenimiento y evolución de los sistemas y soluciones tecnológicas de análisis de datos, gobierno del dato, cuadros de mando, datos masivos o «big data», inteligencia de datos, generación y gestión de conocimiento”; y el art.6.6 del mismo decreto le atribuye “la creación, mantenimiento y explotación de la Base de Datos de Activos Digitales e Infraestructuras Tecnológicas de la Administración de la Junta de Andalucía”.

Estas actuaciones encuentran clara correspondencia con determinaciones análogas adoptadas por otras Administraciones públicas. Por ejemplo, la creación de la Oficina del Dato en la Administración General del Estado mediante la Orden ETD/803/2020, de 31 de julio, por la que se crea la División Oficina del Dato y la División de Planificación y Ejecución de Programas en la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial; o la aprobación del Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de administración digital de Cataluña, que ofrece un nuevo y revolucionario enfoque de la cuestión, orientado a datos, a procesos y servicios, en lugar del tradicional más basado en gestión documental informatizada.

La ADA está impulsando importantes iniciativas en esta materia, con una clara potenciación de los datos abiertos. A la fecha de cierre de este trabajo (30/09/2021) el Catálogo de Datos Abiertos de la ADA ofrece 673 conjuntos de datos procedentes de 27 organismos, de los cuales 628 conjuntos son reutilizables y 621 disponen de licencia abierta.

Este tipo de actuaciones optimizan la reutilización y explotación de los datos, generando desarrollo y crecimiento, contribuyendo a la mejora en la prestación de los servicios públicos y a las actividades privadas, tanto económicas como asistenciales.

Para agilizar y optimizar la estructuración y reutilización de los datos de la Junta de Andalucía sería particularmente interesante la articulación de fórmulas de colaboración público-privada. Se trataría de identificar conjuntos de datos requeridos de sistematización, y de empresas o entidades a quienes les interesaría su reutilización, poniendo los datos a disposición de dichas entidades privadas a cambio de que sufraguen su sistematización e informatización y entreguen el resultado a la Administración pública.

IV.3. Interoperabilidad.

En el seno de la Administración de la Junta de Andalucía -territorial e instrumental- se ha alcanzado una interoperabilidad que podríamos calificar de *sostenible*, en la medida que no vino inicialmente determinada por una normativa que la imponga, sino por la decisión estratégica de implantar herramientas y soluciones transversales, que fueran utilizadas por todos los órganos y entidades instrumentales de la Junta de Andalucía.

Ahora bien, hemos visto que las entidades locales han quedado al margen de esa convergencia, y el esfuerzo que se está haciendo para dotarlas de instrumentos esenciales para la digitalización se encuentra dificultado precisamente por la divergencia que presentan los sistemas de información.

En una estructura territorial tan descentralizada como la española, es imperioso que las Administraciones públicas actúen de manera coordinada, de manera que la fragmentación competencial no constituya una barrera ni una carga para la ciudadanía. El art.28.2 LPAC lo percibe, reconociendo el derecho a no aportar datos o documentos que ya obren en poder de una Administración pública. Y el artículo 3 LRJSP establece que las relaciones interadministrativas (inclusive estos cruces de datos) tendrán lugar por medios electrónicos. Para lograrlo, es preciso potenciar los puntos de intermediación de datos y la puesta a disposición de los mismos por parte de las diferentes Administraciones públicas.

Pero además, como manera de promover la interoperabilidad y de reducir los costes de desarrollo e implementación de nuevas soluciones digitales, sería muy oportuna la creación de un consorcio integrado por todas las Administraciones públicas de Andalucía (autonómica, provinciales, locales, universitarias...), que asuma la ejecución de tales desarrollos de soluciones de manera centralizada. La idoneidad de esta solución cuenta con la experiencia de Cataluña y su Consorcio de Administración Abierta (AOC), integrado por todas las Administraciones de la Comunidad Autónoma y que desarrolla e implementa soluciones compartidas de administración digital¹⁴.

Podría pensarse que, a estas alturas, la creación del consorcio sería redundante, por cuanto que esas soluciones ya se han desarrollado por la Junta de Andalucía y son reutilizables por el resto de Administraciones públicas, a cuya disposición gratuita se encuentran. Nada menos cierto. Como venimos diciendo desde el principio, la *transición* a la administración digital es realmente un proceso sin fin, y sigue siendo necesario (siempre lo será) desarrollar nuevas soluciones.

¹⁴ Véase su portal <https://www.aoc.cat/>: registro, certificados, apoderamientos, notificaciones, tramitadores, etc. (última visita: 30/09/2021).

Por ejemplo, si se percibe la utilidad de un tramitador de expedientes de subvenciones configurado con criterios de otorgamientos estrictamente reglados, es mucho más funcional confiar su desarrollo a este consorcio, y ponerlo después a disposición de todas las entidades que lo integran. De esta manera, el desarrollo de la herramienta tomará en consideración desde su diseño la necesidad de desplegarse después en Administraciones públicas diferentes, lo cual no solo reducirá los respectivos costes de implantación, sino que favorecerá indudablemente la interoperabilidad de todos los sistemas de información.

Esto, que va de suyo en procedimientos monocompetenciales, resulta más obvio aun en los procedimientos bi o multifásicos en los que se ejercen competencias compartidas por dos o más Administraciones públicas.

IV.4. Otros desafíos.

Para concluir, tan solo una mención a otros desafíos que se presentan a la Junta de Andalucía (a todas las Administraciones públicas) en esta nueva etapa de tecnologías disruptivas.

Mencionemos en primer lugar la ciberseguridad. Se trata de un campo en el que es imprescindible incrementar las actuaciones del sector público. La captura por delincuentes informáticos de relevantes sistemas de información a lo largo de este año (como el del SEPE), ha puesto de manifiesto sus vulnerabilidades. Son necesarias tanto inversiones en herramientas y servicios avanzados de ciberseguridad, como acciones formativas a los empleados públicos para minimizar los riesgos derivados de la posibilidad de facilitar la entrada de los delincuentes informáticos mediante los dispositivos que utilicen.

También debe mencionarse las posibilidades que brinda la implantación de nuevas tecnologías como *blockchain*¹⁵ o la identidad digital soberana.

Y para concluir, también representa en la actualidad una oportunidad, y paralelamente un relevante desafío, la organización del teletrabajo en el sector público [materia sobre la que puede verse, por todos -dada su reciente publicación- Castillo, 2021].

¹⁵ Véase, por ejemplo, el informe elaborado por la Comisión Europea y el Banco Mundial, “Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy”, European Commission and European Investment Bank, Luxembourg, junio de 2021.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.; CHINCHILLA MARÍN, C. (2001): “El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones públicas”, *REDA*, nº.109.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2000): “Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento”, *RAAP*, nº 40.

BARRIUSO RUIZ, C. (2007): *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid.

BAUZÁ MARTORELL, FJ. (2002) : *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada.

BERNING PRIETO, A.D. (2019): *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

BLASCO DÍAZ, J.L. y FABRA VALLS, M. (2008): *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón.

BOIX PALOP, A. (2020): “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la toma de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol.1.

BOIX PALOP, A. y COTINO HUESO, L. (Coords.) (2019): *Derecho público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data*, sección monográfica del n.º 50 de la *Revista General de Derecho Administrativo*, con aportaciones

de los coordinadores y de Juli PONCE SOLÉ, Antonio MERCHÁN MURILLO, Dolors CANALS AMETLLER, Marina SANCHO LÓPEZ, Clara VELASCO RICO, Wilma ARELLANO TOLEDO, Adrián PALMA ORTIGOSA y Ana ABA-CATOIRA.

CASTILLO BLANCO, F. (2021): “El tránsito a una Administración digital y robotizada: el necesario cambio del modelo de Administración y empleo público”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, n.º 19.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2007): *Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2008): *e-Administración*, editorial UOC, Barcelona.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (Dir.) (2021): *Guia per a la personalització dels serveis públics a través de la intel·ligència artificial*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. y PEGUERA POCH, M. (2020): *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Cizur Menor.

CORVALÁN, J.G. (Dir.) (2021): *Tratado de inteligencia artificial y Derecho*, 3 vols. La Ley, Buenos Aires.

COTINO HUESO, L. (2021): “La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 57.

COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) (2010): *Administración electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (2010): *Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, El Consultor, Madrid.

ESCOBAR, C.; MÁRQUEZ, M. y BAUTISTA, L.M. (2020): *Inteligencia artificial en el sector público. España*, Informe encargado por Microsoft y realizado por Ernst & Young.

ESTEBAN PAÚL, A. et al. (2021): *Administración electrónica. Aspectos jurídicos, organizativos y técnicos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2020): *El derecho de acceso a la información pública en España*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

GALÁN GALÁN, A. y CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2006): *La reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada.

GAMERO CASADO, E. (2011): “La administración electrónica de la Junta de Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M.: *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pp.347-393.

GAMERO CASADO, E. (2021): “Compliance (o cumplimiento normativo) de desarrollos de inteligencia artificial para la toma de decisiones administrativas”, *Diario La Ley*, n.º50, Sección Ciberderecho, de 19/04/2021; accesible en <https://diariolaley.laleynext.es>

GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, 2 vols. Torant lo Blanch, Valencia.

GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.) (2010): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor.

GARCÍA RUBIO, F. (2003): *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa*, INAP-MAP, Madrid.

GÓMEZ PUENTE, M. (2018): *La administración electrónica. El procedimiento administrativo digital*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

GUICHOT REINA, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2020): *El derecho a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HERNÁNDEZ PEÑA, J.C. (2020): “Decisiones algorítmicas de perfilado: régimen y garantías jurídicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º203.

HERNÁNDEZ PEÑA, J.C. (2021): “Gobernanza de la inteligencia artificial en la Unión europea. La construcción de un marco ético-jurídico aún inacabado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 56.

HUERGO LORA, A. (Dir.) (2020): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

MARTÍN DELGADO, I. (Coord.): *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020.

(2017) *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Iustel, Madrid.

MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (Dirs.) (2021): *Administración electrónica, transparencia y contratación pública a nivel autonómico*, Iustel, Madrid.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009): *Administración pública electrónica*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).

MÉNDEZ JUEZ, M. (2016): *La economía digital de los datos públicos en democracia: una visión neoinstitucional*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2017): *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MERCHÁN ARRIBAS, M. (2020): *Guía de uso de la inteligencia artificial en el sector público*, disponible en <http://digitalrevolution.info> (última visita: 2021/09/30).

NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2020): “Avances en simplificación administrativa y administración electrónica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 106.

OLIVER CUELLO, R. (2021): *Administración electrónica en el ámbito tributario*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

OROFINO, A.G. y VALERO TORRIJOS, J. (Eds.) (2020): *The Use of Artificial Intelligence by Public Administration*, sección monográfica del n.º1 de la *European Review of Digital Administration & Law* con trabajos de Jean-Bernard AUBY, Agustí CERRILLO MARTÍNEZ, Daniele MARONGIU, Julián VALERO TORRIJOS, Antonio BARONE, Maria Cristina CAVALLARO, Andrés BOIX PALOP, Lucie CLUZEL-MÉTAYER, Cristina FRAENKEL-HAEBERLE, Elena BUOSO, Angelo Giuseppe OROFINO, Fulvio CONSTANTINO, Fabio BRAVO, Elise DEGRAVE y Giovanni GALLONE.

PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.) (2011): *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).

PUENTES COCIÑA, B. y QUINTIÁ PASTRANA, A. (Dirs.) (2019): *El Derecho ante la transformación digital. Oportunidades, riesgos y garantías*, Atelier, Barcelona.

PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.) (2005): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid.

RAMIÓ MATAS, C. (2019): *Inteligencia artificial y Administración pública*, Libros de la Catarata, Madrid.

SORIANO ARNANZ, A. (2021): “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 56.

TEJEDOR BIELSA, J. (2020): “Transformación digital, blockchain e inteligencia artificial en la Administración pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 209

URÍOS APARISI, X. y ALAMILLO DOMINGO, I. (2011): *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y explotación de trámites automáticos*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona.

VALERO TORRIJOS, J. (2007): *Régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada.

VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: (2014): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

VVAA. (2019): *L'Administració a l'era digital*, monográfico n.º 58 de la *Revista catalana de dret públic*, con trabajos de Agustí CERRILLO MARTÍNEZ, Lorenzo COTINO HUESO, Ramón GALINDO CALDÉS, Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ y Julián VALERO TORRIJOS.

EL FACTOR DIGITAL COMO PALANCA DE REFORMA ADMINISTRATIVA POST PANDEMIA

Óscar Cortés Abad¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XIX el devenir de la Administración pública ha estado marcado por decisiones y medidas destinadas a su reforma. Su nacimiento, como pilar del Estado que garantiza derechos y libertades a una ciudadanía entonces sometida al absolutismo del Antiguo Régimen, fue un punto de inflexión en la vertebración de las sociedades modernas.

El contrato social que consagra la distribución de poder en el Estado moderno puede imaginarse como un triángulo en cuyos vértices se situarían respectivamente ciudadanos, políticos y burócratas. En el vértice superior quedaría el ciudadano, fuente de soberanía (art. 1.2. CE), que delega su poder natural en sus representantes y las instituciones que conforman la arquitectura político-administrativa del Estado. Esta concepción pura del poder requiere a juicio de Dahl (1999: 47-48) que se establezcan garantías para la participación efectiva y la igualdad de voto dotando a la sociedad de capacidad para comprender las políticas y tener un criterio al respecto. En otro vértice del triángulo imaginario al que nos referiremos se situaría la política, que según Sartori (1984: 208) es “causa generadora no sólo de sí misma sino también de todo el resto, dada su supremacía”. La política tiene asignada la función de diseñadora de la realidad para promover el bienestar social,

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña e Ingeniero Industrial del ICAI. Profesor asociado en el Departamento de Ciencia Política y Administración de la Universidad Complutense de Madrid e investigador del Observatorio para la Transformación del Sector Público ESADE-PwC. Acreditado por ANECA como Profesor Contratado Doctor. Asesor del ministro de Justicia entre 2014 y 2018 y desempeñado diversos cargos en el sector público estatal. Actualmente dirige la comunicación digital del Ayuntamiento de Madrid.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6657-5582>

e-mail: ocorte01@ucm.es

usando para ello instrumentos como la generación de ideas, la toma de decisiones o la intermediación entre intereses contrapuestos. Por último, pero no menos importante, en el tercer vértice se sitúan la Administración y los funcionarios, responsables directos de la acción administrativa y encuadrados en estructuras cuyo poder es ejercido a través de la aplicación del principio de legalidad.

Con el paso de las décadas este triángulo que dibuja el modelo de contrato social clásico empieza a desarrollar una acusada asimetría debida a disfunciones en la doble delegación de poder que el ciudadano soberano otorga a políticos y burócratas. Es por lo que, en las últimas décadas del siglo XX y primera parte del siglo XXI, se suceden las reformas en un entorno social, político y económico que va alcanzando incertidumbre y complejidad. Moore (1995) atisba como la evolución que se va produciendo en la acción pública va acentuando su dimensión poliédrica, multifuncional, heterogénea e intangible superando a la tradicional visión jurídica por la que la acción pública se ciñe a garantizar los derechos e imponer obligaciones a unos ciudadanos “administrados”.

Las distintas olas de reformas administrativas han dado lugar a una política pública de naturaleza compleja que ha evolucionado desde hace décadas y donde el objeto va alcanzando diversos componentes. El denominador común de todas ellas es su ambición por un funcionamiento institucional que cumpla de manera efectiva con los principios de una “buena administración” que a su vez van variando con los cambios producidos en el entorno y las demandas de la ciudadanía: si es fundamental una Administración que funcione bajo criterios de eficacia y eficiencia, también lo es que sea abierta y transparente, que se sustente en una sólida ética pública para blindarse ante la corrupción, y que esté dotada de una función pública capaz. Pero a su vez, la “buena administración” objeto último de las reformas es también, como nos indica Rodríguez-Arana Muñoz (2014), un derecho del que son mercedores los ciudadanos como “accionistas” de unas Administraciones públicas constituidas para velar por el interés general configurándose un “derecho a la buena administración” reconocido como derecho fundamental por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 41).

La tecnología ha entrado con fuerza en nuestras vidas y es un recurso de alto impacto que está transformando todo tipo de organizaciones. La revolución digital se ha acelerado con la pandemia de la COVID-19 y aparecen nuevas tecnologías emergentes que vienen a impulsar aún más este proceso. En este capítulo abordamos el factor digital como palanca de la reforma administrativa para la mejora de la acción pública. Describiremos cómo la digitalización puede contribuir a las diversas políticas de transformación pública. Nos centraremos en

algunos aspectos jurídico-administrativos de su utilización en la Administración. Y finalmente miraremos al futuro más inmediato refiriéndonos a los programas públicos que se están poniendo en marcha para construir la España post pandemia.

II. LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y EL BUCLE INFINITO DE LA MEJORA DEL VALOR PÚBLICO

En la actividad pública se prestan servicios, se producen bienes en forma de derechos, se fijan obligaciones y se promueven valores de los que se benefician personas físicas o jurídicas que a su vez son usuarios, contribuyentes, administrados y votantes (Puig *et al.*, 1999). Todo ello incide en la percepción y la valoración que los ciudadanos (en sentido amplio) hacen de dicha actividad, siendo más valorados aquellos bienes públicos que ofrecen un valor directo más visible y cuestionados todos aquellos que a priori son fuente de gasto sin una contrapartida clara de valor².

El concepto de valor generado por la actividad pública tiene sus particularidades: en comparación con el sector privado, el sector público ha sido etiquetado tradicionalmente como un sector no productivo, consumidor de recursos, sin un retorno que fácilmente pueda cuantificarse. Se comprende entonces por qué lo público no se percibe en muchas ocasiones como una actividad creadora de valor: la imagen de éste se visualiza mejor cuando existen procesos de transformación física que dan lugar a productos terminados que se pueden vender en un mercado a clientes que pagan un precio por ellos.

La preocupación por mejorar los procesos de creación de valor público como trasfondo de la reforma administrativa es una constante en las últimas décadas. Es la razón por la que un funcionamiento eficaz y eficiente de la Administración ha sido el objeto de las reformas administrativas que recoge la literatura académica.

Comenzamos un rápido repaso con la dicotomía de Wilson. La propia separación “decisión – acción” que plantea fue un primer e importante avance a la hora de delimitar el funcionamiento administrativo que, a su vez, dio pie a la implantación del modelo clásico de burocracia moderna influenciado por la doctrina del *management* científico de Taylor. La estandarización y la especialización se consideraron factores clave para incrementar la eficacia del factor trabajo; a ellos, posteriormente se sumaron otras actividades como la dirección, planificación y organización según las teorías de Fayol.

² Según el último estudio del CIS “Opinión Pública y política fiscal” el 60% de los españoles creen que pagan más impuestos de lo que reciben.

El despliegue de los grandes servicios públicos del Estado del Bienestar condiciona el devenir de la Administración en la segunda mitad del siglo XX y conduce a un escenario “post burocrático” (Barzelay, 1998:173) en el que gana peso su dimensión como organización prestadora de servicios. Este hecho, unido a la crisis fiscal o al final del monopolio público en la provisión de determinados servicios -que obliga a las instituciones a convivir en condiciones de cuasi mercados- fuerza a repensar el modelo administrativo siendo necesario poner aún más énfasis en los principios de eficacia, eficiencia o economía de recursos (Gaebler y Osborne, 1992; Hood, 1991; Bouckaert y Pollitt, 2004).

Paralelamente la globalización social y económica que irrumpe con fuerza en la última década del pasado siglo supone una mayor fragmentación y heterogeneidad del mapa de actores que intervienen en la cosa pública. Esta mayor complejidad, junto a la intrínseca dificultad de los problemas retorcidos que han de abordarse desde la gestión pública, conduce a escenarios de gobernanza más sofisticados que apelan a un ejercicio del poder más colaborativo, con mayor interacción entre actores estatales y no estatales, y abierto a procesos de participación (Longo Martínez, 2012). De nuevo nos encontramos con la necesidad de abordar reformas para que los aparatos públicos se adapten a nuevas formas de funcionar y aprovechen al máximo las oportunidades brindadas por un contexto diferente.

La reforma administrativa ha puesto el foco en los últimos años en la necesidad de reconectar el gobierno con la ciudadanía. En este sentido el “buen gobierno” tiene que ver con la gestión de la desconfianza y el fortalecimiento de las instituciones para prevenir la corrupción.

La desconfianza sobre la actividad pública lleva instalada en la sociedad española desde la “Gran Recesión” (2008-2013) hasta nuestros días³. Una desconfianza que ha ido evolucionando: desde la frustración derivada de la caída de los modelos del bienestar (Acemoglu y Robinson, 2012), la falta de ética pública materializada en la catarata de ilícitos penales por corrupción que en muy poco tiempo han ido conociéndose, la débil rendición de cuentas durante la crisis de la COVID-19 y el incremento en la polarización que ha reducido drásticamente la confianza en los gobiernos (Castro y Cardenal, 2021). Todo ello ha acarreado un fuerte cuestionamiento de las bases del sistema político (Arenilla y Delgado, 2019).

Recuperar la confianza en el gobierno, mejorar la calidad democrática y disponer de instituciones fuertes frente a la corrupción son cuestiones centrales en nuestro

³ Según el barómetro del CIS de julio 2021 el mal comportamiento de los políticos o los problemas políticos en general siguen siendo el tercer y cuarto problema que más preocupan a los españoles. http://datos.cis.es/pdf/Es3330marMT_A.pdf

tiempo y ocupan un lugar importante en el debate científico y político en los últimos años. El paradigma de gobierno abierto nace en entornos político-institucionales anglosajones en los que se detectó la necesidad de adaptar la gestión pública a escenarios contemporáneos. Propone una nueva forma de gobernar acercando política e instituciones a los ciudadanos, situándolos en el centro de la acción pública y reforzando su papel de “accionistas” de la Administración a la par que “usuarios y co-productores” de sus servicios (Calderón Avellaneda, 2012).

Las reformas administrativas que ambicionan el gobierno abierto han formulado marcos jurídicos que dan soporte legal a estos principios. En España, se han aprobado una catarata de leyes de transparencia y de participación en los últimos años por parte del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales. La ley básica que sirve paraguas a todas ellas - la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno - supuso un hito en si misma al situar a España entre los países que imponen obligaciones en materia de transparencia (art. 5 a 8) y garantizar un nuevo derecho de acceso a la información pública (capítulo III). Una ley que ha ido viéndose superada por la sucesiva aprobación de leyes autonómicas y ordenanzas municipales, muchas de ellas más ambiciosas en aspectos como la información que las Administraciones están obligadas a publicar o las menores restricciones en el ejercicio del derecho de acceso. Como retos jurídicos en transparencia se plantean la aprobación del reglamento de la ley, el inacabado debate sobre si el acceso a la información ha de ser un derecho fundamental y la mayor autonomía orgánica, funcional y en medios del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que la Ley 19/2013 crea en su artículo 9. El debate sobre una transparencia eficaz -que materialice en hechos reales las promesas del discurso político y las propuestas teóricas del debate académico- es una asignatura pendiente, aún más si cabe tras el apagón ocasionado por la pandemia y las debilidades del modelo que ésta ha puesto en evidencia.

III. LA TECNOLOGÍA COMO PILAR DEL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

III.1. La tecnología que se ha incrustado nuestras vidas

Como hemos visto anteriormente los objetivos más inmediatos de cualquier política de reforma administrativa pasan por mejorar el funcionamiento de las burocracias públicas reconciliando a los ciudadanos con sus dirigentes e instituciones a través de un reequilibrio en las relaciones sociedad – gobierno. Se trataría, en definitiva, de una nueva generación de políticas de transformación en las que la reducción del sector público deja de ser un objetivo prioritario y es sustituida por otros como la eficacia y la eficiencia de los servicios, la lucha contra la corrupción o la calidad democrática.

Aunque desde mediados del siglo pasado el factor tecnológico empieza a reconocerse como fuerza motriz del crecimiento y la productividad es a comienzos de la última década cuando se empieza a acuñar el término “sociedad de la información” para denominar a aquella estructura socio económica, propia de los países avanzados, cuyos principales parámetros de referencia son los cambios producidos por nuevas tecnologías que facilitan un mundo globalizado e interconectado. Internet es el trasfondo tecnológico que da pie a un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanía, empresas e instituciones) para obtener, procesar y compartir cualquier información instantáneamente, a cualquier hora, desde cualquier lugar y en distintos formatos.

En nuestros días la ciudadanía ha adoptado de forma masiva las tecnologías y recurre a ellas de manera cotidiana para acceder a información (prensa *online*) y realizar trámites (portales de *e-reservas*) o transacciones comerciales (*e-commerce*). La pandemia de la COVID-19 no ha hecho sino acelerar el patrón de consumo de contenidos digitales: según el último estudio del Observatorio Nacional de Tecnologías y Sociedad de la Información ONTSI (2021) el 39% de la población española aumentó su frecuencia de consumo durante la pandemia y el 62,5% indica que las ventajas de Internet son superiores a los inconvenientes.

Los efectos que la tecnología está produciendo en la sociedad, y por extensión en las dinámicas públicas, son muchos y variados. Veamos algunos de ellos.

- a) *Las nuevas generaciones digitales*: van proliferando las personas para las que la tecnología es una parte sustancial de su *modus vivendi* y que han sido objeto de estudio por diferentes autores: Prensky (2009) acuñó el término de “nativo digital” para referirse a quienes se han formado con la tecnología ocupando un lugar central en sus vidas y han crecido y madurado con ella como seres humanos; Nielsen (2006) denominó “lurkers” a quienes a través de la tecnología manifestaban un consumo desaforado de contenidos; Hauben y Hauben (1997) etiquetaron como “netizens” a todos aquellos ciudadanos en red que conectaban e interaccionaban a través de las redes digitales. Para Boschma y Groen (2008) la “generación Einstein” ha crecido bajo la influencia de Internet y Gutierrez-Rubi (2014) destaca que el apego por lo digital es una de sus señas de identidad y la tecnología marca a sus vidas en cuestiones tan fundamentales como la socialización o el consumo.
- b) *La generalización de los inmigrantes digitales*: año tras año observamos como la penetración del uso de las tecnologías es cada vez mayor en los colectivos de más edad. Según la Fundación Telefónica (2021) el incremento de uso de Internet es más apreciable entre las personas de más edad: “el porcentaje de

usuarios diarios en la franja de los 55 a los 64 años ha crecido 7,8 puntos porcentuales en 2020, y se ha situado en el 72,7%. Entre los 65 y los 74 años el crecimiento ha sido de 7,4 puntos, y ha llegado al 50,7%. Por encima de los 75 años también se han producido notables incrementos. Los usuarios diarios de 75 y más años suponen el 17,1% del total, 5,2 puntos más que en 2019”. Según ONTSI (2021) el 77,4%, muchos de ellos mayores, aprecia que la tecnología les permitió mantener el contacto social durante el confinamiento.

- c) *La extensión de una nueva cultura digital*: se abre paso una nueva escala de valores vinculada a lo digital que han destacado autores como Himanen (2001), según el cual se extendería gradualmente una “ética hacker” asociada a principios como la creatividad y la curiosidad, el riesgo, la libertad, la generosidad de compartir sin contrapartidas o la accesibilidad. Principios todos ellos vinculados a la cultura de la innovación o de los grandes movimientos de emprendimiento digital y software libre que alumbraron algunos de los avances tecnológicos más destacados de las últimas décadas.
- d) *La creciente fractura digital*: nace de la desigualdad social y económica y se refiere a la separación que existe entre las personas que utilizan las tecnologías como parte de su rutina diaria y aquellas que no tiene acceso a las mismas o aun teniéndolo no saben utilizarlas. La pandemia ha agravado y ensanchado este fenómeno, muy especialmente en ámbitos sectoriales específicos como el educativo (González Martín *et al.*, 2021).
- e) *La preocupación por la privacidad*: la inquietud sobre el mal uso de tecnologías que son intensivas en el manejo del dato ha crecido sostenidamente durante la última década. Un 82% de ciudadanos muestra su preocupación por el destino de sus datos personales y casi el 80% desconfía de que empresas y gobiernos controlen lo que uno hace en Internet según el informe “Navegantes en la Red”. Esta preocupación social sobre posibles malas prácticas en el manejo de sus datos personales afecta a cuestiones tan extendidas como el uso del comercio electrónico, las redes sociales o los servicios *online*. Pero, además, destaca la importancia de asegurar la información y prevenir los ciberataques, el fraude y otros posibles delitos que se comentan online: según el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), durante el año 2020 se gestionaron 133.155 incidentes de los cuales 106.466 hacen referencia a ciudadanos y empresas.
- f) *La proliferación de las fake news*: otra preocupación creciente vinculada al uso intensivo de las tecnologías - y con gran incidencia en el debate público y el clima de opinión social - son las prácticas de desinformación que han proliferado en los últimos años. Según la Fundación Telefónica (2021), España es uno de los países donde más preocupan las *fake news* con un “65% de

españoles que manifiestan su malestar por no saber qué es verdadero y qué es falso en internet”. Las ventajas que hoy ofrecen las tecnologías en términos de acceder, conectar y compartir información son desventajas cuando a lo que se accede y comparte, con la misma o mayor facilidad, es desinformación. La desinformación puede producirse por el consumo de noticias falsas fabricadas por grupos de interés o por los propios sesgos de las plataformas digitales que ofrecen información personalizada en base a la interpretación que sus algoritmos hacen de las preferencias manifestadas por los usuarios. Esta construcción de “filtros burbuja” (Parisien, 2017) estrecha la mirada de la opinión pública y contribuye a una mayor polarización y fragmentación social.

- g) *La deshumanización*: algunos autores alertan sobre los riesgos de la tecnología al despojar al individuo de su propia esencia humana conduciéndonos a un “ciberleviatán” que allanará el camino “hacia una dictadura digital sin violencia” (Lassalle, 2019: 120). Esta deshumanización que sustituye la imperfección de un ser humano que yerra y es propenso a equivocarse por un “nuevo concepto de poder digital basado en datos” (p. 32). Las adicciones, la pérdida de tiempo para cultivar otras facetas de la naturaleza humana, la infantilización y merma sobre el análisis crítico o el razonamiento son otras de las patologías que más comúnmente se asocian al progreso tecnológico (Han, 2014)

III.2. La digitalización pública en los primeros ciclos de reforma y durante la pandemia de la COVID-19

Ante el empuje del progreso digital ninguno de los ámbitos sobre los que se sustenta la Administración pública hoy -por citar los más importantes: el Derecho Administrativo, la ética y el buen gobierno, la función pública o instrumentos básicos de gestión pública como la contratación de bienes y servicios- puede abstraerse de esta realidad.

La tecnología se ha situado como factor fundamental de algunas de las reformas de los últimos años. Abellán López (2015) sitúa en el tercer ciclo de la modernización de las Administraciones españolas, entre 1997 y 2004, el inicio de la e-Administración y la informatización de los puestos de trabajo. Sobre esta base se comenzó a trabajar en programas de modernización de los sistemas tributarios y seguridad social con una marcada dispersión normativa destacando la primera Ley de 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que dio pie al nacimiento del DNI electrónico.

La tendencia se consolida en el siguiente ciclo modernizador (entre 2005 y 2015) con proyectos como la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad

Financiera, la reforma CORA (entre 2012 y 2015), la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y medidas de reforma administrativa que incorporan todas ellas disposiciones tendentes a una mayor presencia de la tecnología en el funcionamiento del Estado. Como veremos posteriormente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) marcan un punto de inflexión en la regulación y el impulso de la Administración electrónica en España.

A pesar de este empuje normativo -que incluso permite a España situarse en primeros lugares del ranking de e-Administración en el mundo- llega la crisis de la COVID-19 y el funcionamiento de la Administración se ve considerablemente lastrado a partir de la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En primer lugar, la insuficiente digitalización fuerza que se introduzcan en el decreto antes referido las disposiciones 2ª y 3ª que declaran la suspensión de plazos procesales y administrativos algo que en la práctica supuso un auténtico “cierre de derechos”, de mayor gravedad aún en las circunstancias extremas que provocó el llamado “Gran Confinamiento” (marzo a mayo 2020) cuando el funcionamiento del Estado era clave.

En segundo lugar, la interconexión digital de los sistemas o una gestión por datos, de haber estado implantadas, hubieran ofrecido mayor eficacia y robustez a las estadísticas durante la pandemia.

En tercer lugar, el teletrabajo que anteriormente se intentó como experiencia mediante Orden APU/1982/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto en los departamentos ministeriales, con la llegada de la crisis tuvo que hacerse realidad de un día para otro⁴.

En cuarto lugar, también deben mencionarse las dificultades ocasionadas por una brecha digital que en el día a día ha supuesto un obstáculo para aquellos

⁴ A pesar del esfuerzo en poner en marcha el teletrabajo, se ha estimado que éste en la Administración General del Estado ha alcanzado al 62% de empleados públicos, quedando un 38% restante al margen, bien por ser sus funciones íntegramente presenciales o directamente por carecer de carga de trabajo y/o medios.

ciudadanos que, careciendo de conocimientos y herramientas básicos, se han visto en la necesidad de hacer trámites esenciales. Especialmente relevantes han sido el atasco en la gestión de los ERTE, los retrasos en la tramitación del Ingreso Mínimo Vital (IMV), los ataques informáticos al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) o el cierre de oficinas de empleo, seguridad social, MUFACE, etc. para asuntos tan esenciales como pedir una prestación que han dejado desamparados a miles de ciudadanos.

En quinto y último lugar, digitalización y pandemia nos han mostrado que una “super digitalización” de la Administración conduciría a una menor necesidad de aquellos puestos de trabajo dedicados a la tramitación administrativa, apoyo o realización de labores subalternas de baja cualificación y daría pie a pensar en una reconversión de las estructuras de puestos de trabajo como veremos más adelante.

Los acontecimientos ocurridos durante la pandemia dieron lugar a una catarata de medidas adoptadas durante las sucesivas fases de la misma que especialmente en los primeros meses, incorporaron disposiciones que, en los primeros meses singularmente, incorporaron disposiciones con la tecnología como protagonista. Repasando las más importantes, algunas fueron más acertadas que otras - entre las primeras, el pasaporte de vacunación y entre las segundas la aplicación RADAR COVID - y muchas han llegado para quedarse (como el teletrabajo o la acreditación telemática para la obtención de certificados digitales). Esta dinámica más los factores de contexto indicados anteriormente y las medidas de futuro que veremos a continuación aventuran una aceleración de la digitalización de la Administración pública y su consolidación como política palanca en la reforma del Estado.

Tabla 1. Algunas disposiciones con impacto tecnológico durante el Gran Confinamiento

Identificación por videoconferencia para la expedición de certificados electrónicos cualificados	RDL 11/2020 de 31 de marzo
Pago de deudas tributarias con tarjetas de crédito y débito mediante sistema Cl@ve PIN	Resolución de 15 de abril de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria
Chatbot Hispabot COVID19 y Asistencia COVID19	
Evaluación de la movilidad para control del confinamiento	Orden SND/297/2020 de 27 de marzo
Actos procesales mediante presencia telemática y agilización actuaciones	RDL 16/2020 de 28 de abril

Fuente: Elaboración propia, a partir de Cortés Abad (2020)

III.3. La tecnología como palanca de creación de valor público

Sintetizando, podemos identificar tres grandes áreas en las que la tecnología revela su potencial a la hora de aumentar la creación de valor público.

- Un mejor rendimiento de las burocracias públicas:* el primer ámbito sobre el que la tecnología tiene un importante impulso modernizador es el que tiene que ver con el funcionamiento interno de las burocracias públicas. Se trataría de pasar de una tramitación de procedimientos tradicional, sobre expedientes de papel, a otra digital; en este sentido, las tecnologías están sirviendo para ofrecer a los ciudadanos servicios en Internet, organizar la información, automatizar y facilitar tareas o controlar el estado de los expedientes administrativos. Esta aplicación de la tecnología sobre la tramitación administrativa refuerza derechos – por ejemplo, el de ser notificado por escrito y online en los plazos y términos establecidos, al abrir más canales que facilitan esta posibilidad – y da lugar a una mejora de la eficacia y eficiencia de la acción pública en términos de agilización, reducción de costes y mayor accesibilidad (7x24 h.).
- Procesos públicos más dinámicos y limpios:* la tecnología tiene potencial para dotar de mayor intensidad y dinamismo social en los procesos públicos, virtud que ya hace tiempo destacan autores como Castells (2001), o Subirats (2011). Este fortalecimiento de los procesos públicos podemos abordarlo desde una doble perspectiva. Por un lado, contribuye a un Estado más transparente con un control social más fuerte: la tecnología es clave para difundir contenidos relevantes, en tiempo real y con el sello institucional; para conectar información, convirtiéndose en un antídoto contra los “chiringuitos de poder” internos que construyen su *statu quo* a base de controlar y dosificar la información y que, en muchas ocasiones, son la razón principal de una merma en la calidad institucional. La publicación de datos en formato abierto ayuda a la toma de decisiones, pero también permite supervisar el funcionamiento de los servicios y favorece que florezcan ecosistemas sociales o empresariales. Por otra parte, la tecnología refuerza el derecho de participación: en la participación reglada favorece que determinadas audiencias o requisitos de información pública puedan realizarse de manera más eficaz en su versión electrónica, como por ejemplo permite el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno cuando remite al portal web correspondiente para llevar a cabo el trámite de audiencia pública en un proyecto normativo. En su dimensión no reglada existen múltiples herramientas – desde buzones, a portales de participación ciudadana, pasando por canales de redes sociales - que permiten a la ciudadanía expresarse en relación con determinadas cuestiones que o bien son planteadas por la Administración o bien afloran al debate público desde actores no gubernamentales como pueden ser asociaciones u otros grupos de interés.

La tecnología es un buen desinfectante contra la corrupción; su aplicación mejora las garantías en la identificación, trazabilidad y seguridad de los actos administrativos con unos estándares, los digitales, que son superiores a los existentes en papel. Su aplicación en áreas básicas en términos de prevención de la corrupción como la contratación pública es fundamental para dotar a esta actividad de una mayor transparencia y control que redunde en un mejor gobierno.

- c) *Asistencia en la toma de decisiones y servicios más avanzados*: la tecnología, especialmente la algorítmica puede contribuir a una mayor calidad en el proceso de decisiones, un elemento central de la acción pública: en primer lugar, durante la fase de anticipación o previsión permite analizar y planificar o predecir determinadas cuestiones; en segundo lugar, en el propio manejo (más eficiente) de la información necesaria para decidir (Lorenz *et al.*, 2021); por último, en la propia ejecución, facilitando propuestas, alternativas o simplificando los aspectos a considerar para dicha decisión (Criado *et al.*, 2020). Es posible también gracias a un manejo avanzado de datos la prestación de servicios personalizados al ciudadano, anticipando sus necesidades. Estamos en este caso ante un empleo de la tecnología de amplio potencial, pero también de alto impacto a la hora de ser aplicado a la Administración pública. Esa es la aproximación europea⁵ en cuanto al uso de la inteligencia artificial en áreas como las de autoridad o *law enforcement* (una de las funciones centrales de la Administración) o determinados servicios esenciales: los riesgos a la hora de que las máquinas induzcan sesgos, condicionen interpretaciones erróneas u ofrezcan resultados condicionados sin conocer los parámetros básicos de diseño o cómo fueron entrenados dichos algoritmos son muy elevados.

III.4. La tecnología en las relaciones interadministrativas

En un Estado compuesto como el español, con uno de los mayores niveles de descentralización administrativa de Europa, hay una relación directa entre la calidad institucional y la capacidad que tengan las Administraciones públicas de colaborar, coordinarse y cooperar. Es por tanto de suma importancia que estas facultades puedan realizarse en un entorno en el que las Administraciones aspiran a ser digitales; y más aún si hay una obligación legal como la indicada en el art. 3.2. LPAC - “las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios

⁵ La Comisión Europea ha lanzado en abril de 2021 el proceso para la aprobación de un marco regulatorio para la inteligencia artificial en Europa. En su propuesta inicial y refiriéndose a la utilización en ellas de algoritmos y otros sistemas de inteligencia artificial, califica la mayor parte de las actividades clave de la Administración pública de “alto riesgo”.

electrónicos”- y hay que garantizar derechos como el establecido en el art. 28.2. LPAC según el cual “los ciudadanos tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante” o el del art. 28.3. LPAC “las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos (...) que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración”.

Para lograrlo es preciso asegurar y garantizar un funcionamiento integrado de los sistemas tecnológicos y alcanzar la llamada “interoperabilidad”, entendida como la capacidad de los sistemas de compartir datos e intercambiar información entre ellos. La interoperabilidad es un proceso complejo que se enfrenta a numerosas dificultades. En primer lugar dificultades técnicas, por la propia dificultad de lograr que soluciones tecnológicas que nacieron con arquitecturas diferentes puedan en algún momento ser compatibles entre sí; en segundo lugar dificultades organizativas, derivadas de una fragmentación competencial que es ideal para que se multipliquen las soluciones que hagan la misma función; en tercer lugar dificultades políticas, por la tendencia natural de usar las herramientas tecnológicas propias como símbolo de identidad y gestión, sumada a la dificultad de sustituir proyectos propios (en los que se ha invertido dinero) por aquellos abandonados por otros.

Lo cierto es que la interoperabilidad es uno de los retos fundamentales por tres motivos. Por un lado, existen razones de eficiencia: la reutilización de soluciones optimiza el gasto en tecnologías de las diferentes Administraciones mientras que una mayor colaboración minimiza errores y esfuerzos. Por otro, hay razones de simplicidad: ciudadanos y empresas han de conocer y manejar menos aplicaciones y se reducen las cargas administrativas en sus relaciones con la Administración. Por último, la optimización de la información que se alcanzaría: el paraguas que da la utilización de un mismo sistema sobre el que se sustenten las estructuras de datos permite un tratamiento homogéneo y una mejor gestión de estos.

Desde este punto de vista la estrategia de interoperabilidad en los últimos años apuesta, entre otras medidas de carácter técnico, por incentivar el uso de sistemas comunes y promover la existencia de puntos únicos de acceso. Algunos ejemplos en la tabla 2.

Tabla 2. Ejemplos de sistemas que facilitan la interoperabilidad en la Administración pública española

	Nombre	Descripción
Sistemas comunes	Cl@ve	Es la plataforma común del sector público administrativo estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas, con vocación de ser utilizado por todas las Administraciones públicas
	FACE	Es el sistema de gestión de facturas electrónicas que permite la recepción en un solo punto las facturas electrónicas de la Administración correspondiente y gestionarlas
Puntos únicos de acceso	DEH	La dirección electrónica habilitada (DEH) es un punto único de notificaciones para todas la Administraciones públicas y la Administración de Justicia y facilita el acceso de los ciudadanos a ese tipo de comunicaciones emitidas por las Administraciones en el ejercicio de su actividad.
	PID	La plataforma de intermediación de datos (PID) aloja datos ya en poder de la Administración (por ejemplo, identidad, residencia, desempleo, títulos oficiales, TGSS, AEAT, catastro, dependencia, prestaciones públicas, etc.) que pueden utilizarse para consulta interna entre Administraciones evitando así tener que solicitarlos a los ciudadanos.

Fuente: Elaboración propia

IV. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El Derecho en general y, por supuesto, el Derecho Público, en particular, tienen la misión de proteger a las personas ante cualquier intento de vulneración de sus derechos por parte del poder. Esta consideración ha de ser tenida muy en cuenta al utilizar tecnologías cuyo objeto sea mejorar la calidad de vida de los ciudadanos ya el uso de estas no puede ir en menoscabo de los principios fundamentales del Estado de Derecho ni del papel central del ciudadano como sujeto propietario y destinatario de los servicios públicos. Como indica Rodríguez-Arana Muñoz (2014), se han de garantizar, también en el procedimiento administrativo electrónico - tanto en el general como en los especiales - los derechos de los ciudadanos.

Es por tanto necesario considerar como básico el “derecho a la buena Administración electrónica” (Sánchez Acevedo, 2016) que, a través de una serie de principios, contribuya preservar y mejorar los pilares de la buena Administración tradicional a la hora de abordar el desarrollo de la Administración digital.

Todos estos principios, que deben asegurar los sistemas que forman parte de la Administración digital, fortalecen las garantías de la acción administrativa y se

ven ampliados y mejorados respecto a los que se han venido manteniendo en la Administración clásica en papel:

- Principio de no discriminación o plena accesibilidad:* garantiza el acceso a la Administración por medios electrónicos y que éste no vaya en menoscabo del acceso por otro tipo de medios manteniéndose el derecho de presentar peticiones por canales electrónicos y no electrónicos. La vía electrónica sería pues una mejora del derecho de acceso. Además, se considera dentro de este derecho la necesidad de identificar y autenticar a los intervinientes en las actuaciones administrativas de forma fehaciente sin que haya ambigüedad en determinar que interactúa con la Administración.
- Principio de objetividad:* la actuación independiente, motivada y objetiva de las Administraciones públicas no debe verse alterada por el uso de medios electrónicos. Las actuaciones administrativas electrónicas y la aplicación de la tecnología a los procedimientos agilizarán los mismos, pero manteniéndose la obligación de que las resoluciones sean motivadas conforme a Derecho y amparadas en el ordenamiento jurídico.
- Principios de integridad y trazabilidad:* la protección frente a terceros de los documentos, expedientes, actos de comunicación, etc. y la existencia de sistemas que permitan identificar qué ha ocurrido con la información (quién, cómo, cuándo o dónde accedió a ella) dan más garantías de que los accesos sean controlados y autorizados, dejando rastro ante posibles incidentes que hayan tenido lugar. Asegurando la integridad de la información con instrumentos que impidan la manipulación de expedientes o documentos, así como la disponibilidad de esta, siete días a la semana las veinticuatro horas y su conservación por largos periodos de tiempo, la digitalización supone que acciones como alterar documentos, manipular firmas, acceder y poner a la luz expedientes, las pérdidas o sustracción de documentación requieran un mayor nivel de cualificación y sofisticación cuando una Administración está digitalizada que cuando no lo está.
- Principio de seguridad:* el almacenamiento centralizado de altos volúmenes de información en servidores o el tránsito de millones de bytes por redes de comunicaciones pueden estar sujetos a vulnerabilidad. Por ello la ciberseguridad se convierte en área estratégica que requiere especial atención y regulación y es uno de los principios rectores del funcionamiento de las Administraciones públicas (art. 3 LRJSP). El Esquema Nacional de Seguridad “tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos (...) y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada” (art. 156 LRJSP) y se

desarrolla mediante el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, modificado por el Real Decreto 951/2015. El objetivo fundamental es crear las condiciones para una actuación de las Administraciones públicas seguras para lo cual se establecen unos requisitos mínimos que garanticen esta protección y un catálogo de instrumentos técnicos (instrucciones, guías, auditorías, etc.) adecuados para cumplirlos.

- e) *Principio de privacidad*: cuando hablamos de garantías este principio merece especial atención y adquiere una relevancia singular. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen” (art. 8) y se da la circunstancia de que el progreso tecnológico, especialmente la inteligencia artificial, sitúa a los datos personales en una posición más expuesta que nunca quedando la privacidad más amenazada. Se impone la necesidad de ponderar el derecho ciudadano de tener el control de sus datos y la utilización de la tecnología como parte del proceso modernizador a través de una regulación exhaustiva.

Para asegurar estos principios fundamentales en un sistema tan garantista como el español es preciso armar un marco jurídico adecuado, al pasar de una burocracia en soporte papel - regulada por la vieja Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - a una burocracia electrónica. La primera norma de calado en este proceso fue la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que supuso un avance al establecer derechos para los ciudadanos en su relación electrónica con las Administraciones y una obligación de éstas a dotarse los medios adecuados.

La carencia más importante de esta ley- dejar al margen la regulación de la tramitación electrónica de procedimientos- fue lo que dio lugar a la antes mencionada LPAC como norma principal del procedimiento administrativo español y la LRJSPL como norma complementaria de medios al servicio de dicho procedimiento que junto al Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se prueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos y los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010) y de Seguridad (Real Decreto 951/2015), dotan de un marco jurídico propio a la llamada Administración digital y determinan cómo ha de ser la actuación administrativa basada en medios electrónicos.

Las leyes citadas garantizan el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones en el marco de un procedimiento (art. 13 y 14.1 LPAC) o, en su defecto, a ser asistidos por las mismas (art. 13 LPAC) e imponen a éstas la obligación de proporcionar dicha asistencia (art. 12 LPAC). Un primer matiz importante es que lo que para los ciudadanos particulares es un derecho, en el caso de las personas jurídicas (o asimiladas como por ejemplo los empleados públicos) se establece como una obligación (art. 14.2 LPAC) pretendiéndose, sin duda, que la utilización de medios electrónicos sea el sistema “por defecto” para todos aquellos colectivos a los que se les presuma un manejo cotidiano de los mismos, sin que ello les suponga merma en sus posibilidades de acceso a la Administración.

La normativa vigente ampara igualmente el soporte electrónico en el procedimiento. Así, los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos (art. 36 LPAC), las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y de manera obligatoria para determinados sujetos, personas jurídicas principalmente (art. 41 LPAC), los ciudadanos tendrán derecho a consultar el estado de su procedimiento a través de un punto general de acceso o la sede electrónica (art. 53 LPAC) y los expedientes tendrán formato electrónico (art. 70.2 LPAC). Se da validez legal a la posibilidad de identificarse y firmar por medios electrónicos a través de certificados cualificados de firma, de sello o mediante clave concertada (art. 9 y 10 LPAC) siendo a su vez un derecho del ciudadano su obtención y utilización (art. 13.g LPAC). Se establece la obligación para las Administraciones Públicas de disponer de registros electrónicos (art. 16 LPAC) y archivo electrónico de todos los documentos electrónicos correspondientes a procedimientos finalizados (art. 17 LPAC). Se da valor jurídico a documentos electrónicos expedidos por la Administración o a las copias, siempre que recojan una serie de requisitos (art. 26 y 27 LPAC). Se establece la notificación electrónica mediante comparecencia en sede o dirección electrónica habilitada (art. 43 LPAC).

Toda la arquitectura institucional y los instrumentos que habilitan un funcionamiento administrativo plenamente digital viene regulada en el capítulo V de la LRJSP y su correspondiente desarrollo reglamentario. De esta forma, la ventanilla de relación con la ciudadanía (o *front office*) se compone de elementos como la sede electrónica (art. 38 LRJSP) o los portales de internet (art. 39 LRJAP), se determina el régimen de firma (art. 40 y 43 LRJAP) como institución (mediante sello electrónico) o como funcionario habilitado (mediante certificado cualificado) y se habilitan actuaciones administrativas automatizadas (art. 41 LRJAP) sin que medie intervención directa de funcionario alguno.

V. LA TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON LA REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO

Hemos visto anteriormente que la tecnología es y será una de las palancas fundamentales para la reforma administrativa. Pero la tecnología difícilmente puede brindar todo su potencial transformador si no va acompañada de un capital humano capaz de sacar su máximo provecho. Es ese sentido en el que tiene lógica pensar que la tecnología y talento van de la mano como factores estratégicos de las políticas de transformación, en general, y en la transformación pública, en particular, durante los próximos años.

La reforma del empleo público, una de las reformas pendientes en nuestro país, es aún más perentoria cuando “el empleo que generará el sector público en las dos próximas décadas no puede ser otro que empleo de alta tecnificación o, como mínimo, de tecnificación media. Y, además, inmerso en un contexto de volatilidad y transformación continua” (Jiménez Asensio, 2019:30). Los diferentes procedimientos de gestión del empleo público estarán fuertemente condicionados por la revolución digital. Como indica Castillo Blanco (2021:19) “la incidencia en los perfiles de empleados públicos que necesitaremos en un futuro que ya está ahí (...) y que nos reclama competencias digitales de éstos, nuevas fórmulas de vinculación y organización de los mismos y una gestión de los recursos humanos mucho más flexible que el demandado por el modelo de Administración analógica todavía existente”.

Captar talento digital, retenerlo, reciclar a los empleados públicos “senior”, disponer de aparatos burocráticos eficientes y bien dimensionados requerirá cambios en los sistemas de selección, desarrollo y carrera profesional, los procesos de aprendizaje, el modelo retributivo, la estructura de puestos de trabajo, el número de efectivos, etc. Elementos todos ellos que condicionarán políticas de reforma en el empleo público con el objetivo de hacer que las Administraciones “sigan a la sociedad como la sombra sigue al cuerpo”⁶.

Entrando en detalles habría tres grandes aspectos en los que fijarnos:

a) *Los perfiles necesarios y su captación:* en sus niveles medio y alto, las Administraciones se han dotado tradicionalmente de perfiles con formación jurídico social. La tecnología va a acentuar la necesidad de perfiles STEM – ciencia, tecnología, ingeniería, matemáticas – o perfiles híbridos - los llamados HEAT humanidades, ingeniería, arte y tecnología. Incluso los perfiles de la rama jurídico social, que siempre serán la base fundamental del empleo público

de naturaleza administrativa, deberán conocer, comprender e interiorizar los efectos de la revolución digital para poder realizar funciones tan inherentes su especialidad como el ejercicio de potestades administrativas, la definición regulatoria o el diseño de políticas públicas. La incorporación del talento digital difícilmente puede seguir las formas clásicas de acceso al empleo público: la rápida obsolescencia del conocimiento tecnológico, la especialización requerida, la situación del mercado laboral y otros factores desaconsejarían la idea de encajar estos perfiles en la fórmula clásica de funcionario de carrera. Se impone un cambio, que tendrá que ser regulado y gestionado, para abrir la posibilidad a nuevas formas de vinculación más flexibles y acotadas en el tiempo, que podrían llevarnos según Jiménez Asensio (2020) a una Administración dual o multimodal en términos de empleo público.

- b) *La reconversión de las estructuras administrativas:* los estudios que van apareciendo apuntan todos ellos a que la tecnología va a suponer una pérdida importante de empleos de bajo valor añadido en los próximos años (Oxford Economics, 2019). El efecto transformador de la tecnología es aún más acusado en el sector público administrativo donde casi el 70% de los empleados corresponden a mandos intermedios y personal base y más del 60% de este colectivo podría jubilarse antes del año 2030. El contexto post pandemia y la aceleración de la automatización impulsada por las tecnologías de inteligencia artificial invita a pensar que en los próximos años se abre un escenario de reconversión administrativa. Está por ver si este proceso en el que se conjugan tecnología y relevo generacional - que pudiera ser natural y tranquilo, tal y como apunta Ramíó Matas (2019) - es gobernado desde la dirección de las instituciones como política pública o, por el contrario, va atendándose con medidas parciales y coyunturales sin aprovechar la oportunidad que se abre para modernizar de una vez por todas nuestras Administraciones.
- c) *La reinversión de los profesionales públicos:* la estabilidad es seña de identidad del empleo público. En otros tiempos, los cambios producidos en el entorno durante una larga carrera funcionarial eran mucho menos relevantes –en términos cuantitativos y cualitativos– que lo son hoy en la llamada “era digital”. Lo digital impacta no sólo en la capacidad de usar tecnologías o de diseñar soluciones tecnológicas; sus implicaciones van mucho más allá, afectando a la forma de trabajar o incluso al diseño de políticas (por ejemplo, las de gobierno abierto demandan competencias digitales a los empleados públicos que las dirigen según Salvador Serna y Ramírez Hernández, 2016). También incide en la definición de políticas entender el contexto y la consecuencia sobre el capital humano es evidente: el conocimiento y las habilidades sufren una obsolescencia precoz y es preciso, para empleado y empleador, una actualización continua.

⁶ Frase atribuida a Joan Prats, catedrático de Ciencia Política fallecido en 2005.

La capacitación en competencias digitales, de carácter transversal, es prioritaria para impulsar la recualificación de los empleados públicos; y, por otra parte, corresponde a estos adoptar una actitud proactiva respecto al aprendizaje continuo a lo largo de toda la carrera profesional para poder seguir siendo útiles a su Administración.

VI. EL FUTURO MÁS INMEDIATO. PLANES PARA ACELERAR LA DIGITALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

El futuro más inmediato viene marcado por la pandemia de la COVID-19 y las políticas desplegadas para salir lo antes posible de la crisis sanitaria, económica y social ocasionada por la misma.

Una pieza clave en el marco post pandemia es el fondo de recuperación *Next Generation EU* aprobado por el Consejo Europeo en julio de 2020 que inyectará un total de 750.000 millones de euros a la economía de los Estados miembros para mitigar los negativos efectos de la pandemia. Este acuerdo político, de gran relevancia en el proceso de construcción europea, se articula a través del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia (en adelante, MRR) que constituye el núcleo financiero del fondo y que financiará – aproximadamente la mitad en transferencias y la otra mitad en préstamos reembolsables – un sinfín de proyectos articulados en cuatro ejes fundamentales: transición ecológica, transformación digital, cohesión territorial y social e igualdad de género.

La digitalización es por tanto una palanca principal de política pública europea en la próxima década y se materializa en una estrategia europea (*Digital Compass*) que marca cuatro grandes objetivos con el horizonte puesto en el año 2030: 1) al menos un 80% de los adultos europeos deben tener competencias digitales básicas; 2) todos los hogares deben tener conectividad Gb y las áreas concurridas cobertura 5G; 3) un 75% de las empresas deberían usar servicios en la nube, *big data* o inteligencia artificial; 4) todos los servicios públicos básicos deben estar disponibles *online* y el 80% de los ciudadanos usar una identidad digital.

La estrategia europea y la financiación extraordinaria derivada del programa *NextGen EU* son el marco para el desarrollo de políticas de reforma administrativa que tienen por base la digitalización en los próximos años. La más importante de todas ellas es la adoptada con la aprobación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR) que sintetiza las inversiones y los compromisos de reforma que adquiere el Reino de España con Europa para tener acceso a los

140.000 millones de euros del MRR que corresponden a nuestro país. En el caso español el PRTR consta de diez políticas palanca y treinta componentes, una de las cuales, la política “IV Una Administración para el siglo XXI” - en la que se incluye el componente “11 Modernización de las Administraciones públicas” - se refiere al tema que nos ocupa.

Dentro de las reformas comprometidas nos referimos someramente a las más importantes:

- a) *Reformas en empleo público y gobierno abierto*: con el compromiso de reducir la temporalidad y regular la figura del personal interino, aprobar una Ley de Función Pública en la Administración General del Estado, reforzar las capacidades de los empleados públicos (principalmente las digitales), mejorar la captación de talento, aprobar una ley para la evaluación de las políticas públicas y avanzar en las relaciones interadministrativas.
- b) *Reformas en justicia*: con el compromiso de aprobar tres leyes basadas en la eficiencia (procesal, organizativa y procesal) así como un nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- c) *Reformas en contratación pública*: con el compromiso de aprobar una nueva Estrategia Nacional de Contratación Pública que la profesionalice y la haga más electrónica.

Acompañando a las reformas se comprometen más de 4.300 millones en inversiones destinados en su mayor parte a la digitalización de la Administración pública en el periodo 2021-2023: 1.000 millones para la modernización de la Administración General del Estado, 1.000 millones para la modernización de las Administraciones Territoriales y 1.200 millones para la modernización de las áreas sectoriales más estratégicas como Justicia, Seguridad Social, Empleo, Sanidad y Seguridad.

Comprobamos pues como las reformas e inversiones en los próximos años en el sector público tienen a la digitalización de principal hilo conductor. Para hacerlas efectivas se han aprobado tres planes muy relevantes:

- a) *Plan para la Digitalización de la Administración General del Estado (2021-2025)*: este programa pretende dar un impulso a la digitalización con una inversión de 2.600 millones en los primeros años. Se pretende que el 50% de los servicios públicos digitales pueden realizarse desde teléfonos móviles con la posibilidad de incorporar el DNI en estos dispositivos, mejorar la experiencia de los usuarios de la Administración digital simplificando los sistemas de identificación con tecnologías basadas en elementos biométricos, fomentar plataformas comunes

para una tramitación automatizada y destinar inversiones relevantes a un Centro de Operaciones para la Ciberseguridad.

- b) *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*: es otro de los paraguas programáticos para impulsar la digitalización en España en cumplimiento con las directrices europeas. Concretamente se trata de canalizar esfuerzos en las llamadas tecnologías emergentes en la economía española en general y las Administraciones públicas en particular. La inteligencia artificial ocupa un lugar prioritario en estas tecnologías y el eje número 5 del plan se refiere tanto a favorecer su uso el sector público -procedimientos, decisiones, servicios- como al rol de este en el fomento de esta tecnología para su desarrollo en la economía, promoviendo misiones estratégicas nacionales.
- c) *Plan Nacional de Competencias Digitales*: se trata del programa que tiene por objetivo alcanzar un elevado nivel de alfabetización digital en la sociedad. Refiriéndonos a las Administraciones públicas una de las líneas estratégicas del plan agrupa las acciones destinadas a la formación en competencias digitales – tanto generales para el conjunto de empleados públicos como especiales para empleados de formación TIC – a través de un programa específico diseñado por el Instituto Nacional para la Administración Pública que consta de dos líneas de actuación: un plan de renovación de perfiles y un modelo de captación en los procesos selectivos que tenga en cuenta la capacitación digital. El presupuesto del plan es de 3.600 millones de euros.

Todos estos programas se articulan a través del PRTR y los fondos *NextGen* EU, así como el vehículo jurídico aprobado para su implementación, el 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. Dicha norma establece disposiciones para la agilización y simplificación de los procedimientos que tengan que ver con la aplicación de los fondos, la gobernanza y seguimiento administrativo de los mismos o las fórmulas jurídicas para su aplicación a través de la colaboración público-privada. Concretamente, el título IV recoge las disposiciones para flexibilizar la gestión pública, actualizando la función interventora (art. 45), permitiendo la tramitación anticipada de expedientes de gasto hasta un 50% de los fondos (art. 39), decretando el procedimiento de urgencia (reducción de plazos) (art. 48) o modificando los umbrales económicos de los procedimientos (art. 51 y 52).

VII. CONCLUSIONES

Casi doscientos años han transcurrido desde el famoso manifiesto “Vuelva Usted Mañana” de Larra y se han sucedido diferentes reformas, todas ellas con la ambición de modernizar la acción administrativa y optimizar su funcionamiento a través de una mayor eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, participación o colaboración.

El procedimiento, la arquitectura institucional y las fórmulas de gestión han sido tradicionalmente objeto de dicha modernización. Y la norma, además de instrumento fundamental para dotar de validez a los cambios, ha sido durante décadas la palanca fundamental para impulsarlos.

La objetividad, independencia o el respecto de la ley son pilares del buen gobierno y han dotado a la Administración pública de la suficiente estabilidad, continuidad y garantías, atributos todos ellos de los que los ciudadanos nos venimos beneficiando desde hace décadas. Ahora, cercanos ya al segundo centenario de Larra, la tecnología emerge como palanca de transformación de la sociedad, la economía y las instituciones y se convierte en factor clave para la buena administración de los asuntos públicos. Más aún en un contexto pandémico en el que el papel central que las tecnologías de la información han ocupado ha permitido la continuidad de la actividad durante los grandes confinamientos y ha cristalizado en transformaciones que han llegado para quedarse.

Agilidad, flexibilidad, accesibilidad, proactividad, continuidad, integridad, transparencia, rendición de cuentas, simplicidad son, por citar algunos, atributos fundamentales para una buena administración en nuestros días. Alcanzarlos hoy es inviable sin la adopción de las tecnologías en las Administración pública por lo que éstas son ya y serán un ingrediente esencial de las políticas de reforma.

Como hemos visto en este capítulo la tecnología determina procedimientos más ágiles y accesibles, sirve de sustento para la toma de decisiones, para la personalización de los servicios públicos. La transparencia no es factible sin una tecnología que permita diseminar información de manera más eficiente, sin plataformas digitales que faciliten los procesos de participación y rendición de cuentas. La prestación de servicios, la atención ciudadana, el ejercicio de potestades administrativas, la relación entre Administraciones para colaborar o cooperar, la información pública, son todas dimensiones de la actividad pública en las que la tecnología está y va a estar cada vez más presente. La revolución digital tiene una relación directa con el talento y la reforma del empleo público que va a necesitar nuestro país: el tipo de perfiles necesarios, su vinculación jurídica a la Administración que los vaya a emplear, las necesidades de reciclaje profesional o los procedimientos de captación del talento que va a ser necesario son, por citar algunos, aspectos en los que las tecnologías de la información tienen clara incidencia.

Pero la utilización de las tecnologías en el sector público requiere de una adecuada regulación, especialmente si nos referimos a las tecnologías emergentes en las que se incluyen las diferentes modalidades de inteligencia artificial. Las normas que regulan el procedimiento administrativo han sido adaptadas para facilitar que la Administración ejerce sus funciones de manera electrónica y que los ciudadanos pueden relacionarse con ella usando medios digitales sin una merma de derechos. Pero la regulación tendrá que ir más allá a la hora de determinar las condiciones en las que algoritmos, sistemas biométricos, plataformas *blockchain* u otras soluciones de última generación se aplican para ofrecer servicios públicos, tomar decisiones, identificar a los ciudadanos o dotar de garantías a las actuaciones administrativas.

La evolución hacia una Administración post burocrática capaz de conectar con un nuevo modelo de ciudadanía y sociedad será favorecida por la financiación europea y los planes que derivan de la misma. Pero no será suficiente: un cambio de tal magnitud ha de estar basado en una actualización de los valores que sustentan lo público, un fortalecimiento institucional del liderazgo y la dirección ejecutiva de las Administraciones y una orientación a la calidad del servicio y a la eficiencia que ofrezca soluciones satisfactorias para los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN LÓPEZ, M.A. (2015): “Un balance de la modernización autonómica y las tensiones intergubernamentales”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 2, núm. 2, págs. 165-185. Fecha de consulta: 29-07-2021. URL: <https://revistas.ucm.es/index.php/CGAP/article/view/51571>. DOI: https://doi.org/10.5209/rev_CGAP.2015.v2.n2.51571

ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012): *Why nations fail*. New York: Crown Publishers

ARENILLA, M. y DELGADO, D. (2019): “Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm.16, págs. 36-53. Fecha de consulta: 16-07-2021.

Barómetro de julio (2021). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Fecha de consulta: 26-07-2021. URL: http://datos.cis.es/pdf/Es3330marMT_A.pdf.

BARZELAY, M. (1998): *Atravesando la burocracia, una nueva perspectiva de la Administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica.

BOSCHMA, J. y GROEN, I. (2008): *Generación Einstein*. Madrid: Gestión 2000.

BOUCKAERT, G. y POLLITT, C. (2004): *Politics and Management. Public Management Reform: A Comparative Analysis*. Londres: Oxford University Press.

CALDERÓN AVELLANEDA, C. (2012): “Por qué un Gobierno Abierto”, en CONCHA, G. y NASER, A. (coords.): *El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad*, págs. 27-47. Santiago de Chile: CEPAL. Fecha de consulta: 19-07-2021.

CASTELLS, M. (2001). *La galaxia de Internet*. Barcelona: Areté.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2021): “Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?”, en *Documentación Administrativa*, núm. 7, págs. 8-32. Fecha de consulta: 10-08-2021. URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10889>; DOI: 10.24965/da.i7.10889

CORTÉS ABAD, O. (2020): “La Administración tras el coronabreak. Políticas para, ¿un nuevo paradigma administrativo”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 24, noviembre 2020, págs. 6-23. Fecha de consulta: 04-08-2021. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.i24.10811>.

CRIADO, J.I., VALERO, J. y VILLODRE, J. (2020): “Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system”, en *Information Polity*, núm. 25, págs. 449-470. Fecha de consulta: 07-08-2021. DOI: 10.3233/IP-200260.

DAHL, R. (1999): *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus.

Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro (2019), en *Blog de Rafael Jiménez Asensio*. Fecha de consulta: 06-08-2021. URL: DOCE TESIS Y SEIS HIPÓTESIS SOBRE LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y SU FUTURO-3 (wordpress.com).

El 62,5% de los funcionarios del Estado hacen teletrabajo (2020), en *Diario del Siglo XXI*. Fecha de consulta: 16-07-2021. URL: <http://www.diariosigloxxi.com/texto-s/mostrar/360771/625-funcionarios-estado-hacen-teletrabajo>

Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (2021). Madrid: Gobierno de España. Fecha de consulta: 12-08-2021. URL: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/201202_ENIA_V1_0.pdf.

Estudio sobre usos y actitudes de consumo de contenidos digitales en España (2021) Madrid: Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. Fecha de consulta: 09-07-2021. URL: <https://www.ontsi.red.es/es/estudios-e-informes/contenidos-digitales/usos-actitudes-consumo-contenidos-2021>.

GAEBLER, T. y OSBORNE, D. (1992): *La reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Barcelona: Ediciones Paidós.

GONZÁLEZ MARTÍN, M.R., LADERA DÍAZ, J. MATEO DÍA, C.y QUINTANILLA NAVARRO, I. (2021): “Educación, pandemia y brechas digitales: lecciones de un momento insólito”, en *Participación educativa. Segunda Época*, vol. 8, núm. 11, mayo, pág. 61-72. Fecha de consulta: 24-07-2021. URL: <https://hdl.handle.net/11162/210487>.

GUTIERREZ-RUBÍ, A. (2014): *Tecnopolítica*. Madrid: LuzAzul Ediciones.

¿Ha aumentado la COVID-19 la confianza en los gobiernos? (2021), en *Agenda Pública*. Fecha de consulta: 20-07-2021. URL: <https://agendapublica.es/ha-aumentado-la-covid-19-la-confianza-en-los-gobiernos/>.

HAN, B.C. (2014): *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder.

HAUBEN M. y HAUBEN, R. (1997): *Netizens: On the history and impact of usenet and the Internet*. Wiley: IEEE Computer Society Pr.

HIMANEN, P. (2001): *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*. Barcelona: Destino.

HOOD, C. (2011): “From FOI world to wikileaks world: a new chapter in the transparency story?”, en *Governance*, vol. 24, núm. 4, págs. 635-638. Fecha de consulta: 16-07-2021. DOI: 10.1111/j.1468-0491.2011.01546.x.

How Robots change the world (2019). Oxford: Oxford Economics. Fecha de consulta: 10-08-2021. URL: <https://resources.oxfordeconomics.com/how-robots-change-the-world>.

INCIBE gestionó más de 130.000 de ciberseguridad durante el año (2021), en *INCIBE*. Fecha de consulta: 19-07-2021. URL: <https://www.incibe.es/sala-prensa/notas-prensa/incibe-gestiono-mas-130000-incidentes-ciberseguridad-durante-el-ano-2020>.

MOORE, M. (1995): *Creating public value. Strategic management in government*. Cambridge: Harvard University Press.

Navegantes en la Red – Encuesta AIMC a usuarios de Internet (2021): Madrid: Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación. Fecha de consulta: 19-07-2021. URL: <https://www.aimc.es/otros-estudios-trabajos/navegantes-la-red/>.

NIELSEN, J. (2006): *The 90-9-1 rule for participation inequality in social media and online communities*. Fecha de consulta: 11-07-2021. URL: <https://www.nngroup.com/articles/participation-inequality/>.

LASSALLE, J.M. (2019). *Ciberleviatán*. Madrid: Arpa Editores.

LONGO MARTÍNEZ, F. (2012): “Innovación en gobernanza: entornos colaborativos y liderazgos relacionales”, en *Ekonomiaz*, núm. 80, págs. 47-69. Fecha de consulta: 11-07-2021.

LORENZ, L., MEIJER, A., y SCHUPPAN, T. (2021): “The algocracy as a new ideal type for government organizations: predictive policing in Berlin as an empirical case”, en *Information Polity*, núm. 26, págs. 71-86. Fecha de consulta: 07-08-2021. DOI: 10.3233/IP-200279

Opinión Pública y Política Fiscal (2021). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas. Fecha de consulta: 26-07-2021. URL: http://datos.cis.es/pdf/Es3332marMT_A.pdf.

PARISIER, E. (2017): *El filtro burbuja, cómo la web decide lo que leemos y lo que pensamos*. Barcelona: Taurus.

Plan Nacional de Competencias Digitales (2021). Madrid: Gobierno de España. Fecha de consulta: 12-08-2021. URL: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf.

Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2021). Madrid: Gobierno de España. Fecha de consulta: 12-08-2021. URL: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

PRENSKY, M. (2001): “Digital natives, digital immigrants”, en *On the Horizon*, vol. 9, núm. 5, págs. 1-6. Fecha de consulta: 08-07-2021.

PUIG, T., RUBIO, L. y SERRA, A. (1999): “El marketing, el marketing de servicios y la gestión pública”, en LOSADA i MARRODÁN, C. (ed.): *¿De burócratas a gerentes?. Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*, págs. 109-139. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo. Fecha de consulta: 02-07-2021.

RAMIÓ MATAS, C. (2019): *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Los libros de la Catarata.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2014): “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea”, en *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, núm., 2, págs. 72-93. Fecha de consulta: 03-08-2021. DOI: 10.14409/rr.v1i2.4619.

SALVADOR SERNA, M. y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, O. (2016): “Gobierno abierto y competencias digitales: Transformando la administración pública para afrontar los retos del nuevo paradigma”, en *Cuadernos De Gobierno Y Administración Pública*, vol. 3, núm. 1, págs. 1-13. Fecha de consulta: 11-08-2021. DOI: 10.5209/CGAP.52992.

SÁNCHEZ ACEVEDO, M. (2016): *Derecho a la buena administración electrónica*, Tesis doctoral. Valencia: Universidad de Valencia. Fecha de consulta: 08-08-2021. URL: <http://hdl.handle.net/10550/50882>.

SARTORI, G. (1984): *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Sociedad Digital en España 2020-2021 (2021): Madrid: Fundación Telefónica. Fecha de consulta: 20-07-2021. URL: <https://www.fundaciontelefonica.com/cultura-digital/publicaciones/sociedad-digital-en-espana-2020-2021/730/#close>.

SUBIRATS, J. (2011). *Otra sociedad, ¿otra política?*. Barcelona: Icaria Editorial.

PUNTOS DE ACCESO ELECTRÓNICO, REGISTRO ELECTRÓNICO Y CARPETA CIUDADANA.

Susana E. Castillo Ramos-Bossini¹

I. INTRODUCCIÓN: LA PUESTA EN MARCHA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y SUS DIFICULTADES.

La puesta en marcha de una Administración electrónica requiere, como ya puede imaginarse, de ciertos elementos básicos sin cuya presencia resulta notoria la imposibilidad de su puesta efectiva en funcionamiento en lo que se refiere a las relaciones que ésta ha de mantener con el ciudadano. Y, como es suficientemente conocido, el legislador estatal y los correspondientes autonómicos, han abordado en los últimos años dicha tarea que presenta resultados muy dispares, algunas lagunas y no pocas carencias (Martín Delgado, 2020). Sin lugar a dudas, se requieren nuevos esfuerzos y esperamos que el reciente Plan para la Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025 logre lo que los anteriores planes, programas, etc. no han logrado de forma efectiva, a pesar del importante avance en la oferta de servicios públicos en forma electrónica que se han alcanzado en los últimos años, como muestra el último Digital Economy and Society Index 2020.

En este capítulo se abordan, precisamente, aquellos elementos básicos, sin duda hay otros, que hacen materialmente posible esa relación electrónica entre la Administración y el ciudadano y sin cuya presencia, ha de subrayarse de nuevo que efectiva, no resulta posible materializar las previsiones que a estos efectos se contienen tanto en las normas estatales y autonómicas sobre el procedimiento administrativo electrónico y las relaciones con la ciudadanía.

¹ Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Granada. ORCID:0000-0002-2993-8065. susanacrbossini@ugr.es.

La cuestión no resulta baladí y, a pesar de su aparente simplicidad, la articulación de estos elementos básicos, su interoperabilidad todavía lejos de alcanzar y neutralidad, las garantías de su calidad y seguridad, no han resultado fáciles de implementar ni, consecuentemente con ello, de ponerse en marcha de forma efectiva las previsiones normativas a estos efectos establecidas y de los que oportunamente advirtió la doctrina (Rivero Ortega y Fernández Nieto: 2016). Es más, cuando se ha realizado precipitadamente, como en el ámbito tributario, se ha puesto de manifiesto una cierta deferencia hacia la Administración y no para el ciudadano (Martín Queralt: 2017). Esto se ve corroborado con los sucesivos aplazamientos de la entrada en vigor de las mismas que, como es conocido, son determinantes para implementar la obligatoriedad de las relaciones de la Administración con la ciudadanía a través de estos medios digitales². Y es que, ciertamente, el ámbito subjetivo de aplicación de las denominadas leyes “gemelas” es muy amplio, cercano a once mil ochocientos sujetos diferentes se calcula, pues comprende la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración local y sus respectivos sectores públicos institucionales en los términos que delimita la legislación procedimental común.

Lo que no ha estado exento de cierta polémica jurídica. Y es que, en efecto, ya se trate de la propia obligación de relacionarse con la Administración, ya sea la subsanación electrónica, y algunas otras cuestiones suscitadas en estos últimos años, la no entrada en vigor de la norma ha ocasionado un debate doctrinal, y también judicial, sobre las previsiones que a este respecto plantea la legislación de procedimiento administrativo.

En efecto, de un lado, se han situado quienes han mantenido que la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración no se veía afectada por

² Como es conocido, ya la disposición final séptima de la Ley 39/2015 postergó los efectos relativos al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico que producirían efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley, es decir, hasta 2018. Bien es cierto que, con posterioridad, esta disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, fue modificada, a su vez, por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que retrasó la misma hasta 2 de octubre de 2020. Pero es que, y dada la situación pandémica provocada por el COVID-19, la nueva entrada en vigor ha cambiado puesto que “ha obligado durante estos últimos meses a las diferentes administraciones públicas a priorizar la asignación de recursos humanos y tecnológicos al robustecimiento de las infraestructuras y medios tecnológicos existentes para garantizar su funcionamiento, la prestación de los servicios públicos por sus empleados de forma no presencial” y de esta forma se atrasó por seis meses hasta 2 de abril de 2021 según prevé el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales. Plazo que no parecía sencillo de cumplir, pero que finalmente, con distintas carencias se ha mantenido y reforzado por el RD 203/2021 que fija precisamente esa fecha para su entrada en vigor.

dicha demora -sobre todo en aquellos supuestos en que ya se tiene implantado el registro electrónico- y son aplicables las previsiones de la de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre de desarrollo de la misma relativos a las materias mencionadas, que justificarían que las personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración están obligadas a ello. Por otro lado, se situaba la postura de quienes entendían que la obligatoria presentación electrónica de documentos a las Administraciones públicas, por las personas obligadas a ello, no les puede ser impuesta dada la literalidad de la disposición final séptima, con lo que podrá realizarse a través del registro electrónico respecto de las Administraciones que ya lo tuviesen implantado al amparo de la disposición transitoria cuarta, o podría seguir realizándose de forma presencial en las modalidades contenidas en el artículo 16.4 LPAC (Lozano, 2020)³.

En este sentido, y manteniendo la imposibilidad de su entrada en vigor, la sentencia del TSJ de Castilla la Mancha núm. 286/2017, de 27 de diciembre de 2017 (recurso 286/2017) mantuvo la intervención presencial de una persona jurídica hasta octubre de 2018, asumiendo la tesis de la parte apelante y entendiendo que “la inadmisión de los escritos presentados en papel tanto en el Registro de la Comunidad de Madrid como por correo certificado debieron haber sido admitidos por el Ayuntamiento”. O, si nos referimos a los efectos de la subsanación por falta de presentación electrónica de la solicitud, la sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 968/2018, de 30 de octubre de 2018 (rec. 356/2018), al considerar que el artículo 68.4 de la LPAC todavía no había entrado en vigor cuando se interpuso el recurso en el año 2017 al haberse prorrogado su entrada en vigor hasta octubre de 2018⁴.

³ Entiende dicha autora que:

“Esta ampliación del plazo de plena entrada en vigor de la Administración electrónica, al igual que la anterior, no afecta a la vigencia, desde el 2 de octubre de 2016, de la obligatoriedad de que ciertos administrados se comuniquen electrónicamente con las Administraciones Públicas conforme a las disposiciones de la LPAC (arts. 14.2 y 14.3).

Sin embargo, esta obligación de los administrados sigue viéndose flexibilizada, hasta el 2 de abril de 2021, en dos sentidos:

a) En primer lugar, y de modo evidente, ningún perjuicio podrá derivarse para el particular que no haga uso de la comunicación electrónica, aun siendo uno de los obligados a hacerlo, cuando la Administración no cuente todavía con el Punto de Acceso general electrónico o con los registros electrónicos necesarios para ello.

b) Pero, además, en los casos de Administraciones que sí hayan completado su adaptación electrónica y exijan este medio de comunicación, existe sobrada base jurídica para argumentar que, en el supuesto de presentarse en soporte papel una solicitud que debía haber sido electrónica, los efectos de la subsanación siguen siendo, hasta el 2 de abril del 2021, los previstos en el art. 32.3 del Real Decreto 167/2009, y no los estipulados por la LPAC, pues la vigencia de este precepto se prorroga expresamente por la disposición derogatoria única.2 de la LPAC.”

⁴ Polémica que se ha mantenido también en las redes sociales, y en los blogs respectivos, entre Diego Gómez de mercado. («La subsanación electrónica del art. 68.4 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo») y «Réplica a Sevach sobre la subsanación electrónica del art. 68.4 Ley 39/15»), y J. R. Chaves García «La controvertida subsanación electrónica»).

En cualquier caso, y con independencia de cual sea el resultado de ese debate doctrinal y jurisprudencial, el mismo ha perdido su vigor con la aprobación del 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 que ha puesto punto y final a este *impasse*, no sin ciertas críticas, dadas las carencias aún subsistentes para hacer efectivas todas las consecuencias derivadas de las disposiciones legales.

En cualquier caso, lo cierto es que, como se apuntaba, son en estos extremos donde radica la base para el tránsito de una Administración analógica a otra digital. Y todavía estamos en el limbo de su efectiva entrada en vigor que, a la vista de los cambios y transformaciones que acontecen en la sociedad, no parecería admitir más demoras.

De otro lado, y antes de comenzar su análisis, ha de apuntarse que, a la vista de las normas dictadas, lo cierto es que se produce cierta confusión entre distintos conceptos que serán objeto de estudio en este capítulo - muy específicamente entre sede electrónica y páginas web- o entre portal y punto de acceso-, aunque indudablemente, hemos de reiterarlo, la puesta en marcha de cualquier iniciativa para digitalizar efectivamente la Administración tiene en éstos y en su entrada en vigor la clave de bóveda para la puesta en marcha de una Administración digital y de ahí precisamente el interés de su análisis y el examen de sus requisitos.

II. LOS PUNTOS DE ACCESO ELECTRÓNICO: CONCEPTO Y PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la LPAC, referente a los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas, los ciudadanos tienen derecho a comunicarse con las administraciones públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración⁵.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la comunicación desde las Administraciones al ciudadano, el artículo 43.4 contempla, asimismo, que los interesados de los procedimientos podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso

⁵ Desde el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se ha elaborado la Carta de Derechos Digitales de España, actualmente sujeta al trámite de consulta pública, uno de los compromisos del denominado plan España Digital 2025. En su apartado XVI, titulado Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas su apartado 1 reconoce el derecho de igualdad en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. A tal fin se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso a los sistemas y los procedimientos. Y en su apartado 5 se recoge, de forma expresa, que se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que opten por no utilizar recursos digitales.

Y, finalmente, en su artículo 53, al enumerar los derechos del interesado en el procedimiento administrativo, contempla el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y añade, que quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar dicha información en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso.

En definitiva, puede decirse que el derecho en general, como ya se ha subrayado por la doctrina (Cotino, 2017: 48), ahora no es a comunicarse presencialmente, sino electrónicamente a través del punto de acceso. Esto significa que ha desaparecido ese derecho de opción que consagraba la anterior legislación, sin perjuicio del derecho de asistencia que se recoge en el artículo 12 LPAC.

Todo ello ha sido determinante para la articulación de un conjunto de normas, tanto en la Administración General del Estado⁶, como en las Comunidades Autónomas⁷, que han procedido a regular y sistematizar con ello qué ha de entenderse por

⁶ En concreto, para el caso de la Administración General del Estado (AGE), la regulación de su Punto de Acceso General se encontraba regulada, hasta la aprobación del RD 203/2021, en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrollaba parcialmente la LAE que en su artículo 9 indicaba que éste contendrá la sede electrónica que, en este ámbito, facilita el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. También podrá proporcionar acceso a servicios o informaciones correspondientes a otras administraciones públicas, mediante la celebración de los correspondientes convenios.

El acceso se organizará atendiendo a distintos criterios que permitan a los ciudadanos identificar de forma fácil e intuitiva los servicios a los que deseen acceder.

El Punto de Acceso General podrá incluir servicios adicionales, así como distribuir la información sobre el acceso electrónico a los servicios públicos de manera que pueda ser utilizada por otros departamentos ministeriales, administraciones o por el sector privado.

La orden ministerial de creación del Punto de Acceso General de la Administración General del Estado (PAG) y su sede electrónica es la HAP/1949/2014, que concretó los servicios a los que debe permitir el acceso desde el mismo.

El PAG permite, de esta forma, acceder a los portales de los distintos departamentos ministeriales y organismos públicos vinculados o dependientes de los mismos, acceso a su propia sede electrónica y a las sedes electrónicas de los departamentos ministeriales y de los organismos públicos vinculados o dependientes.

De igual modo, el PAG permitirá también acceder a los diferentes servicios que la Administración pone a disposición de los ciudadanos y, especialmente, los más usados por los ciudadanos.

Será, además, el punto de acceso al Portal de Transparencia y a otros portales destacados de ámbito estatal como el Portal de Datos abiertos, la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios y aquellos de naturaleza similar.

El PAG dispondrá, además, de un área restringida o privada para los usuarios donde éstos podrán consultar sus datos. Esta área restringida se implementó mediante la Carpeta Ciudadana.

El PAG dispone también de un espacio de información administrativa de carácter horizontal de todos los departamentos ministeriales y organismos públicos, vinculados o dependientes sobre temas que sean de especial interés para el ciudadano, como las ayudas, becas, subvenciones, empleo público y legislación.

Por otro lado, el PAG es punto de entrada también para permitir la participación ciudadana desde el punto de vista de permitir la interacción de los ciudadanos a través de redes sociales más extendidas.

⁷ Merece la pena la mención a la regulación efectuada en Cataluña a través del Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital que desarrolla la 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, en relación con los servicios digitales

puntos de acceso electrónico, las clases de éstos y los principios por los que han de regirse⁸.

Ciertamente, la aprobación del RD 203/2021, en este punto con carácter básico salvo lo referido en su apartado 4º, ha venido a colmar una laguna existente en las previsiones legales establecidas en 2015 en este aspecto. De esta forma, dicho Reglamento dispone que las Administraciones Públicas contarán con un Punto de Acceso General electrónico (PAGe), que facilitará el acceso a los servicios, trámites e información de los órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes de la Administración Pública correspondiente. Y, añade, que el PAGe dispondrá de una sede electrónica, a través de la cual se podrá acceder a todas las sedes electrónicas y sedes asociadas de la Administración Pública correspondiente.

En el caso de Andalucía, el Decreto 622/2019 define al punto de acceso electrónico en su artículo 14 como el conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de Internet cuyo objetivo es ofrecer a la ciudadanía, de forma fácil e integrada, el acceso a la información y los recursos y servicios disponibles. Se recuperó, en este sentido, al menos parcialmente, la definición de punto de acceso electrónico que aparecía en el Anexo de la LAE y que recordemos se refería a éste como “conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de internet cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, el acceso a una serie de recursos y de servicios dirigidos a resolver las necesidades específicas de un grupo de personas o el acceso a la información y servicios de una institución pública”. La aprobación del RD 203/2021, con carácter básico y la aclaración de qué ha de entenderse por PAGe, quizás demandaría una puesta al día de la norma andaluza.

El apartado 2 del artículo citado establece, de otro lado, los principios por los que se ha de regir la concepción y el funcionamiento de estos puntos de acceso electrónico, detallando que éstos responderán a los principios de veracidad, transparencia, publicidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad, interoperabilidad y actualización de la información y de los servicios a los que den acceso, y atenderán a lo establecido en materia de identidad corporativa de la Administración de la Junta de Andalucía, así como a las normas que regulen

⁸ Recordemos, a estos efectos, que la STC 55/2018, DE 24 de mayo de 2018 desestima el recurso contra los arts. 13.a) y 53.1.a), párrafo segundo, LPAC, relativos al Punto de Acceso General electrónico realizado por la Generalidad de Cataluña entendiéndose que se establecía un único punto de acceso para todas las Administraciones. Se razona que éste no se define en la LPAC, que se limita a configurarlo como «portal de entrada» obligatorio, que permite al interesado conocer aspectos tales como el órgano competente para la instrucción y resolución del procedimiento, su estado de tramitación o el sentido del silencio administrativo, así como acceder a las notificaciones y documentos. De hecho, tanto el art.53.1.a) como su DA 2ª, permiten deducir que no es un punto único para todas las administraciones. Por ello, se considera que la impugnación es preventiva en este aspecto.

la presencia de la Junta de Andalucía en Internet. Se recuperan así algunos de los principios que ya se establecía el artículo 4 de la LAE y que, como es conocido, no se llevaron al texto de la LPAC y LRJSP refiriéndose a éstos -veracidad, integridad y actualización- solo a propósito de la sede electrónica.

Y se detallan, en concreto, como puntos de acceso electrónico los siguientes: el Portal General de la Junta de Andalucía, los portales específicos a estos efectos creados y la sede electrónica. Aunque, ciertamente, es esta última la de verdadera relevancia en orden a hacer efectivos las previsiones establecidas en la legislación procedimental. No en vano, el artículo 17.4 prevé que las actuaciones que requieran la identificación o firma de la ciudadanía por medios electrónicos en los procedimientos administrativos⁹, necesariamente tendrán lugar en puntos de acceso electrónico que ostenten la condición de sede electrónica y en el artículo 18.1 que todos los puntos de acceso electrónico que tengan la condición de sede electrónica deberán hacerlo constar de forma visible e inequívoca dada la importancia que, a los efectos referidos, tiene la condición de sede electrónica en el punto de acceso. Es preciso reseñar la distinción entre medios de identificación y firma electrónica, ya que la exigencia de esta última sólo se contempla en determinados supuestos que están previstos en forma legal, aunque, a estos efectos, nos remitimos al capítulo correspondiente de este volumen¹⁰.

En realidad, y a efectos prácticos, ya se trate del punto de acceso general, o de los específicos creado a estos efectos, los puntos de acceso electrónico se reconducen a las sedes electrónicas o portales de acceso por más que, efectivamente, ambos conceptos pudiesen ser delimitados técnicamente en forma independiente, como

⁹ Entre los distintos medios que se prevén está el certificado digital, el DNI electrónico y el sistema Clave que es un sistema para identificarse electrónicamente en las relaciones con las Administraciones Públicas mediante pin, credenciales, certificado + SMS (opcional).

¹⁰ En cuanto a la identificación de la Administración Pública recordemos que el artículo 40 de la LRJSP establece que las mismas pueden identificarse mediante el uso de un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos que se exigen por la legislación de firma electrónica, que es la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

Los certificados electrónicos de identificación de las Administraciones Públicas deberán incluir el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente o la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos.

Las características técnicas generales del sistema de firma y certificados aplicables a los sellos electrónicos son las derivadas del Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero.

Estos sellos electrónicos, así como las características de los certificados electrónicos y los prestadores que lo expiden, han de ser públicos y accesibles por medios electrónicos y debe facilitarse por las Administraciones Públicas los medios suficientes y adecuados para facilitar la verificación de sus sellos. El servicio de validación para la verificación de los certificados de sello electrónico será “VALIDE” accesible desde la Sede Electrónica del Gobierno de España.

En aquellos supuestos de información publicada por la Administración Pública en su portal propio de internet, se presume la identificación de la misma.

así hace la normativa andaluza y se desprende de los artículos 17 y 18 del Decreto andaluz referido más arriba¹¹. Pero lo cierto es que, como se apuntó por la doctrina (Cerrillo, 2017: 797), es el portal de internet el que fue objeto de regulación como punto de acceso electrónico derivado de lo específicamente dispuesto, respecto de éste, en el art. 39 LRJSP. Situación normativa que ahora, y tras la aprobación del RD 203/2021, queda mucho más clarificada.

II.1 Portal General de la Junta de Andalucía.

En coherencia con la regulación efectuada, y siguiendo la estela prevista en el artículo 39 LRJSP, el artículo 15 del Decreto andaluz define al Portal de la Junta de Andalucía como el punto de acceso general electrónico que se constituye en la dirección electrónica disponible a través de redes de telecomunicación cuya titularidad, gestión y administración corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía, y que tiene por objeto poner a disposición de la ciudadanía toda clase de servicios e informaciones relacionadas con la Comunidad Autónoma de Andalucía de manera gratuita, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la información y atención a la ciudadanía y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos¹².

Dicho Portal cumple con dos funciones básicas, lo que completa la regulación efectuada por la LRJSP que no especificaba éstas de forma exacta. Así, en la normativa andaluza podemos encontrar el contenido y la funcionalidad que ha de tener dicho punto de acceso. Por un lado, y de acuerdo con dicha normativa, el mismo deberá permitir el acceso a la información institucional, así como la relativa a la transparencia y participación ciudadana, según la normativa vigente, sistematizándose y facilitándose de manera clara e intuitiva el acceso a todos los

¹¹ No es la opción, sin embargo, de otras normas autonómicas que, como en el caso de Cataluña (artículo 36), declara que la Sede electrónica de la Administración de la Generalidad de Cataluña también es el Punto de acceso general electrónico de acuerdo con la normativa del procedimiento administrativo común (opción, asimismo, de otras normas autonómicas anteriores a la LPAC como el Decreto 113/2010 de 5 de noviembre, de acceso electrónico a los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). O, en normas más recientes, como en el caso de Galicia, el artículo 53.5 de la Ley 4/2019, de 17 de julio, de administración digital de Galicia declara que el Portal web institucional de la Xunta de Galicia realizará las funciones del Punto de acceso general electrónico del sector público autonómico. Idéntica opción realizada, en el caso de Cantabria, por el artículo 8 del Decreto 60/2018, de 12 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en el uso de medios electrónicos en su actividad administrativa y sus relaciones con los ciudadanos, que, sin embargo, distingue en ese punto de acceso general un acceso a los servicios administrativos de carácter general e información administrativa y sectorial, y otro acceso a la sede electrónica, donde se ofrecerán servicios administrativos de tramitación electrónica.

¹² Con carácter básico los artículos 39 de la Ley 40/2015 y el artículo 5.1 del RD 203/2021 establecen que se entiende por portal de internet el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público que permite el acceso a través de internet a la información y, en su caso, a la sede electrónica o sede electrónica asociada correspondiente.

puntos de acceso electrónico y a los datos de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía en formato abierto y reutilizable, sin perjuicio de que también sea posible el acceso directo a los mismos¹³. Inclusive, y añadida a esa función, el Decreto también prevé que podrá proporcionar acceso a servicios o informaciones de otras Administraciones y entidades del sector público.

De otro lado, y en relación al derecho a relacionarse mediante un punto de acceso general electrónico reconocido a todas las personas en la legislación del procedimiento administrativo común, el Portal de la Junta de Andalucía, según se detalla en la norma habrá de facilitar de manera intuitiva el acceso a los servicios de administración electrónica que se ofrecen a la ciudadanía lo que implica obligaciones de estructuración de la información y de diseño que así lo haga posible. Eso sí, se advierte que sin perjuicio de que también sea posible el acceso directo a dichos servicios.

Y en orden a hacer efectivos los principios, a los que antes se hacía referencia, se establecen dos tipos de responsabilidades sobre éste, a saber: la primera, relativa al mantenimiento, gestión y evolución tecnológica de la infraestructura del Portal de la Junta de Andalucía que corresponderá a la Consejería competente en materia de dirección, impulso y gestión de la política digital en lo concerniente a las nuevas tecnologías aplicadas al Gobierno Abierto; de otro, y a fin de garantizar la integridad, veracidad y actualización de los datos facilitados de tal forma que los contenidos del Portal se muestren de forma conjunta, homogénea, ágil y adecuada a las necesidades de las personas usuarias, se atribuye a cada Consejería la responsabilidad, conforme a las instrucciones que se dicten por la Consejería competente en materia digital, sobre los datos facilitados, que incluye, asimismo, la realizada por sus entidades instrumentales y consorcios adscritos.

II.2 Portales específicos.

Junto a ese Portal general, y como ya se adelantó, se prevé la existencia de portales específicos en el artículo 16 a fin de difundir de manera más directa la información relativa a una concreta competencia o materia.

La creación y supresión de dichos portales se sujeta, eso sí, a un procedimiento específicamente establecido y se fija como marco competencial para tomar dicha decisión a las Consejerías competentes por razón de la materia. Varias previsiones, a estos efectos, es importante destacar:

¹³ Se hace preciso especificar que, con carácter básico, el artículo 5.2 del RD 203/2021 advierte de que los portales de las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta los contenidos, formatos y funcionalidades que en la normativa de reutilización, accesibilidad y transparencia se establezcan como obligatorios para los sitios web.

- En primer lugar, que su creación exigirá orden de la persona titular de dicha Consejería, previo informe preceptivo y vinculante de la Consejería competente en materia de dirección, impulso y gestión de la política digital en lo concerniente a las nuevas tecnologías aplicadas al Gobierno Abierto.
- En segundo lugar, que dicha orden de creación deberá establecer su ámbito de aplicación, la Consejería, entidad instrumental o consorcio titular y responsable de su funcionamiento y de la información y servicios que se presten mediante el mismo.
- Por último, que dicha decisión ha de obedecer a ciertos criterios, entre los que se citan, el de racionalidad, eficiencia y proximidad a la ciudadanía.

No obstante, lo anterior excluye a dos portales específicos que se regirán por su legislación específica y, sólo con carácter supletorio, por la norma andaluza. Se trata, como ya podrá imaginarse, de los perfiles de contratante y del punto general de entrada de facturas electrónicas.

Por lo que se refiere al perfil del contratante, éste es el instrumento tecnológico a través del cual se facilita a la ciudadanía, a través de medios electrónicos, información sobre la actividad contractual de los órganos de contratación, asegurando así la transparencia y el acceso público a la información en esta materia. Su regulación se introdujo a través, en primer término, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que con posterioridad se trasladó a su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y cuya previsión se mantuvo con un contenido equivalente en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La finalidad del perfil de contratación como ya se ha apuntado, y se hace explícito en la propia Ley Contratos Sector Público (artículo 63), es la de asegurar la transparencia y el acceso público a la información y documentos relativos a la actividad contractual. Eso sí, la aportación de la información mediante el perfil de contratante no puede menoscabar a otros medios de publicidad previstos por la propia normativa sobre contratación pública (por ejemplo, en boletines oficiales), inclusive los que puedan venir establecidos por normativa autonómica.

Ahora bien, en este caso, el acceso a la información del perfil de contratante será libre, no requiriendo identificación previa, a salvo, lógicamente, del acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil de contratante tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras. Sus datos han de publicarse en formatos abiertos y reutilizables, que permanecerán accesibles al público durante un periodo de tiempo no inferior a

5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información y, además, y dada su finalidad el sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

Dos tipos de información suministra dicho perfil: una potestativa, y así la Ley establece, con carácter general, que éste podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación; y otra, de carácter preceptivo, que en todo caso deberá contener tanto la información de tipo general que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre detallándose, en su apartado 3, qué información cómo mínimo ha de constar específicamente respecto de cada contrato.

El segundo portal específico, con contenido propio, es el que se refiere al punto general de entrada de facturas electrónicas. Como es conocido, la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público¹⁴, establece diversas medidas para promover el uso de la factura electrónica en las Administraciones Públicas y cuya finalidad no es otra que agilizar los procedimientos de pago a los proveedores y se conozcan con más detalle las facturas pendientes de pago (Delgado, 2014). Entre dichas medidas se encuentra la obligación de disponer, por parte del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, de un punto general de entrada de facturas electrónicas, a través del cual se recibirán todas las facturas electrónicas que correspondan a las entidades vinculadas o dependientes.

En este sentido, las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios puntos generales de entrada, o bien podrían adherirse a la utilización del que proporcione el Estado. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía se dictó la Orden de 29 de enero de 2015, por la que se regula el punto general de entrada de facturas electrónicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el uso de la factura electrónica en la Administración de la Junta de Andalucía y en las entidades del sector público andaluz. Dicha Orden aborda dicha regulación con varias previsiones:

¹⁴ Se completa dicha norma con la Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas y por el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

- De un lado, se define el ámbito de aplicación del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del cual se podrán presentar las facturas electrónicas que se dirijan a la Administración de la Junta de Andalucía y a las entidades del sector público andaluz, previendo que las entidades locales andaluzas puedan adherirse a la utilización de este.
- De otro, se establecen sus funciones, acceso, procedimiento, conexiones con otros sistemas informáticos y custodia de las facturas electrónicas.
- Asimismo, se prevé que el Punto General de Entrada proporcionará información a las personas o entidades que hayan presentado facturas electrónicas y que formulen consulta sobre su estado de tramitación.
- Por último, se establecen determinadas disposiciones para la implantación de la factura electrónica, como los supuestos de obligatoriedad del uso de la misma y la inclusión de la facturación electrónica en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos.

II.3 La Sede electrónica.

Los artículos 17 a 20 del Decreto referido se ocupan de las sedes electrónicas. Los dos primeros abordan, con carácter general, los requisitos para la creación de sedes electrónicas y los contenidos que han de tener éstas y los restantes se refieren consecutivamente a la regulación de las sedes electrónicas general y específicas.

La sede electrónica que, como es conocido, fue un concepto introducido por la LAE, se configura en el artículo 38 de la LRJSP como el canal de comunicación electrónica entre los ciudadanos y la Administración andaluza, es decir, como aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a ésta en el ejercicio de sus competencias¹⁵. En este sentido, se ofrece la garantía de la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma. Bien es cierto que, como en la norma estatal, la titularidad puede ser única o compartida como seguidamente veremos.

En la norma andaluza se sigue similar definición, lo que no aclara exactamente qué ha de entenderse por sede electrónica y provoca cierta confusión, que ya había sido denunciada por la doctrina (Martín Delgado, 2010: 503), entre sede

¹⁵ El Anexo de la LAE definía a la dirección electrónica como “identificador de un equipo o sistema electrónico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicación”.

electrónica concebida exclusivamente como dirección electrónica o como el espacio virtual de una Administración Pública, es decir, el portal o punto de acceso en la terminología de la LRJSP (Cerrillo i Martínez, 2017: 805). Y distinción que no era una cuestión menor, pues como se apuntaría, ello era determinante de la extensión de las garantías previstas para la sede electrónica (Martín Delgado, 2017: 505). Situación que se ha aclarado con el RD 203/2021, que manteniendo la definición del artículo 38 de la LRJSP, aclara en su artículo 9.1, con carácter básico, que mediante dicha sede electrónica se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración Pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas lo que, en cualquier caso, excluye que pueda ser considerada meramente una dirección electrónica.

Como en el caso de los puntos de acceso puede haber varias sedes electrónicas. En efecto, el propio Decreto contempla que podrán establecerse distintos tipos¹⁶: a) Sede electrónica general de la Administración de la Junta de Andalucía; b) Sedes electrónicas de cada Consejería; c) Sedes electrónicas derivadas; d) Sedes electrónicas compartidas.

Y, asimismo, se regula la creación de dichas sedes electrónicas, siguiendo el mandato establecido en la LRJSP que había omitido establecer un procedimiento en este punto remitiendo a cada Administración Pública dicha tarea¹⁷. Y al respecto, al igual que se establecía en el desarrollo reglamentario de la LAE, se establece en la norma andaluza que habrá de tener lugar mediante orden que deberá de establecer, al menos, las siguientes previsiones:

¹⁶ El artículo 10.1 del RD 203/2021 establece, respecto de este punto y con carácter básico, que se podrán crear una o varias sedes electrónicas asociadas a una sede electrónica atendiendo a razones técnicas y organizativas. Y añade que la sede electrónica asociada tendrá consideración de sede electrónica a todos los efectos.

¹⁷ El artículo 10.2 del RD 203/2021, con un discutible carácter básico dada la falta de habilitación legal establecida en la LRJSP, se ocupa -a diferencia de la LRJSP que no se refería a ello- al contenido del instrumento de aprobación o supresión de una sede electrónica. En este sentido, el artículo 10.2 de dicho RD establece que el acto o resolución de creación o supresión de una sede electrónica o sede electrónica asociada será publicado en el boletín oficial que corresponda en función de cuál sea la Administración Pública titular de la sede o sede asociada y también en el directorio del Punto de Acceso General Electrónico que corresponda. En el caso de las entidades locales, el boletín oficial será el de la provincia al que pertenezca la entidad.

El acto o resolución de creación determinará, al menos:

- El ámbito de aplicación de la sede electrónica o sede electrónica asociada.
- La identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede electrónica o sede electrónica asociada que se cree, así como de las direcciones electrónicas de las sedes electrónicas que desde el momento de la creación ya sean asociadas de aquella. Las sedes electrónicas asociadas con posterioridad a la publicación del instrumento de creación se referenciarán en la mencionada dirección electrónica.
- La identificación de su titular.
- La identificación del órgano u órganos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición en la misma.

- a) La Consejería, agencia o consorcio titular de la sede y responsable de su funcionamiento y de la integridad, veracidad y actualización de la información y de los servicios que se presten mediante la misma.
- b) La dirección electrónica en la que será accesible.
- c) El ámbito de aplicación de la sede.
- d) Los contenidos y servicios que se prestarán mediante la misma.

Asimismo, dicha orden de creación y las actuaciones subsiguientes deberán garantizar la disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y trazabilidad de los contenidos y servicios de las sedes electrónicas, conforme a los criterios del Esquema Nacional de Seguridad y el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la administración electrónica.

El artículo 18 va a detallar los contenidos y servicios de las sedes electrónicas que, en su caso, se creen, estableciendo a estos efectos los siguientes¹⁸:

- a) Identificación de la sede electrónica y de su titularidad.
- b) Indicación de la fecha y hora oficial, que será la misma para todas las sedes electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía.
- c) Información necesaria para la correcta utilización de la sede electrónica.
- d) Relación de procedimientos, trámites y servicios disponibles en la sede electrónica; en particular, acceso al Catálogo de Procedimientos y Servicios.
- e) Acceso al Registro Electrónico Único, al calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos, a la información sobre los formatos de documentos admisibles en el registro y a la ampliación de plazos eventualmente derivada de fallos del sistema de registro.
- f) Directorio de los códigos de identificación de los órganos o unidades administrativas del ámbito de la sede.
- g) Sistemas de identificación y firma electrónica que se admiten en los servicios, procedimientos y trámites del ámbito de la sede.
- h) Relación de los sellos electrónicos y sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada que se utilizan en los servicios, procedimientos y trámites disponibles en la sede.
- i) Acceso a la Carpeta Ciudadana.
- j) Acceso a las notificaciones electrónicas.

¹⁸ En un extenso artículo, que se declara básico y nuevamente hay que mostrar nuestro escepticismo sobre ello, el artículo 11 del RD 203/2021 detalla los contenidos y servicios de las sedes electrónicas y de las asociadas que desborda las previsiones establecidas en la norma andaluza incorporando ítems no previstos en la misma.

- k) Relación de las sedes electrónicas derivadas y acceso a las mismas.
- l) Información y acceso al medio para la formulación de sugerencias y reclamaciones.

Como puede comprobarse, la finalidad de la norma es que en una sede electrónica se puedan realizar prácticamente todos los trámites sin exigir la presencia y desplazamiento físico de los ciudadanos. Su complejidad, por tanto, desde un punto de vista técnico, resulta notoria, ya que ha de conjugar tanto un sistema de seguimiento de expedientes que permita la trazabilidad de los mismos y que garantice el acceso tanto por parte de la ciudadanía, como por parte de los empleados públicos responsables de los mismos. Todo ello convierte a la sede electrónica en el elemento técnico esencial a fin de articular las iniciativas de digitalización de los procedimientos que afectan al ciudadano y del catálogo de servicios y procedimientos de la Administración de la Junta de Andalucía.

II.3.1 Sede electrónica general.

El artículo 19 del Decreto aborda la regulación específica de la sede electrónica general de la Administración de la Junta de Andalucía. Su concepción es integral en el sentido de que, no solo habrá de abordar los contenidos y servicios mínimos como sede electrónica anteriormente referidos, sino que, así mismo, se podrán encontrar todos los procedimientos administrativos, así como los servicios de administración electrónica dirigidos a la ciudadanía en la Administración de la Junta de Andalucía. En particular, la norma detalla los siguientes:

- a) Acceso a la relación de sedes electrónicas creadas por la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Acceso al directorio geográfico de oficinas de asistencia en materia de registros de la Administración de la Junta de Andalucía.
- c) Acceso al Registro electrónico de apoderamientos.
- d) Acceso a la pasarela de pagos electrónicos.
- e) Acceso al sistema para contrastar la autenticidad de las copias en soporte papel de documentos electrónicos expedidas por la Administración de la Junta de Andalucía.

La creación de ésta se prevé, a diferencia de las sedes electrónicas específicas, mediante orden conjunta de las Consejerías competentes en materia de administración pública y transformación digital y la titularidad de la misma corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que respecto de la misma se prevea una triple responsabilidad: por un lado, y en cuanto al mantenimiento y evolución tecnológica, corresponde a la Consejería competente en materia de transformación digital; por

otro, y en cuanto a la gestión y supervisión de contenidos de carácter general, corresponde a la Consejería competente en materia de administración pública; por último, y en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con las materias de que se trate, de los datos, documentos, informaciones, contenidos y servicios accesibles en la Sede electrónica general, corresponderá a cada Consejería, agencia o consorcio.

II.3.2 Sedes electrónicas específicas, derivadas y compartidas.

En lo relativo a las sedes electrónicas específicas, la regulación efectuada establece, en forma preceptiva, que en cada Consejería existirá una sede electrónica que será creada mediante orden de dicha Consejería, previo informe preceptivo favorable de la Consejería competente en materia de transformación digital a la que será de aplicación lo ya comentado, con carácter general, para las sedes electrónicas.

Con carácter optativo, se establece la posibilidad de creación de sedes derivadas, tanto de la sede electrónica general de la Administración de la Junta de Andalucía, como en el ámbito de cada Consejería, las cuales deberán resultar accesibles desde ésta última, sin perjuicio de que sea posible el acceso electrónico directo a las mismas. E igual previsión se establece para el ámbito de una Agencia o un Consorcio. En todo caso, y para la creación de las mismas, se atenderá a los principios de especialización, de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios, y exigirán la respectiva orden de una Consejería (ha de suponerse que conjunta en el caso de que se trate de una sede derivada de la sede electrónica general), previo informe preceptivo y vinculante de la Consejería competente en materia de transformación digital.

En cualquier caso, y respecto de este último punto, la doctrina (Cerrillo i Martínez: 2017: 807) se ha preguntado si es posible la titularidad de una sede electrónica por parte de entidades de derecho privado que, sin embargo, ejerzan potestades administrativas a las que, en estos supuestos, se aplica la LRJSP o la posibilidad de incluir a aquellas entidades que ejerzan funciones o potestades públicas, así como a los que prestan servicios públicos en relación a todo aquello referido con los mismos.

Por último, y en este caso, a través mediante convenios de colaboración, se podrán crear sedes electrónicas compartidas, cuyos contenidos serán los que se determine en su instrumento de creación, por la Administración de la Junta de Andalucía y otras Administraciones Públicas. Será competente para la suscripción de estos convenios, por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, la Consejería competente en materia de transformación digital y por las Consejerías afectadas por los contenidos de la sede, y serán publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

III. LOS REGISTROS ELECTRÓNICOS.

III.1 La regulación del registro electrónico en la legislación procedimental común.

En el ámbito estatal y autonómico (también en el ordenamiento local)¹⁹, las leyes generales de régimen jurídico y procedimiento administrativo hasta hace unos años vigentes contemplaban la existencia de una o varias unidades administrativas cuya finalidad era, en lo esencial, realizar un doble trámite dirigido a dotar de seguridad jurídica las actuaciones administrativas tanto de la Administración como de los ciudadanos²⁰, a saber: de un lado, servir de órgano de recepción de los documentos dirigidos a la Administración y remitirlos a la unidad administrativa que correspondiese acreditando la recepción de éstos; y, de otro lado y en sentido inverso, acreditar la salida de documentos administrativos dirigidos a los destinatarios de los mismos²¹. Se trata, como puede deducirse, de una misión

¹⁹ En el ámbito de las entidades locales, al registro municipal, se refiere el art. 151 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, que establece que «en todas las entidades locales habrá un Registro General para que conste con claridad la entrada de los documentos que se reciban y la salida de los que hayan sido despachados definitivamente» (apartado primero). La regulación sobre el registro municipal se refiere a este registro general, pues el apartado segundo establece que «el Registro General permanecerá abierto al público todos los días hábiles durante las horas prevenidas en la legislación de procedimiento administrativo común» (apartado segundo); y ello porque, con independencia del registro general, cada entidad local podrá habilitar otros registros: «La existencia de un único Registro General se entenderá sin perjuicio de su organización descentrada, adaptándolo a las características de la organización de los servicios de la entidad local» (apartado tercero).

²⁰ La Ley de procedimiento administrativo de 1958, su art. 37 disponía que «1. El horario de despacho al público en las Oficinas de la Administración deberá ser coordinado entre los distintos centros de una misma localidad y uniforme en cada uno de ellos, y lo suficientemente amplio para que no se causen pérdidas de tiempo a los interesados. 2. En caso de afectar el servicio a gran número de administrados, se habilitará un horario compatible con el laboral».

Posteriormente, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableció en su art. 38, apartado quinto, que «cada Administración pública establecerá los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus registros, garantizando el derecho de los ciudadanos a la presentación de documentos previsto en el art. 35». Junto con el registro general, el apartado segundo del mismo art. 38 preveía que cada Administración pueda crear otros registros auxiliares: «Los órganos administrativos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Dichos registros serán auxiliares del registro general, al que comunicarán toda anotación que efectúen»

²¹ Las funciones que, de acuerdo con las normas procedimentales, debe realizar el registro son las siguientes:

- La recepción, y la anotación del asiento de entrada, de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se dirijan a cualquiera de los órganos de las Administraciones Públicas (en el caso de la AGE y de la CCAA) y de los dirigidos a los órganos de los Entes Locales titulares del registro y a las AAPP con las que estos entes hayan suscrito convenio.
- La anotación del asiento de salida de los escritos y comunicaciones de los órganos de la propia Administración titular del registro que se dirigen a terceros.
- La expedición de recibos acreditativos de la presentación en el registro de las solicitudes, escritos y comunicaciones.
- La remisión de los escritos y comunicaciones a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes.
- La expedición de copias selladas de los originales presentados en el registro y la realización de los cotejos, y la expedición de las copias compulsadas, con el original.

adjetiva o instrumental aunque no, por ello, exenta de relevancia jurídica y que se conecta con la garantía de los derechos de la ciudadanía (Rego Blanco, 2017: 998).

Entre estas unidades se diferenciaba entre el registro general y los registros auxiliares que, en su caso, cada órgano administrativo pudiera tener. En cualquier caso, y como en su momento pusiera de manifiesto la doctrina (Blasco, 2007:179) éstos personifican la materialidad de la Administración electrónica y son un elemento esencial, aunque no exclusivo, para la relación con la Administración. De esta forma, se ha indicado que el verdadero papel del «registro electrónico común» de una Administración Pública es el de servir como una «ventanilla única» al ciudadano para presentar cualquier documento dirigido a la Administración titular del registro (Canto López, 2012: 268).

En el caso de Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (posterior a la entrada en vigor de la LAE), procedió a regular los registros y archivos en los artículos 82 a 87. Al respecto, el artículo 82.4 establecería, al igual que como hemos visto preveía la legislación procedimental común, la existencia de los registros generales y auxiliares, y además previó la singularidad de que los registros generales de los Ayuntamientos actuarían como registros de entrada para la recepción de documentos dirigidos a la Administración de la Junta de Andalucía.

A su vez, el artículo 83 regulaba los registros telemáticos que, de acuerdo con dicha norma, estarían habilitados para la recepción o transmisión de documentos electrónicos relativos a los procedimientos, las actividades o los servicios contemplados en las disposiciones autonómicas que establezcan la tramitación telemática de los mismos. Y el artículo 85, por último, diferencia el registro del libro de sugerencias y reclamaciones

En cualquier caso, y hasta esos momentos, como puede deducirse, la relación con la Administración era esencialmente de manera presencial y en base a un documento de papel, de tal forma que la sede física del registro articulaba todas las cuestiones organizativas y, por ello, hasta la generalización de la utilización de las técnicas informáticas, la organización y funcionamiento del registro giraba entorno a los problemas que generaba su sede física (Sibina Tomàs, 2009: 107).

Antes de la aprobación de la Ley 11/2007, de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos (LAE), este marco general se completaba con la regulación, después derogada por la LAE, de los registros telemáticos en el apartado 9 del artículo 38 de la LRJPAC. De acuerdo con lo que establecía dicho artículo, los registros telemáticos debían respetar las exigencias previstas para los registros

administrativos, es decir, debían garantizar la constancia, en cada asiento que se practicara, de un número, epígrafe extensivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procediese, y persona u órgano administrativo al que se enviara, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registrara.

La LAE, en su sección primera del capítulo III, dedicada al régimen jurídico de los registros electrónicos (arts. 24 a 26), recogió de nuevo este instrumento jurídico cuya función sirve, como ya sabemos ya que la metodología no afecta a la función, para la presentación de cualquier escrito o solicitud ante la Administración Pública titular del mismo, es decir, los registros electrónicos se presentan como lugares adecuados para la relación electrónica de los ciudadanos con la Administración, donde se produce la presentación y remisión de escritos, solicitudes, documentos y comunicaciones en el modelo de administración electrónica. Y se configuran como un instrumento esencial para el ejercicio del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

Bien que, aunque no definidos en la LAE, la doctrina lo definió como «el registro electrónico constituye una modalidad de registro informatizado caracterizado por su aptitud para dejar constancia de las actuaciones administrativas o de los ciudadanos entablada a distancia» (Valero Torrijos, 2007: 109) o como «una aplicación informática disponible en la sede electrónica del órgano administrativo titular de la misma capaz de recibir y remitir solicitudes, escritos y comunicaciones. Esta aplicación de registro electrónico debería integrarse formalmente en el registro general convencional de dicho órgano de forma que el registro electrónico comunique toda anotación que se realice en el mismo al registro general» (Martínez Gutiérrez, 2009: 507).

Las funciones que la LAE asignaba a los registros electrónicos coinciden en lo relativo a “la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones” (artículo 24.1 de la LAE), y por ello la disposición de creación de este tipo de registros debía establecer la clase de documentos (tasados o no) que admitiría el registro en cuestión (información que, debidamente actualizada, habría de facilitarse obligatoriamente en la sede electrónica de acceso al registro, artículo 25.2 de la LAE). La función de recepción de documentos, como en los registros tradicionales, era la principal tarea de los registros electrónicos, pero no la única. Y es que, en efecto, dispersas por la LAE se encontraban otras funciones que igualmente se encomiendan a estos registros, como son la de expedición de recibos de la presentación de los referidos documentos (artículo 25.3 de la LAE), o la de anotación de los asientos de entrada al registro (la atribución de esta función se deduce del artículo 25.3 de la LAE, que establece que los recibos de presentación

tendrán que incluir “el número de entrada de registro”, e implícitamente, el de los asientos de salida). En cualquier caso, cabe destacar que había una diferencia de funciones entre los registros presenciales y los electrónicos tal cual se configuraban en esta norma (Sibina Tomás, 2009:109-110)²²

La nueva Ley de Procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas ha dado un paso más y, de esta forma, instaura la obligación de disponer de un registro electrónico, caracterizado por la funcionalidad todos los días del año (lo que ya se dejaba entrever en la propia jurisprudencia europea)²³. De esta forma, se rompen las barreras del tiempo y el espacio en esta actividad administrativa (artículo 16)²⁴. A diferencia de la LRJPAC, que garantizaba la “integración informática

²² Dicho autor expone que la diferencia de funciones atribuidas en la LRJPAC a los registros en general y en la LAE a los registros electrónicos, se circunscribe:

- a) Los registros electrónicos sólo admiten documentos (electrónicos) dirigidos a órganos de la Administración titular del registro;
- b) Sin perjuicio de que deba existir un sistema de registro suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones electrónicas dirigidos a cada Administración Pública, el resto de registros electrónicos pueden establecer de manera tasada los documentos electrónicos normalizados que admiten y los procedimientos respecto de los que cabe presentar estos documentos;
- c) El recibo que se libra de la recepción de los documentos (electrónicos) tiene un contenido más amplio (el recibo no consiste en una copia sellada, sino en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro);
- d) Los registros electrónicos (salvo en el caso de los registros previstos en el artículo 24.2 de la LAE, en los que la norma de creación sólo permite presentar concretos documentos electrónicos normalizados) deberán admitir los documentos que se acompañen a la solicitud, escrito o comunicación, siempre que cumplan los estándares de formato y requisitos de seguridad que se determinen en los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad, y también deberán generar recibos acreditativos de la entrega de estos documentos, que garanticen la integridad y el no repudio de los documentos aportados (artículo 25.4 de la LAE).

²³ En efecto, en el caso *Lawyer Partners A.S. contra Eslovaquia*, STDH de 16 de junio de 2009, se considera que se viola el derecho del demandante al acceso a un tribunal como consecuencia de la inadmisión de demandas en soporte electrónico que afectaban a un elevado número de personas ante el rechazo del tribunal a registrarlas, indicando que carecían de los recursos informáticos para recibir y procesar las presentaciones realizadas y firmadas electrónicamente.

Es preciso referirse aquí a las previsiones transitorias segunda y cuarta de la LPAC que disponen:

- Disposición transitoria segunda Registro electrónico y archivo electrónico único

Mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro electrónico y el archivo electrónico único, en el ámbito de la Administración General del Estado se aplicarán las siguientes reglas:

a) Durante el primer año, tras la entrada en vigor de la Ley, podrán mantenerse los registros y archivos existentes en el momento de la entrada en vigor de esta ley.

b) Durante el segundo año, tras la entrada en vigor de la Ley, se dispondrá como máximo, de un registro electrónico y un archivo electrónico por cada Ministerio, así como de un registro electrónico por cada Organismo público.

- Disposición transitoria cuarta Régimen transitorio de los archivos, registros y punto de acceso general

Mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, las Administraciones Públicas mantendrán los mismos canales, medios o sistemas electrónicos vigentes relativos a dichas materias, que permitan garantizar el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones.

²⁴ La STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018 realiza interesantes consideraciones sobre la Administración electrónica y la competencia del Estado para promover su implantación generalizada, siempre y cuando se deje a las Comunidades Autónomas el margen inherente a su potestad de autoorganización. En tal sentencia se razona en torno que fórmulas tales como la adhesión a las plataformas del Estado sean voluntarias o no y, así, en su FJ 11 analiza la impugnación de la DA 2ª LPAC que regula esta adhesión, configurándola como voluntaria, aunque exigiendo que la no adhesión se justifique en términos de eficiencia, garantizándose en

en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo” (art. 38.3), si bien “atendiendo al grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan” (disposición adicional segunda), la LPAC transforma todos los registros existentes en registros electrónicos, a salvo de las nuevas oficinas de asistencia en materia de registros.

En efecto, junto a este horario ininterrumpido, las oficinas físicas administrativas han de mantener un horario regulado de atención a los ciudadanos, especialmente a las personas que no están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración. En este sentido, la oficina de asistencia prevista en la norma se articula con la idea de facilitar la incorporación de los ciudadanos con dificultades digitales al procedimiento administrativo electrónico, mediante la puesta a disposición de todas las herramientas y mecanismos que contribuyan a facilitar dicha incorporación²⁵. Idea ésta que impulsa a la nueva configuración organizativa y funcional de los tradicionales registros, que ya no pueden ni deben limitar su función a la recogida de documentación, sino que, mucho más allá de esta tradicional misión, habrán de incorporar la atención, la información y la asistencia a la ciudadanía en sus relaciones con una nueva Administración de carácter digital.

De esta forma, el apartado 4 de dicho artículo contempla que los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse:

estos casos la interoperabilidad. La sentencia parte de la base de que el Estado puede promover válidamente ex, art. 149.1.18 CE, la implantación generalizada, al menor coste posible, de medios electrónicos en las administraciones. Puesto que la adhesión a los sistemas estatales es voluntaria, no se invade la autonomía organizativa de las CCAA y aunque se exija a éstas el respeto a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ello es perfectamente constitucional, tratándose de obligaciones ya recogidas en los arts. 31.2 y 135 CE. La obligación, contenida en el párrafo segundo de la DA 2ª, según la cual las Comunidades Autónomas y entes locales han de justificar ante el Ministerio de Hacienda, que pueden prestar el servicio de forma más eficiente manteniendo sus propios registros o plataformas, ésta sería inconstitucional si supusiera la necesaria aprobación ministerial de la decisión. Sin embargo, la DA admite otra interpretación según la cual se trataría de una mera obligación formal de justificación en el expediente. Esta interpretación conforme se lleva al fallo.

²⁵ El apartado 5 del artículo 16 LPAC prevé, a estos efectos, que los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas, deberán ser digitalizados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 y demás normativa aplicable, por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

Asimismo, y en el ámbito de la Junta de Andalucía, el artículo 27.3 del Decreto 622/2019 contempla que los escritos y documentos presentados de manera presencial en una oficina de atención en materia de registros deberán ser digitalizados en ésta para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales a la persona

interesada, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

- a) En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.
- b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- d) En las oficinas de asistencia en materia de registros (nueva denominación del tradicional registro)²⁶.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

En cuanto a sus funciones, se prevé como preceptiva realizar el asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos; de otro lado, y como función adicional, aunque no necesariamente con un carácter preceptivo, también se prevé que se podrán anotar en el mismo la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. No obstante, y además de la operatividad en su funcionamiento, las previsiones normativas reguladoras del registro actúan en un plano fundamental para las relaciones electrónicas, por cuanto en la sede electrónica de acceso a cada registro ha de figurar la relación actualizada de trámites y procedimientos que pueden iniciarse en el mismo lo que conecta, en el caso de Andalucía, con las previsiones específicamente establecidas en los artículos 10 y 11 del Decreto 622/2019 a las que al ocuparnos de la normativa autonómica nos referiremos.

Se contempla, asimismo, la posibilidad de registros electrónicos propios de los organismos públicos vinculados o dependientes, por su personalidad jurídica propia, aunque también se indica su necesaria interoperabilidad e interconexión con el de su Administración matriz, que habrá de funcionar «como un portal».

²⁶ El art. 16.7 dispone que «las Administraciones Públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos»; es decir, los documentos, todos, se presentan al registro de la Administración de forma electrónica, tanto si lo presenta por este medio directamente un administrado que está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, como si lo hace una persona no obligada, con la particularidad respecto de este último, que podrá acudir a las dependencias administrativas con su documento original y se le prestará la asistencia adecuada para su digitalización que se le devolverá, y se procederá a su registro electrónico, emitiéndose «automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos». La Disposición adicional cuarta relativa a estas oficinas refuerza dicha obligación y prevé que las Administraciones Públicas deberán mantener permanentemente actualizado en la correspondiente sede electrónica un directorio geográfico que permita al interesado identificar la oficina de asistencia en materia de registros más próxima a su domicilio.

La creación de los registros electrónicos se considera relevante, razón por la cual se exige su publicación en el diario oficial que corresponda en cada caso, dándosele también publicidad a través de la sede electrónica. Su contenido mínimo incluye, según el artículo 16, el órgano o unidad responsable de su gestión, la fecha y hora oficial y los días declarados inhábiles (a partir del cambio normativo, también los sábados).

Junto a esta primera versión del registro, la Ley 39/2015 regula dos modalidades del segundo tipo, a saber, el registro electrónico de apoderamientos previsto en el artículo 6 y el registro de los funcionarios habilitados para la realización de copias auténticas a los que después aludiremos al tratarse de normativa básica aplicable a Andalucía.

III.2 La legislación autonómica de Andalucía en materia de registro electrónico.

III.2.1 Las comunicaciones externas: el Registro electrónico único.

El capítulo V del Decreto, al que reiteradamente hemos hecho referencia, regula la configuración del Registro Electrónico Único partiendo, eso sí, de la normativa preexistente. Se añade ahora la posibilidad de que las agencias de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos, utilicen el Registro Electrónico Único cuando ejerzan potestades administrativas.

De esta forma, el artículo 26, referido al Registro Electrónico Único en el que quedará constancia de la entrada y salida de documentos, se articula bajo la responsabilidad de la Consejería competente en materia de administración pública, sin perjuicio del soporte tecnológico que corresponderá a la Consejería competente en materia de transformación digital. Éste es único, como ya hemos mencionado, respecto de los órganos y entidades contemplados en el artículo 2.1, sin perjuicio de que agencias, consorcios y entidades instrumentales privadas puedan utilizar otros en sus relaciones de Derecho Privado.

El Registro Electrónico Único será accesible en las sedes electrónicas, rigiéndose por su fecha y hora oficial y habrá de constar en éste, tanto el calendario de días inhábiles, como la relación actualizada de trámites que pueden realizarse en el mismo, articulada mediante el Catálogo de Procedimientos y Servicios (artículo 11).

Así, y en relación a este último aspecto, el Catálogo de Procedimientos y Servicios se concibe como un instrumento que ofrece información general permanente y actualizada sobre los procedimientos administrativos y servicios dirigidos a la ciudadanía, en cumplimiento de la legislación del procedimiento administrativo

común, según mencionábamos con anterioridad. El contenido del Catálogo de Procedimientos y Servicios se nutrirá de la información disponible en el Registro de Procedimientos y Servicios y comprenderá, al menos, la siguiente información básica sobre cada procedimiento:

- a) Denominación.
- b) Código.
- c) Consejería, agencia o consorcio.
- d) Descripción.
- e) Plazo máximo para resolver y notificar o publicar.
- f) Sentido del silencio administrativo.
- g) Los formularios normalizados establecidos para el procedimiento, con indicación de si tienen carácter obligatorio o no.
- h) Plazo y modo de presentación de la solicitud, en su caso.
- i) Normativa reguladora.
- j) Requisitos a cumplir por las personas interesadas.
- k) Documentación y datos a aportar por las personas interesadas.

Y, respecto, de cada servicio se contemplan las siguientes previsiones básicas:

- a) Denominación.
- b) Código.
- c) Consejería, agencia o consorcio.
- d) Descripción.
- e) Modo de solicitud o acceso, en su caso.

En cuanto a su funcionamiento, el Registro Electrónico Único funcionará, conforme establece el artículo 28, de forma ininterrumpida para la recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones. Sólo cuando concurran razones justificadas de mantenimiento técnico u operativo indispensable podrá interrumpirse, por el tiempo imprescindible, la recepción de solicitudes, escritos y comunicaciones en el registro. En tal caso, el órgano competente podrá determinar la ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo afectado por los mismos medios en que se publicó el establecimiento de dicho plazo. Asimismo, producirá la recepción automática de los documentos y emitirá automáticamente un justificante de dicha recepción que se hará llegar inmediatamente a la persona interesada a la dirección electrónica que ésta haya indicado.

De otro lado, se dispone que este Registro será interoperable con los registros del resto de Administraciones Públicas, en los términos establecidos por la legislación del procedimiento administrativo común, garantizándose su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros electrónicos.

III.2.2 Las comunicaciones electrónicas interiores en la Administración de la Junta de Andalucía.

El artículo 29 dispone que las comunicaciones entre los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y de éstos con las agencias y consorcios adscritos, se realizarán por medios electrónicos, asegurándose la interoperabilidad y mediante estándares abiertos, así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por la ciudadanía, garantizándose su trazabilidad integral, así como su carácter fehaciente cuando sea necesario.

Dicha previsión ha tenido el correspondiente desarrollo normativo mediante la Orden de 3 de febrero de 2021, por la que se regulan las comunicaciones electrónicas interiores en la Administración de la Junta de Andalucía, que constituye el desarrollo tanto de las previsiones establecidas tanto en el artículo 29 como de las contempladas en el artículo 36 que mandata a la Administración de la Junta de Andalucía a que adopte las medidas adecuadas para la implantación de medios electrónicos en la gestión de su actividad administrativa, en las comunicaciones, relaciones, trámites y prestaciones de servicios con la ciudadanía, así como en sus comunicaciones internas.

En dicha Orden se procede a la regulación de las comunicaciones electrónicas interiores entendidas como aquellas que se producen entre los órganos y unidades de la Administración de la Junta de Andalucía, las agencias administrativas y las agencias públicas empresariales, de régimen especial y consorcios adscritos, en estos tres últimos casos cuando vengán a ejercerse potestades administrativas o se trate de actuaciones sometidas a derecho público según lo ya expresado.

De esta forma, y para garantizar la trazabilidad y constancia fehaciente de la actuación administrativa realizada, el artículo 4 impone que de toda comunicación electrónica interior deberá quedar garantizada la trazabilidad de:

- a) La entidad, órgano o unidad que la emite y de la que la reciba.
- b) La fecha y hora en que se produzca tanto la emisión como la recepción, que deberá ser simultánea.

- c) Código de la comunicación.
- d) Los documentos que conforma, adjunta o contiene la comunicación electrónica interior²⁷.
- e) La denominación de la comunicación interior, con indicación del asunto de la misma.

Y añade que, además, cuando se trate de comunicaciones relativas a solicitudes de informes, requerimientos de documentación o cualquier tipo de actuación administrativa de la que se deriven efectos jurídicos, deberá garantizarse el carácter fehaciente de la fecha y hora en que se produzca la comunicación, así como de la entidad, órgano o unidad que envía la comunicación, y de quien la recibe.

El sistema de envío figura regulado en el Capítulo III, y se concibe como un sistema de envío general de comunicaciones electrónicas en el que tendrán cabida tanto las comunicaciones electrónicas interiores entre las entidades, órganos y unidades incluidos en el ámbito de aplicación de esta orden, como las comunicaciones electrónicas procedentes de otras Administraciones Públicas que se dirijan a las citadas entidades, órganos y unidades a través del Sistema de Interconexión de Registros entre las Administraciones Públicas²⁸. Eso sí, siempre que no exista un soporte específico de tramitación procedimental, en cuyo caso se utilizará éste.

²⁷ En cuanto al formato de los documentos el artículo 8 dispone que:

1. El documento principal deberá estar generado en alguno de los formatos estándares no editables que permitan la transmisión de las comunicaciones electrónicas interiores y la firma, en su caso.
2. En el caso de los documentos anexos, la aplicación informática de soporte admitirá formatos abiertos y/o propietarios de uso extendido que permitan el envío de todo tipo de documentos.
3. El sistema informático recogerá un listado de formatos admitidos, así como el tamaño máximo permitido para el envío de la comunicación.

²⁸ El artículo 7, referido a las comunicaciones electrónicas interiores en el sistema informático de envío general, prevé los siguientes extremos:

1. Las comunicaciones electrónicas interiores consisten en un documento principal y, en su caso, uno o varios documentos anexos.
2. El documento principal es aquel que contiene el texto objeto de la comunicación. Este documento deberá estar firmado en el caso de comunicaciones de las que se deriven efectos jurídicos, generando el sistema informático de soporte para la transmisión de la comunicación electrónica interior el correspondiente proceso de firma.
3. Los documentos anexos podrán o no estar firmados electrónicamente.
4. El alta de una comunicación se realizará en el sistema informático. A continuación, se generará una ficha de datos a cumplimentar por la persona usuaria que contendrá la información general del documento principal que se va a trasladar.
5. Cumplimentados los campos pertinentes, incorporados los documentos oportunos y finalizado en su caso el proceso de firma, el sistema permitirá el envío de la comunicación.
6. Cuando una comunicación tenga un contenido común y varios órganos o unidades destinatarias, se generarán tantas comunicaciones como unidades receptoras se hayan determinado.
7. En el caso de comunicaciones relativas a procedimientos o servicios que estén dados de alta en el Registro de Procedimientos y Servicios, se podrá asociar la comunicación con el código que tenga asignado en el mencionado Registro.
8. En el caso de comunicaciones que incorporen documentos de carácter confidencial, éstos deben incluir algún tipo de cifrado de forma que solo puedan acceder a los mismos la persona o personas a las que se les hayan enviado las correspondientes claves de acceso. Las claves de acceso se enviarán a través de cualquier otro medio que garantice su seguridad.

III.3 El Registro electrónico de apoderamientos²⁹.

El registro electrónico de apoderamientos facilita la acreditación de la representación, tanto con carácter general como para trámites específicos, para los cuales se prevé la posible coexistencia del mismo con otros particulares donde se inscriban los poderes otorgados para la realización de trámites específicos, siendo interoperables entre sí. Ello permitirá comprobar la representación de quienes actúan en la Administración Pública en nombre de un tercero, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad y a los protocolos notariales. Dicha representación será otorgada por un máximo de cinco años, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 6 de la Ley 39/2015 y en las normas de desarrollo en relación al contenido del apoderamiento.

Es destacable reseñar aquí la Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, por la que se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades Locales y se establecen los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos *apud acta* a través de medios electrónicos que declara su carácter básico (disposición final) y que contempla tres modelos de poderes y un modelo de revocación de los poderes otorgados. Las tres categorías de poderes son:

Cuando la comunicación lleve aparejada documentación confidencial en soporte físico, ésta deberá enviarse externamente al sistema en sobre cerrado.

En todo caso, ni en el cuerpo del mensaje, ni en el asunto, se debe indicar ningún dato que permita identificar el contenido de la comunicación

²⁹ Es importante resaltar que el párrafo segundo del número 4 del artículo 6 fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 55/2018 de 24 de mayo. En general, el régimen de registro de poderes recogido en la LPAC no se cuestiona y podría enmarcarse en el título de bases de régimen jurídico de las Administraciones del art. 149.1.18 CE. Sin embargo, el concreto apartado impugnado, contempla la aprobación por Orden del Ministro de Hacienda, con carácter básico, de modelos de poderes inscribibles, no solo en los registros electrónicos estatales sino en los de otras administraciones públicas. Por tanto, este precepto «*está, simplemente, confiando tareas de gestión o administración a un órgano del Estado*» cuando los títulos competenciales del art. 149.1.18 CE se refieren a competencias normativas y la doctrina constitucional solo admite, en este marco, la asunción por el Estado de competencias ejecutivas en casos «muy excepcionales» [por todas, STC 45/2017, FJ 3.d)]. En relación con la aprobación de formularios, la STC 70/1997, FJ 4, condicionó una ampliación semejante «*a que sea indispensable para lograr las finalidades inherentes a dichos modelos teniendo en cuenta a estos efectos que suele haber otras posibilidades dentro del marco constitucional y estatuario...*» sin que corresponda al Tribunal decidir sobre la fórmula precisa. Por ello, ante la falta de razonamiento específico de la demandada que justifique la excepcionalidad en este caso, se anula el precepto. Se añade que el sentido de centralizar el diseño y aprobación de los modelos de poder es facilitar que una Administración pueda comprobar ágilmente y con garantías la representación inscrita en el registro electrónico de otra, lo que depende, más que de la Administración que apruebe el modelo de poder, de la interoperabilidad de los diferentes registros electrónicos. La LPAC obliga a que ésta sea plena y existe una amplia regulación estatal, aprobada con participación de las Administraciones Públicas y aplicable a todas ellas, que concreta los instrumentos para alcanzarla (Esquemas Nacionales de Seguridad e Interoperabilidad). La misma LPAC asegura la homogeneidad de los registros al fijar detalladamente, en el art. 6.3, el contenido mínimo de los asientos registrales y modelos de poder a lo que suma la posibilidad que tiene siempre el Estado de promover otras técnicas de normalización a través de instrumentos de colaboración.

- a) Los poderes generales para que el apoderado pueda realizar en nombre del poderdante cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración Pública.
- b) Los poderes que permiten al apoderado actuar en nombre del poderdante para cualquier actuación administrativa ante una Administración u Organismo concreto.
- c) Los poderes que permiten al apoderado actuar en nombre del poderdante únicamente para la realización de determinados trámites especificados en el poder.

Bien es cierto que, aunque dicha norma permite a cada Comunidad Autónoma aprobar los modelos de poderes inscribibles en el registro cuando se circunscriba a actuaciones ante su respectiva Administración, el mismo no ha sido desarrollado en el ámbito andaluz (si salvamos el ámbito tributario donde si existe una Orden de 10 de junio de 2005, por la que se regula el Registro Telemático Tributario dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda y las notificaciones, certificados y transmisiones telemáticas en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía).

III.4 El Registro electrónico de funcionarios habilitados.

El registro de funcionarios habilitados para la realización de copias auténticas, u otro sistema equivalente, representó, en la legislación procedimental dictada en 2015, una novedad a destacar en lo que se refiere a la fe pública administrativa con carácter general en las Administraciones Públicas. Y es que, en efecto, el artículo 27 de la LPAC, tras regular las copias electrónicas de documentos en soporte papel, exige que este proceso se traduzca en un fichero electrónico que contenga la imagen codificada, fiel e íntegra del documento, constando en los metadatos del documento electrónico resultante su condición de copia.

Para ello, articula dicho sistema de acreditación que deberá mantenerse actualizado respecto de los funcionarios habilitados para la expedición de copias auténticas que deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de la citada habilitación, exigiendo la constancia en éste de los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros.

III.5 El rechazo de escritos en el Registro Electrónico.

El artículo 27 del Decreto 622/2019 aborda aquellos supuestos en que, por parte de la Administración andaluza, puede ser objeto de rechazo en el registro los

escritos en los que concurra una serie de circunstancias, todas las cuales han de ser interpretadas en forma restrictiva y debidamente motivada sin que, lógicamente, puedan referirse al fondo (Rego, 2017: 1035). En forma expresa, se prevé que cuando se rechace la presentación de un escrito por las causas expuestas, la persona interesada tendrá derecho a solicitar un recibo a efectos de constancia del intento de presentación y de las causas que provocaron su inadmisión.

Las circunstancias recogidas en la norma andaluza:

- a) Cuando no conste el nombre, apellidos o denominación o razón social de la persona interesada en el procedimiento, así como su firma y número del Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente.
- b) Cuando se desconozca la Administración, órgano o entidad al que se dirija el escrito.
- c) Cuando la Administración o entidad, a la que pertenezca la unidad u órgano administrativo de destino, no se encuentre integrada en el sistema de interoperabilidad de las Administraciones Públicas³⁰.

No obstante lo cual, añade, asimismo, otras dos causas. La primera causa, perfectamente justificada, consistente en que se podrán rechazar los documentos electrónicos que contengan código malicioso o dispositivo susceptible de afectar a la integridad o seguridad de los sistemas, informando de ello a la persona que presenta el documento³¹. Y una segunda, derivada de las limitaciones tecnológicas aún existentes, aunque sin duda menos justificada e indebidamente ausente de concreción, que consiste en que, asimismo, podrán rechazarse aquellos escritos que, de forma debidamente justificada a fin de garantizar la compatibilidad técnica

³⁰ El artículo 156 de la Ley 40/2015 recoge el Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) que “comprende el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad. El ENI fue establecido anteriormente en el artículo 42 de la Ley 11/2007 y se materializa en el RD 4/2010, de 8 de enero que establece, en cuanto a su ámbito de aplicación, que será de aplicación a las entidades establecidas en el artículo 2 de la LAE. A este respecto, el citado artículo establece que será de aplicación a las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas. Si bien advierte que no será de aplicación a las Administraciones Públicas en las actividades que desarrollen en régimen de derecho privado. Previsión ésta que, en el ámbito andaluz, sufre una importante matización en el apartado 6º del artículo 26 que dispone que la presentación en el Registro Electrónico Único de documentos dirigidos a las entidades a las que se refiere los apartados c) -agencias públicas empresariales y agencias de régimen especial- y d) -Consorcios- del artículo 2.1 podrá llevarse a cabo siempre que se trate de prestación de servicios o de procedimientos en los que se ejerzan potestades administrativas y así esté dispuesto en el instrumento jurídico que regule dicho procedimiento.

³¹ Encuentra antecedentes dicha causa en el artículo 29.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos que, sin carácter básico, regula esta causa.

de los documentos con las aplicaciones informáticas que se utilicen para la gestión electrónica de los servicios y procedimientos, superen las limitaciones de tamaño o de cualquier otra índole.

III.6 La utilización de formatos electrónicos formalizados.

El 29.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrollaba parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos contemplaba, sin carácter básico, la posibilidad, en el caso de utilización de documentos normalizados, y cuando no se cumplimentasen los campos requeridos como obligatorios en la resolución de aprobación del correspondiente documento, o cuando contenga incongruencias u omisiones que impidan su tratamiento, el rechazo del documento electrónico.

No se contempla expresamente tal causa en la normativa andaluza que, sin embargo, sí regula la utilización de formularios en el artículo 12 y se deduce la obligación de su utilización de lo establecido en el apartado 9 de ese artículo al disponer que todos los formularios y modelos específicos que tengan carácter obligatorio, por establecerlo así de manera expresa la norma o acto de aprobación, deberán ser publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía³². Y se deduce también del artículo 27 que permite la utilización de los mismos, si bien el apartado 2 de ese mismo artículo contempla que el Registro Electrónico Único permitirá la presentación de los datos y documentos que las personas interesadas deseen acompañar voluntariamente a los escritos.

Asimismo, el artículo 12 contempla determinadas previsiones para los formularios, a saber:

- Los formularios establecidos por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de trámites, independientemente del soporte en que se utilicen por parte de las personas interesadas, deberán estar inscritos en el Registro de Procedimientos y Servicios y se configurarán de manera intuitiva y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro que favorezca su comprensión por la ciudadanía, bajo los principios de accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad.

³² A título de ejemplo puede consultarse la Resolución de 22 de diciembre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se actualizan y publican los formularios tipo de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva.

A estos efectos, es necesaria la remisión a la Resolución de 17 de diciembre de 2020, por la que se aprueba la Guía de normalización e inscripción de formularios de la Junta de Andalucía de la Secretaría General para la Administración Pública. En ella se recoge tanto el proceso a seguir para la normalización e inscripción de los formularios como las características técnicas, de diseño y funcionales a que han de ajustarse los mismos conforme lo dispuesto en el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre.

Asimismo, serán objeto de normalización e inscripción en el Registro de Procedimientos y Servicios otros modelos específicos para el cumplimiento de obligaciones por parte de las personas interesadas o para facilitar la realización de actuaciones administrativas.

- Los formularios incluirán una cláusula que garantice el cumplimiento de los requisitos establecidos en materia de información sobre la protección de datos de carácter personal.
- Los formularios indicarán claramente qué datos o documentos son de aportación obligatoria por así exigirlo la normativa aplicable.
- A fin de garantizar el cumplimiento de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, si los datos o documentos que deban constar en el procedimiento ya obran en poder de alguna Administración Pública, los formularios permitirán que las personas interesadas manifiesten su oposición expresa a que se consulten, o bien puedan suministrar la información precisa para poder recabarlos, indicando el documento, Administración Pública, consejería o agencia y órgano que lo emitió o ante el que se presentó, así como el procedimiento o la fecha.
- En los formularios de los procedimientos administrativos se incluirá, en su caso, un apartado específico para que la persona física interesada indique si desea relacionarse en dicho procedimiento por medios presenciales o electrónicos. Esta opción no podrá ejercerse por quienes tengan el deber de relacionarse por medios electrónicos.
- En los formularios de los procedimientos administrativos se advertirá que todas las personas interesadas recibirán notificaciones por medios electrónicos, y que ese medio de notificación es preceptivo para quienes estén obligados a relacionarse por medios electrónicos, y de acceso voluntario para quienes no lo estén. Se incluirán apartados para que las personas interesadas puedan indicar una dirección de correo electrónico y, opcionalmente, dispositivo electrónico en el que recibir los avisos de notificaciones electrónicas. En este sentido, en el formulario se informará del sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía, indicando que se procederá a dar de alta de oficio a las personas interesadas que no lo hayan hecho voluntariamente.
- Los formularios irán acompañados, siempre que su complejidad así lo aconseje, de las instrucciones necesarias para su correcta cumplimentación y presentación.
- Los formularios habrán de estar redactados en un lenguaje inclusivo.

IV. LA CARPETA CIUDADANA.

Con carácter básico el artículo 7.3 del RD 203/2021 establece *in fine* que la sede electrónica podrá incluir un área personalizada a través de la cual cada interesado, mediante procedimientos seguros que garanticen la integridad y confidencialidad de sus datos personales, podrá acceder a su información, al seguimiento de los trámites administrativos que le afecten y a las notificaciones y comunicaciones en el ámbito de la Administración Pública competente.

En el caso de Andalucía, dicha previsión se contempla en el artículo 38 del Decreto 622/2019. En este sentido, la Carpeta Ciudadana es una funcionalidad para impulsar, homogeneizar y simplificar la relación electrónica con la ciudadanía, permitiéndole un acceso sencillo y rápido a diferentes tipos de información relacionada con sus trámites. En definitiva, es un servicio de la administración electrónica que permite a la ciudadanía tener acceso a la información de carácter personal en poder de las Administraciones Públicas, así como sobre los procedimientos en los que tenga condición de persona interesada.

La Carpeta Ciudadana, de esta forma, dispondrá, al menos, de la siguiente información administrativa particular, previa identificación de la persona interesada³³:

- a) Consulta al estado de tramitación y, en su caso, acceso al contenido de los expedientes de los procedimientos administrativos y servicios.
- b) Consulta de solicitudes o escritos presentados en el Registro Electrónico Único de la Administración de la Junta de Andalucía.
- c) Acceso a las notificaciones electrónicas.
- d) Consulta de la información personal existente en las Administraciones Públicas previa autorización de la persona interesada.
- e) Acceso a certificados, tarjetas y carnés expedidos por la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y, en su caso, consorcios adscritos, que tendrán la consideración de copia electrónica auténtica.
- f) Cualquier otra que se estime de utilidad para mejorar los servicios que la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y, en su caso, consorcios adscritos prestan a la ciudadanía.

³³ Resulta interesante anotar que, en el caso de la Administración General del Estado y no en la norma andaluza, se detalla quiénes están habilitados para acceder a dicha carpeta y, de esta forma, el artículo 8.1 del RD 203/2021 establece, junto al interesado, que podrán acceder a la misma sus representantes legales y quienes ostenten un poder general previsto en el artículo 6.4.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, otorgado por el interesado e inscrito en el Registro Electrónico de Apoderamientos.

Con ello se facilita el ejercicio de los derechos de las personas interesadas en sus relaciones con la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y consorcios adscritos.

El sistema Carpeta Ciudadana se puso en marcha en versiones para app móvil y sitio web. Se podrá acceder a la Carpeta Ciudadana desde el punto de acceso general electrónico y sedes electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía a través de cualquier de los sistemas admitidos en la Plataforma Cl@ve, con certificado digital o mediante el uso de un código QR para autenticarse en la app para dispositivos móviles.

La Carpeta Ciudadana no almacena documentos ni datos de los expedientes de la ciudadanía; no almacena información de manera centralizada, sino que, por el contrario, la recaba de los sistemas de información de las Consejerías y entidades de la Junta de Andalucía que actúan como proveedores de la información.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLASCO DÍAZ, J.L. (2007): “La regulación local de la Administración electrónica”, en *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*. Castellón: Universidad Jaime I.

CANTÓ LÓPEZ, M. T. (2012), “La ordenación del sistema de registro electrónico en la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, nº 187.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017), “Acceso a los servicios públicos y difusión de la información por medios electrónicos” *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del Sector Público* (coord. FERNÁNDEZ RAMOS, S.; GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J.). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

COTINO HUESO, L. (2017), “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC), *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del Sector Público* (coord. . FERNÁNDEZ RAMOS, S.; GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J.). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

DELGADO GARCÍA, A. M. (2014), “La regulación de la factura electrónica en el sector público”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, IDP Número 18.

SIBINA TOMÁS, D. (2009), “El registro electrónico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 21.

LOZANO CUTANDA, B. (2020), “La modificación de la Ley 39/2015 proroga la entrada en vigor de la Administración electrónica: efectos sobre la «subsanción electrónica»”, *Diario La Ley*, nº 9695, Sección Tribuna.

MARTÍN DELGADO, I. (2010), “Concepto y régimen jurídico de la sede (administrativa) electrónica”, en *Administración electrónica: la Ley 2/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España* (coord.. COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J.), Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MARTIN DELGADO, I. (2020), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. Madrid: Editorial Iustel.

MARTÍN QUERALT, J., “Una desigual aplicación del principio de igualdad de armas: las exigencias del Registro electrónico impuestas a ciudadanos y a la Administración”, *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, N° 22.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009), *Administración pública electrónica*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi,

RIVERO ORTEGA, R. y FERNÁNDEZ NIETO, A. (2016), “La Administración sin papel: registro, expediente, archivo electrónico, ¿estamos preparados?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 105

REGO BLANCO, M. D. (2017), “La presentación de solicitudes, escritos y documentos ante las Administraciones Públicas”, *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del Sector Público* (coord. FERNÁNDEZ RAMOS, S. ; GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

VALERO TORRIJOS, J. (2007), *El régimen jurídico de la e-administración*. Granada: Editorial Comares.

EL ARCHIVO Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

M^a Pilar Rojas Martínez del Mármol¹

I. INTRODUCCIÓN: DOCUMENTO, AUGE DE LA TECNOLOGÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA

El tema que vamos a analizar en el presente estudio es la categoría jurídica del documento electrónico a partir de su regulación en la Ley de Procedimiento Común (LPAC) y Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), respectivamente Ley 39/2015 y Ley 40/2015 de 1 de octubre, 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 (en adelante, RDAE) y la normativa autonómica andaluza. A partir del documento electrónico se analizará asimismo el archivo electrónico.

Aunque sería deseable iniciar con un breve estudio sobre la evolución de la escritura, el concepto del documento y su polivalencia, la relación entre ambos, sus ventajas y utilidad en distintos campos y, en especial, el jurídico, su evolución y la consideración del documento electrónico como una submodalidad de documento, razones de espacio nos lo impiden. Es por ello que nos centraremos en aquello que entendemos esencial para el objetivo último del trabajo remitiéndonos, en aquello que es imposible de abordar, a trabajos que analizan este concepto interdisciplinar desde un punto de vista histórico, archivístico, documentalista o jurídico (Galende Díaz et García Rupierez, 2003: 18; o Sendín García, 2006: 1-5)

A día de hoy, al ser por todos un hecho conocido, está de sobra hacer hincapié en la enorme incidencia que el desarrollo tecnológico tiene en la vida diaria y, en especial, en la vida jurídica, económica y empresarial y, con ello, en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas. Baste pues una referencia al respecto.

¹ Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada. projas@ugr.es

Incuestionable es también el hecho de que, el documento, como realidad física en la que se plasman declaraciones de voluntad o conocimiento y, en definitiva, expresiones del pensamiento, ha sido y seguirá siendo la base para el desarrollo social, comercial, económico y jurídico de las sociedades y, en particular, la herramienta material necesaria para la efectividad de las relaciones jurídico-administrativas y para la tramitación del procedimiento administrativo. El documento es pues un instrumento de comunicación de la sociedad, imprescindible en el tráfico jurídico para acreditar hechos y datos, cuya constancia está al servicio de la seguridad jurídica que requieren las relaciones jurídicas y, como tal, exige evolucionar a la par que lo hace la propia sociedad.

A la vista de ambas realidades, desarrollo tecnológico e ineludible uso del documento como elemento que ofrece certeza a las relaciones jurídicas, no podemos sino aceptar que el concepto de documento trasciende a una realidad constituida por una representación en papel de dichos pensamientos, palabras o ideas a través de la escritura u otros signos representativos de las mismas. El documento papel, como uno de los inventos más revolucionarios en la evolución humana para transmitir el conocimiento, que empezando con el papiro siguió con el pergamino hasta llegar al papel, adapta su formato a la nueva realidad tecnológica. Tanto el soporte como lo representado en el mismo – elementos básicos del documento - hoy día deben ir adaptándose al frenético desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) que nos dirigen de modo ya imparable y, por que no añadir, irreversible. El documento electrónico, una vez que el rechazo a las TIC parece que ha sido superado (Davara Rodríguez, 2015), es una realidad jurídica con la que la sociedad y, en particular, la Administración, tienen que contar con prudencia. Ahora bien, no obstante las innumerables ventajas que su uso conlleva, el verdadero reto por parte del legislador está en resolver las incógnitas e incertidumbres que vayan planteándose a medida que se avance en el uso de las distintas tecnologías para rodearlo de los requisitos necesarios para que siga sirviendo a su fin último: la seguridad jurídica.

Si cierto es que la actividad jurídica, las relaciones jurídico-administrativas y, en particular, el procedimiento administrativo y por tanto el documento, deben adecuarse al desarrollo tecnológico, igualmente cierto es que, a la vista de la velocidad en el desarrollo de las tecnologías y las nuevas metodologías de trabajo que van creándose como consecuencia, el Derecho tendrá que apresurarse y ser valiente si quiere adaptarse a esta nueva realidad y no quedarse atrás. Así por ejemplo, el tan esperado Reglamento de desarrollo de la Administración electrónica (RDAE) ha recibido como una de sus principales críticas el haberse quedado obsoleto nada más nacer al no haber incorporado el uso de nuevas técnicas como la Inteligencia artificial, el Bigdata, blockchain, una mayor regulación de la toma

de decisiones automatizadas que no requieran de un proceso interpretativo por parte del ordenador, los multimedia... y un largo etc, lo que podríamos calificar de *norma rezagada* (Davara Rodríguez, 2015:47). Una nueva realidad tecnológica en la que, más allá de sus indudables ventajas, nos va a plantear en la vida jurídica una serie de problemas que exigen de su resolución.

A pesar de la indudable valentía que se requiere a la hora de incorporar las diferentes técnicas telemáticas, debemos pensar que el documento y, en particular, el documento público, es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica basado en la garantía que ofrece la intervención de un fedatario público. De ahí, que sea requisito para determinados negocios jurídicos y, de ahí su particular fuerza probatoria. En consecuencia, debe pues tener unos requisitos materiales y formales para poder cumplir con su función. Es por ello que, si bien se exige atrevimiento a la hora de admitir los diferentes soportes que van a constituir el recipiente de la información documental, también se exija prudencia para que la información que obre en un formato, en este caso distinto al papel, solo pueda tener eficacia jurídica y valor probatorio cuando tenga una serie de requisitos materiales y formales que garanticen su autenticidad, veracidad, fidelidad, integridad y confidencialidad; en caso contrario, se estaría evaporando la seguridad jurídica como valor esencial del documento (requisito funcional).

De otro lado, no podemos perder de vista que el documento electrónico constituye una de esas herramientas que repercuten en la economía, celeridad y eficacia de los servicios y de las tareas encomendadas a la Administración pública (Davara Rodríguez, 1997:48-49). En particular, en lo referente a recogida y tratamiento de datos y hechos, el archivo, la interoperabilidad y, hoy por hoy, de asistencia en la toma de decisiones a través, por ejemplo, de la toma de decisiones automatizadas. Un instrumento indispensable para enfrentarse a los nuevos retos que la sociedad de hoy en día nos exige, y ello sin perder de vista la legalidad y la mencionada seguridad jurídica.

Tras años en los que ha existido una auténtica disociación entre la realidad práctica y la normativa entonces vigente² que reconocía tímidamente el documento electrónico, concretamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJAP), y a pesar del impulso que recibió posteriormente con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ésta no ha sido superada hasta encontrar el documento informático un reconocimiento formal amplio y definitivo de su validez en el ámbito jurídico administrativo con

² Dicotomía justificada, inicialmente, en el principio de seguridad jurídica y la falta de mecanismos suficientes de garantía y posteriormente, en la falta de capacidad adaptativa de nuestra Administración.

la diferente normativa en materia de firma electrónica y, definitivamente, con las leyes gemelas 39 y 40/2015; , y ello, sin perjuicio del debate doctrinal en el ámbito procesal a efectos del documento como medio de prueba. Esta consagración definitiva del soporte informático como medio idóneo y válido para los escritos y comunicaciones de los ciudadanos y órganos administrativos en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas se impulsa definitivamente con la clara preferencia legislativa por el documento electrónico.

Únase a ello, que el reconocimiento formal del documento electrónico ha sido particularmente importante en el ámbito del procedimiento administrativo. Tengamos en cuenta que el procedimiento administrativo y el consiguiente acto administrativo constituye una de las formas, junto con el reglamento y los contratos, más importantes de manifestarse formalmente la actuación administrativa y, consiguientemente, uno de los ámbitos en los que la Administración utiliza los medios electrónicos. Esta claro que en el ámbito de la gestión electrónica de los procedimientos administrativos es donde el documento informático va a adquirir una mayor virtualidad. Ahora bien, más allá del acto administrativo, el documento administrativo electrónico tiene un ámbito de aplicación que excede a éste: obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimientos, pretensiones, efectuar pagos, el ámbito de la contratación electrónica... constituyendo asimismo un medio esencial para la celeridad en el desarrollo de las relaciones jurídico-administrativas.

A la vista de lo dicho, el análisis jurídico del documento administrativo electrónico ya arraigado en la gestión administrativa podría abarcar un sinfín de temas todos ellos de indudable trascendencia; a saber: condiciones de validez del documento electrónico, eficacia jurídica y procesal, la identificación y autenticación de la Administración y del ciudadano a través de la firma electrónica u otros sistemas, el complejo mundo de las copias electrónicas, la políticas de gestión documental, el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos, el derecho a la información y la transparencia, el almacenamiento de todos los documentos de una misma actuación administrativa en el expediente electrónico, la identificación de los usuarios y el control de los accesos al archivo electrónico, la protección y conservación de los documentos almacenados, la seguridad de los datos que figuren en archivos, su autenticidad, integridad y confidencialidad, la interoperabilidad, la ciberseguridad... Y un largo etcétera. Ello exige que limitemos el estudio a las cuestiones estrictamente esenciales en atención a la normativa del documento y el archivo, bien porque muchos de estos asuntos serán tratados detenidamente por otros compañeros, bien porque excedería con creces el objetivo principal de este trabajo.

Aclaradas ya distintas cuestiones es posible formular ahora la hipótesis de trabajo del presente estudio: examinar el propio concepto de documento administrativo electrónico en atención a su naturaleza y funciones, el régimen jurídico de las copias de éste y su conservación a través del archivo administrativo, en el marco de la normativa administrativa y a la luz de las innovaciones legislativas llevadas a cabo por las Leyes 39 y 40/2015, el RDAE, como legislación básica estatal, y la normativa autonómica andaluza.

II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO SEGÚN LA LEGISLACIÓN (del documento papel al documento electrónico)

II.1. Del documento papel al documento electrónico; aproximación a la concepción jurídica de documento

II.1.1. Concepto jurídico de documento y sus funciones

La aparición del documento electrónico ha ido generando diferentes problemas jurídicos empezando por la cuestión, ya superada, de poder o no considerar documento lo que no constituyan “escrituras” o documento papel. De alguna manera, la admisibilidad del documento electrónico –en cuyo proceso no podemos detenernos– si que exige hacer una reflexión sobre el propio concepto, naturaleza y funciones del mismo.

Desde un punto de vista jurídico, la noción de documento, a la vista de su uso para tener constancia fiel de los hechos y datos, empezó a estudiarse por la doctrina civil, y en particular, la notarial – para estudiar el documento público – y la doctrina procesal – para analizar el documento como medio de prueba y, en particular el documento público y su fuerza probatoria; investigaciones de donde derivan importantes aportaciones³. ¿Qué es el documento? ¿Cual es su esencia?.

El examen del documento, y del documento público en particular, ha de arrancar de que es concebido por parte del ordenamiento jurídico como un instrumento al servicio de la seguridad jurídica (Rojas Martínez del Mármol, 1999: 10-67). Hasta fechas recientes no existía ningún otro medio que pudiera incorporar información y que ofreciera seguridad probatoria que no fuera un trozo de papel. Hoy día, admitido el documento informático, lo imprescindible es que se le rodee de los requisitos técnicos y materiales necesarios para ofrecer esa misma seguridad jurídica y, por tanto, que se garantice la autoría, confidencialidad, inalterabilidad...etc.

³ No podemos decir que el concepto de documento haya sido objeto de estudio en profundidad desde la doctrina jurídico-administrativa. Sin embargo, si ha sido objeto de análisis a raíz del reconocimiento del documento electrónico desde los primeros trabajos de Davara Rodríguez o Sánchez Blanco.

El documento tradicional es una cosa corporal que nos muestra hechos, datos, información, formado por unos elementos materiales (corpus y grafía)⁴, siendo ambos insuficientes para definir el documento, al que hay que añadir un elemento ideológico, la virtud expresiva o significativa del contenido (Rojas Martínez del Mármol, 2003: 118-123). Partiendo pues de que lo importante del documento es “la representación” de una idea o pensamiento, nada impide que cambie el corpus – papel – y la grafía – . No podemos identificar el documento con aquel objeto material que incorpora la expresión de la idea que quiere reflejarse, sino que debe identificarse con un instrumento o dispositivo de constancia, más o menos permanente, de pensamientos y, particularmente en nuestro ámbito, de actos y hechos de la gestión administrativa. Esto implica, que no puede identificarse el concepto de documento con el objeto portador de la información o soporte. De modo que, podríamos calificar el documento informático, más allá del objeto material o continente, admitiendo que un documento es equivalente a la representación.

En este sentido es importante destacar, como magistralmente señala Bacigalupo al determinar las funciones jurídicas del documento protegidas por los delitos de falsedad documental, la función de garantía del documento, particularmente en los delitos de falsedad documental que protegen la fe pública, a través de la protección de la confianza del público en la autenticidad de la declaración documentada, es decir en la “*creencia justificada de que la declaración contenida en el documento pertenece al sujeto que aparece en él como su emisor*” (Bacigalupo, 1999: 12-14). La autenticidad de un documento depende, por lo tanto, de la certeza de la imputación de la declaración en él contenida al sujeto que verdaderamente la realizó, de modo que la veracidad de la declaración no afecta ni altera la autenticidad que se refiere a la relación entre el sujeto emisor y lo declarado.

A esta función de garantía al servicio de la seguridad jurídica se unen otras dos funciones en el documento: la función de *perpetuación*, referida al mantenimiento de la declaración de voluntad en un soporte capaz de fijarla en el tiempo y de hacerla reconocible a otras personas distintas del emisor, lo que podríamos identificar con una función de conservación del documento administrativo a través del archivo, y una función probatoria. Un hecho determinado puede existir, pero si no puede probarse de nada sirve. El documento es precisamente un medio para probar hechos y realidades jurídicas en el tráfico jurídico y en el proceso, de ahí, en particular la especial eficacia probatoria del documento público. Se trata de la eficacia documental

⁴ (Sendín García; 2006: 1-5) alude a dos elementos esenciales del documento: el soporte material mediante el cual la representación se hace perceptible a los sentidos (realidad corpórea) y el mensaje del documento, elemento que hace referencia a la incorporación a aquel de un contenido a través de distintas formas de representación signos, gráficos, imágenes. Los trabajos de Rodríguez Adrados, A., sobre el documento resultan imprescindibles en la materia.

y genérica independientemente de la que pueda producir su contenido o la eficacia de determinados documentos (Rojas Martínez del Mármol; 2003: 129).

II.1.2. Nuevos soportes para el documento

La realidad social en constante evolución presenta a los juristas nuevos retos, y las constantes innovaciones técnicas plantean nuevas incógnitas. Para aproximarse a una solución a estas nuevas incógnitas deberían analizarse problemas análogos del pasado que hoy pueden estar olvidados y que serán de utilidad para orientar nuevas soluciones dogmáticas. Esto es plenamente aplicable a los nuevos soportes electrónicos que, desde los inicios con las fotocopias, el fax, las tarjetas de crédito ...etc., han aparecido y seguirán apareciendo. Pero como hemos señalado anteriormente, los problemas generados por innovaciones técnicas en el campo documental deben de resolverse a partir del conocimiento de la función sustancial que cumple el documento y que está en proteger la confianza del público y la sociedad en la autenticidad de lo documentado: esto es, la creencia fundamentada sobre la certeza de que la declaración contenida en un documento pertenece al sujeto que aparece en él como su emisor (y no en el contenido *correcto de lo declarado*). Ello, independientemente de que en el caso de los documentos públicos también exista por parte del fedatario público un control de legalidad de lo documentado. Pues bien, la admisibilidad en el campo jurídico, y particularmente en el ámbito jurídico-administrativo, de nuevos soportes para plasmar la información documental exige que dichos soportes garanticen, entre otros valores que referiremos y que garantizaba el documento tradicional, la autenticidad como elemento sustancial. Por regla general, la firma del documento es un elemento decisivo para determinar la pertenencia de la declaración documentada a su autor. No obstante, cabe afirmar que siendo la firma el elemento esencial para imputar la declaración contenida en un documento a su autor, ésta no constituye en el documento-papel un elemento esencial del mismo pues hasta la aparición del documento electrónico y la regulación de la firma electrónica a partir de su regulación por la UE, la firma manuscrita no ha sido objeto de regulación aún cuando es fundamental para los delitos de falsificación documental. Y ello siendo obvio que ni una firma ni otra necesariamente han de ser puestas por su titular. Piénsese que, salvo en los supuestos en los que se excluya la representación en la firma, ésta, tanto manuscrita como electrónica, puede ser puesta por la persona autorizada por quien realiza la declaración documentada, lo cual no afecta a la autenticidad del documento.

Sin perder de vista pues las funciones del documento, hoy día es tan obvio como indispensable la admisibilidad de nuevos soportes materiales para plasmar la información más allá del papel. Consecuentemente, el concepto de documento no

puede identificarse con el objeto material o el continente, sino con el contenido o información que constituye la verdadera esencia del documento. Si incuestionable es la admisibilidad de nuevos soportes para el documento, así mismo lo es la exigencia de unos requisitos para que éste pueda actuar en el tráfico jurídico administrativo al servicio de sus funciones.

Si bien el soporte de la información documental ha sufrido una importante evolución desde la admisibilidad de los soportes audiovisuales, magnéticos, ópticos, hasta llegar a los documentos electrónicos. En el documento electrónico cambia el objeto portador de la información -es el continente el que se rodea de unos requisitos materiales en aras a cumplir su función-, que es distinto del papel, y que es apropiado para su tratamiento informático; pero lo que se mantiene es el contenido volátil y escurridizo que es la información susceptible de almacenamiento a través de los archivos, y con el fin de poderlo conservar, preservar y localizar para, consiguientemente, permitir su localización y posibilitar su transmisión haciendo posible la interoperabilidad.

Ahora bien, admitido que el propio concepto de documento es algo que trasciende al soporte material y a la grafía, la representación que se plasme en el soporte tiene que ofrecer, en aras a las funciones que tiene asignadas y ya referidas, dos atributos esenciales: la autenticidad y la integridad (Valcarcel Fernández, 2011: 540). Autenticidad que se afirma cuando el documento ha sido creado o enviado por la persona que afirma haberlo creado o enviado, en el momento que se indica y que manifiesta la voluntad que esa persona quería manifestar. Al servicio de este rasgo está la firma electrónica en los e-documentos. Y la integridad, atributo que alude a que la información es exactamente la misma que la que se elaboró, que no ha sido alterada o modificada.

La aplicación de las técnicas TIC ha permitido que los documentos informáticos ejerzan la función informativa, documental y probatoria, de hechos y datos, gracias a un soporte perdurable y que son gestionados por una Administración que los convierte en documentos de archivo que, garantizando su autenticidad e integridad, pueden conservarse. Estos documentos electrónicos, a su vez, cuentan con una serie de singularidades específicas debido a su naturaleza y que de forma muy clarificadora a continuación señalamos (Bauza Martorel :p. 17; Bia; 2008: 427-441; Valcarcel Fernández; 2011: 553):

- Son inmateriales o virtuales, no perceptibles por los sentidos.
- Gozan de versatilidad para adoptar nuevas formas y soportes sin que se afecte el contenido. Ello permite que pueda diferenciarse el contenido del soporte a diferencia del documento papel. Es posible, de este modo, la transferencia

del contenido de un documento electrónico a otro soporte lo que favorece su difusión. En esta sucesión de soportes para una misma información, puede conservarse la estructura lógica del documento y su contenido gracias a los metadatos.

- Presentan mayor facilidad para ser alterados, borrados, modificados y manipulados, voluntaria o involuntariamente, sin dejar huellas.
- Pueden presentar estructura hipertextual, esto es, poseer enlaces entre diversas partes de un mismo documento o con otros documentos.

A la vista de las singularidades del documento electrónico y, en aras a aprovechar las ventajas que éste ofrece sin poner en juego la función del documento, es fácil percibir que el salto a una Administración totalmente telemática solo podrá darse poniendo el acento en la seguridad que nos ofrecía el documento papel. Al servicio de ello se encuentran diversos instrumentos, en particular, la normativa de firma electrónica y los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad, las Normas Técnicas y metadatos a los que más adelante nos referiremos.

II.2. El documento administrativo electrónico en la legislación

II.2.1 El documento administrativo en la normativa administrativa

El documento electrónico, hoy en día, está plenamente admitido en la distinta normativa: civil, penal, procesal, a la que más adelante nos referiremos, y administrativa.

Debiendo prescindir de profundizar en el camino recorrido hasta el reconocimiento jurídico del documento electrónico, nos centraremos en la noción que nos ofrece la normativa administrativa. Con una escasa referencia al documento administrativo electrónico en la LRJAP y en la LPHE, el Título II de la LAE regulaba los documentos y archivos administrativos en los artículos 29 a 32. Ésta definía el documento electrónico como *“la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”*⁵.

⁵ Esta definición siguió la línea del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, que promulgaba el primer marco de firma electrónica y que se anticipó a la publicación de la Directiva 1999/93 CE por la que se estableció el primer marco comunitario de la firma electrónica y a la que le siguió la Ley 59/2003 de 19 de diciembre que regula la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios electrónicos y la Orden del Ministerio de fomento de 21 de febrero de 2000 que aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos y que está derogada por la Ley 6/2020 de 11 de noviembre reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, como complemento al Reglamento 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

Lo primero que ha de observarse es que la expresión documento “electrónico”, aún no exenta de críticas, es la que se ha considerado más adecuada para integrar en ella realidades distintas, esto es, información generada a través de distintos medios cuyas diferencias están en el modo de garantizar los atributos de autenticidad e integridad que se exigen al documento para su validez. Y es que, como se indica desde la doctrina, hay que alejarse de una concepción demasiado simple de los temas de tratamiento de información (Bonet, 1999: 210). Ello implica partir de que el documento, “*legislativamente*” denominado electrónico, no se refiere a un soporte material, sino a un “*volumen de información, procesable o procesada, y susceptible de individualización*”, en nuestro caso, en un procedimiento administrativo y que, para su desarrollo, se han empleado medios EIT (Bonet, 1999: 210; Davara Rodríguez, 2008: 437)⁶. Desde la LAE, el legislador ha empleado el término “documento electrónico” que parece no utilizar en un sentido restringido sino en uno amplio, incluyendo las distintas modalidades que la ciencia posibilita (Valero Torrijos, 2007: 36). Esto mismo lo entendemos extensible a la utilización del término documento electrónico en la normativa actualmente vigente. Téngase en cuenta que actualmente, y ya desde la primera ley de firma electrónica, se parte del principio de neutralidad tecnológica, de manera que en principio la firma electrónica no se vincula a una tecnología concreta.

A día de hoy, La Ley 39/2015 no define ni el documento, ni el documento electrónico, a diferencia de lo que hacía la LAE. Ahora bien, la LPAC, en su artículo 26, señala que se entiende por “*documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones públicas*” y añade que “*las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia*”. De este modo, la normativa administrativa, más allá del reconocimiento del documento electrónico, expresa claramente su preferencia por éste, dando por supuesto que los documentos se emitirán de este modo. Por tanto, admisibilidad de documento electrónico, del que presupone su concepto, y clara preferencia por éste, para, posteriormente, referirse a los requisitos que deben concurrir en dichos documentos electrónicos para ser considerados válidos en aras a evitar los riesgos de modificación, manipulación o transformación, y en garantía de la autenticidad, integridad y conservación (art. 26.2).

En línea con la ausencia de un concepto legal del documento en el ámbito del Derecho administrativo, ocurre que es inexistente el tratamiento que nuestras leyes,

⁶ Tecnología que implica el uso de diferentes realidades que se engloban en una sola denominación: medios electrónicos, medios informáticos y medios telemáticos. Diferencias que pueden ser importantes a la hora de determinar las formas de generarse dicha información y de garantizar la autenticidad, integridad y conservación.

y en particular la normativa administrativa, han dado a los aspectos documentales de la actuación administrativa. Es decir, no se define en ningún momento que es el documento, ni el documento público administrativo al que tanto se refiere la ley, lo que constituye una verdadera laguna en nuestro Derecho. No solamente es una laguna la ausencia de un concepto de documento, sus tipos, sus requisitos o si constituye la firma un requisito del documento –pues ésta no es regulada en la normativa administrativa hasta haber sido considerada como un requisito de validez del documento electrónico...–, sino la falta de una teoría general del documento, como soporte donde se plasma la actuación administrativa, que fuera aplicable al documento electrónico.

Esto ha supuesto que el ordenamiento administrativo haya utilizado los conceptos que nos ofrecen otras ramas del Derecho, en particular, el Derecho procesal, sin asumir todas sus consecuencias. Así, entre otros preceptos, el artículo 26 habla de documento *público* administrativo como aquel “*válidamente emitido por los órganos de las Administraciones Públicas*”, pero ¿realmente cuando alude al documento público administrativo se está refiriendo a un *documento público*? No, lo cierto es que no se refiere al documento público. El ordenamiento administrativo utiliza el concepto de documento público que nos da el Derecho procesal pero no con todas sus consecuencias. El Derecho procesal clasifica los documentos en públicos y privados a partir del criterio de su autoría por *fedatario público*, y no todo órgano de la Administración pública lo es. Esto es una evidencia más de la ausencia de una teoría general del documento en nuestra rama del ordenamiento, teoría que sigue siendo imprescindible ya que el documento constituye el soporte donde se materializa la actuación administrativa y la base sobre la que se construye una teoría del documento electrónico.

II.2.2. El documento administrativo como medio de prueba. La clasificación de los documentos

Expuesta la ausencia de un concepto de documento desde la normativa administrativa, hemos de tener en cuenta la noción que de éste nos proporcionan otras ramas del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, a los efectos del Código Penal debe entenderse por documento “*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*” (art. 26 CP). Este concepto extraordinariamente acertado dada su precisión y amplitud, es determinante a efectos de tipificar los delitos de falsedades documentales.

En segundo lugar, el CC distingue entre documentos públicos y privados, que pueden coordinarse con el concepto de documento penal, y define los primeros en el artículo 1216 como *“los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley”*. Así, en el ámbito civil el documento público es aquel autorizado por empleado público, al igual que en el derecho administrativo lo es aquel válidamente emitido por los órganos de las Administraciones públicas.

Por último, en la normativa procesal, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁷ distingue entre documentos electrónicos públicos, administrativos y privados y remite, en lo que se refiere al valor y eficacia jurídica que corresponda por su naturaleza, a la legislación que le resulte aplicable. En la LEC, y sin centrarnos en el documento electrónico, se clasifican los documentos, a efectos de su valor y eficacia probatoria, en documentos públicos y privados. Concretamente, el artículo 317 nos precisa cuáles son los documentos públicos, y entre ellos se incluyen *“5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones”* y *6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho Público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, administraciones o entidades”*. Por otra parte, el artículo 324 indica que *“Se consideran documentos privados a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317”*. Uno y otro documento tienen distinta eficacia jurídica, tanto en el ámbito procesal como en el tráfico jurídico normal, siendo su elemento diferenciador el de la autoría, criterio que es complementado con el de la competencia y la solemnidad. Además, por razón de la autoría y de quienes estén facultados para dar fe pública, los documentos públicos se pueden clasificar fundamentalmente en documentos notariales, judiciales y administrativos, sin perjuicio de otras clasificaciones (registrales, consulares, parroquiales,...). Como consecuencia de esta clasificación de los documentos, la diferencia está en su eficacia probatoria. Según lo dispuesto en la LEC, mientras los documentos públicos comprendidos en los núm. 1 a 6 del art. 317 hacen prueba plena del hecho, actos o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce la documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan en ella, sin perjuicio de su impugnación, los documentos privados harán prueba plena salvo que impugnada su autenticidad no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, caso en el que el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 319-326 LEC).

⁷ EL artículo 326 relativo a la fuerza probatoria de los documentos privados ha sido modificado por la Ley 6/2020 de 11 de noviembre reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, El documento probatorio difiere del denominado constitutivo que se erige en requisito formal indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos.

Si bien, tradicionalmente, junto a la categoría de documento público y privado, se ha hecho referencia al documento *“oficial”*, distinción que hasta ahora no aparecía en la LEC, y provenía del CP aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, cuando se refería a la falsificación de documentos públicos oficiales que, a efectos penales, se equiparaban a los documentos públicos. Los documentos oficiales son aquellos que, aún siendo expedidos y válidamente emitidos por órganos de las Administraciones públicas, no provienen de funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe pública. Es decir, los que provienen de la Administración Pública del Estado, CCAA, Entes locales para satisfacer las necesidades del servicio o función pública asignada y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales, esto es, los dictados por órganos de la Administración pública, precisamente, los que a efectos de, la derogada LRJAP y la hoy vigente LPAC, son documentos públicos (además de que puedan ser electrónicos). En este sentido, documento oficial sería aquél que contiene un acto administrativo, aquél en el que se documenta un hecho que no es sino la manifestación de voluntad, juicio o deseo de una Administración pública en ejercicio de las potestades que tiene asignadas.

Consecuentemente, la LEC vigente, entendemos que debido al uso del término documento público/administrativo por la normativa administrativa para referirse a un determinado tipo de documentos, se refiere en el artículo 319.2 a este tertium genus y establece que *“la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 – esto es, los autorizados por fedatario - a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter”*. Por tanto, junto a los documentos públicos administrativos emitidos – los del art. 317 5º y 6º - hay otros documentos administrativos (denominados tradicionalmente oficiales) que no son documentos públicos a efectos de la LEC, aún cuando las leyes administrativas le atribuyan el calificativo de documentos públicos. De hecho a efectos de prueba, mientras los documentos públicos administrativos, como todo documento público, hace prueba plena y su impugnación requerirá cotejo o comprobación (art. 320), los documentos administrativos (u oficiales, a efectos de la LEC) no tienen la naturaleza de documentos públicos y su fuerza probatoria será *“la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de las sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”*. En definitiva, el denominado en la normativa administrativa como *“documento público administrativo”* (art. 26.1 LPAC) no tiene la fuerza probatoria que la LEC atribuye a los documentos públicos sino que tendrá la eficacia del documento administrativo no recogido entre los del art.317.

Expuestas las diferencias entre los documentos a efectos procesales, podemos concluir que sólo serían documentos administrativos con la naturaleza de documentos públicos los emitidos por funcionarios habilitados para dar fe pública, el resto de documentos, los emitidos por órganos de las Administraciones públicas –por ejemplo, los actos administrativos que no estén emitidos por fedatario público obviamente como se exige su forma escrita constan en documento y preferentemente electrónico– serán documentos administrativos u oficiales que no tienen la misma eficacia probatoria que los documentos públicos. Desde este punto de vista sería aconsejable que las leyes y la doctrina fueran precisas en el uso de la terminología ya que, a la vista de que la clasificación de los documentos, sean o no electrónicos, en documentos públicos y privados es esencialmente importante a efectos de Derecho procesal por la diferencia de valor y eficacia probatoria que pueden tener unos y otros y debe ser utilizada adecuadamente. Los conceptos conllevan un determinado régimen jurídico que queda desnaturalizado cuando se usan para hacer referencia a una realidad jurídica distinta.

Ahondando en el tema que nos ocupa, el artículo 26 LPAC, se refiere en el punto 1 a los documentos *públicos administrativos* y en el punto 2 a los documentos electrónicos *administrativos*. ¿Está el legislador conscientemente distinguiendo entre los documentos que son públicos y los oficiales?. No creo. Entiendo que en ambos está haciendo referencia a la misma realidad, los documentos emitidos por órganos administrativos y, por tanto, no utiliza la terminología documento público y documento administrativo en su sentido estricto. Simplemente trata de decir que los documentos que emitan los órganos de las Administraciones públicas serán preferentemente electrónicos y cuales son los requisitos para su *validez*.

Finalmente, en este sentido, habría que preguntarse quien tiene la función de fe pública en el ámbito de la administración pública, lo que si daría como consecuencia un verdadero documento público, categoría procesal, (y no un documento administrativo u oficial). El análisis de los fedatarios públicos en el ámbito de la Administración estatal, autonómica y local requeriría un estudio detallado que es imposible llevar a cabo en estos momentos⁸.

⁸ El artículo 92 bis de la LRBRL refiere que está reservado a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional la función pública de secretaría que comprende la “*fe pública y el asesoramiento legal preceptivo*” al igual que los notarios en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Este desdoblamiento de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo en el ámbito de la Secretaría se mantiene en el nuevo régimen jurídico que a estos les otorga el RD 128/2018, de 16 de marzo, de régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que a su vez, desglosa en el artículo 3, siendo ésta una de las novedades más importantes del RD, y el cual establece las funciones de secretaría en relación a la fe pública que desempeñan dichos funcionarios y que darán lugar verdaderamente a documentos *públicos administrativos*. En este sentido, el RD en clara correspondencia con el art.92 LRBRL y la preferencia por el documento electrónico de la L39/2025, atribuye nuevas funciones en relación al papel de fedatario público de estos funcionarios a la par que reconvierte en electrónico funciones tradicionalmente asignadas en correspondencia con el nuevo modelo de preferencia al documento electrónico que se deriva de la L39/2015 (Campos Acuña; 2018: 58).

II.2.3 El documento administrativo electrónico como medio de prueba; su relación con la firma electrónica

Como no podía ser de otra forma, es evidente que, dada la importancia de la documentación digital y en una sociedad globalizada como la actual, no sería concebible que el documento electrónico no fuera reconocido como medio de prueba. En efecto, la LEC tras incluir los documentos públicos y privados entre los medios de prueba, concretamente en el artículo 299.2 establece que se admitirán como tales los medios de reproducir la palabra, el sonido y la imagen, así como “*los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clases, relevantes para el proceso*”. El documento electrónico es, por tanto, un medio de prueba y, lo podrá ser, bien como documento público, bien como documento privado.

En este sentido, en relación a los documentos públicos, el artículo 318 LEC establece que tendrán la fuerza que corresponda a éstos ya sean presentadas en soporte papel o mediante documento electrónico. Por tanto, admisibilidad del documento público electrónico como medio de prueba. Ahora bien, respecto del documento público cuya autenticidad no sea impugnada, éste hará prueba plena en el proceso, y en caso de impugnación⁹, si se desprende la autenticidad, se valorará según las reglas de la sana crítica. Por el contrario, respecto a la autenticidad y fuerza probatoria de los documentos privados electrónicos, el artículo 326 remite al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica, la cual nos lleva a su vez a la Ley 6/2020.

En este sentido, la regulación de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos sobre los servicios electrónicos de confianza, deroga la Ley 59/2003 de firma electrónica¹⁰. De este modo, se ha adaptado nuestro ordenamiento jurídico al marco regulatorio de la UE establecido por el Reglamento de la UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de Identificación Electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (conocido como eIDAS), que deroga a su vez la Directiva 1999/93 CE que establecía el marco comunitario para la firma electrónica. Si bien, la reciente ley no contiene una regulación sistemática de los servicios electrónicos de confianza, por aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE se aplicará el mencionado Reglamento 910/2014 de aplicación directa a los Estados miembros. De este modo

⁹ Las impugnaciones más frecuentes son las falsedades en el ámbito penal pudiendo dar lugar a una cuestión prejudicial que paralice el proceso civil hasta que se dilucide la responsabilidad penal.

¹⁰ y con ello, deroga los certificados de firma electrónica a favor de personas jurídicas o entidades sin personalidad a quienes quedan reservados los sellos electrónicos que permitan garantizar la autenticidad e integridad de documentos, tales como facturas electrónicas o actuar por medio de los certificados de firma de aquellas personas físicas que realmente representen – firma electrónica con atributo de representante - y la firma electrónica queda limitada para las personas físicas.

se termina con la dispersión normativa que dificultaba la prestación de servicios transfronterizos dentro de la UE, agravado por el diferente sistema de supervisión de cada Estado miembro. Así, dicho Reglamento, con el fin de desarrollar el mercado único digital, regula la identificación y los servicios de confianza electrónicos y el comercio electrónico en la Unión Europea. El reglamento, tras garantizar la equivalencia jurídica entre la firma electrónica cualificada y la firma manuscrita, permite a los estados miembros en el artículo 3 determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general.

En esta Ley se establece claramente que los efectos jurídicos de los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia probatoria procesal que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable, esto es, la legislación procesal y, con ello, la LEC. Respecto a la prueba de los documentos electrónicos privados se distingue si se ha utilizado un servicio cualificado o no. Por tanto, la Ley 6/2020 al referirse a la prueba de los documentos electrónicos privados y la impugnación de los mismos, distingue que se haya utilizado un servicio de confianza no cualificado, en cuyo caso se remite al art.326.3, o, por el contrario, se hubiera empleado uno cualificado, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en el art. 326.4 –; y ello en línea con la Ley de firma electrónica 59/2003 que desarrollaba un diferente régimen de impugnación de la autenticidad de la antes firma electrónica avanzada y reconocida-. En dicha regulación se consagra una clara ventaja procesal de los documentos cualificados frente a los no cualificados que implica una presunción de autenticidad que no tienen los segundos, así como una presunción de autenticidad reforzada en los casos en que se desestime la impugnación. En este sentido, es importante aludir al acierto de que la impugnación de los documentos electrónicos, evitando dispersión normativa, se contemple en la LEC, del mismo modo que ahí se encuentra la impugnación de los otros medios de prueba.

II. 3. El documento administrativo electrónico

II.3.1 Documento administrativo electrónico como soporte del acto administrativo; diferencias entre ambos

Hay que distinguir el documento administrativo, también en soporte electrónico, del acto administrativo (Cruz Mikellarena; 2006: Gamero Casado).

Un acto administrativo es la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo de una Administración pública en ejercicio de una potestad pública. En cambio, el documento no es más que el soporte adecuado para expresar dicha voluntad que, hasta recientemente, era en soporte papel y ahora es en soporte informático; y no

solo como posibilidad, sino que, en las relaciones jurídico administrativas es el soporte preferente. De modo que, hay documentos administrativos en los que el mensaje es un acto administrativo y no otro tipo de información, y en los que, si el soporte es informático, desplaza al soporte papel como el medio preferido hasta ahora para la constancia de los actos administrativos (Bocanegra Sierra; 2006: 85)¹¹. Este documento electrónico que contiene un acto administrativo, fruto de un procedimiento administrativo electrónico, deberá estar firmado puesto que así lo exige el artículo 26.2 LPAC para los documentos informáticos¹². El documento administrativo electrónico puede contener un acto administrativo, resolutorio o de trámite, o cualquier otra información o actuación administrativa (informes, pruebas, información pública...) que proceda de un órgano de la Administración pública. El propio artículo 26.3 se refiere a los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones públicas con carácter meramente informativo o que no formen parte de un expediente administrativo que, en todo caso, y aunque no requieran firma electrónica, se entiende que si requieren los requisitos de validez del artículo 26.2, precepto de carácter básico que deja sin aplicación el artículo 8 LAPDA que excluye expresamente del concepto de documento las publicaciones que no formen parte de un expediente administrativo.

Estamos de acuerdo en que documento y acto administrativo son diferentes y cada uno tiene un régimen jurídico diferente (Saz Larruga, 2010: p 700). La doctrina, como ya exponíamos más atrás, le ha prestado escasa atención al documento, que ha empezado a ser objeto de estudio a raíz de la utilización del documento en soporte electrónico. Ello contrasta – hasta cierto punto justificable – con el interés que se ha demostrado por el acto administrativo. Puede entonces ocurrir que un documento con soporte electrónico contenga un acto administrativo que sea válido pero, sin embargo, el soporte no contenga los requisitos que establece el art. 26.2, para su *validez*¹³. Recordemos que la LPAC recoge los requisitos para que los documentos electrónicos sean *válidos*, de lo que nos ocuparemos más adelante. O a la inversa, puede asimismo ocurrir que, el documento electrónico tenga los requisitos exigidos por el artículos 26.2 y, sin embargo, el acto que contenga sea inválido.

¹¹ La forma externa de un acto administrativo no tiene que ser la documental, aunque la opción por su manifestación escrita se justifica en la necesidad de su constancia fehaciente que posibilite su ejecución, su notificación o publicación y su perduración en el tiempo. Si bien, hoy la LPAC sí que hace referencia a la forma escrita de los actos a menos que se exija otra forma más adecuada. (Bocanegra Sierra; 2006: 85).

¹² Entre los que se encuentra la firma. Cabría preguntarse si el documento que no sea informático debe o no ser firmado. La firma manuscrita al igual que el documento se caracteriza por una ausencia de su estudio administrativo hasta que ha pasado a ser electrónica.

¹³ La cursiva se debe, como exponemos más adelante, a que entendemos que la validez es una categoría jurídica reservada para los actos administrativos y no para el documento lo que puede conducir a confusión.

Partiendo de que no podemos identificar acto administrativo y documento, pensamos que la Ley no debiera referir los requisitos de los documentos electrónicos como requisitos de *validez*. Las categorías jurídicas en Derecho conllevan un determinado régimen jurídico, y la validez es una categoría que, al igual que en otras ramas de derecho y aunque con diferencias importantes fundadas en la posición institucional de la Administración pública, alude al hecho de que si el acto no cumple los requisitos jurídicos, y una vez el acto sea declarado inválido, si éste incurre en una infracción del ordenamiento jurídico, conlleva, como sanción general, que sea un acto contrario a derecho con consecuencias distintas si implica un vicio de nulidad o anulabilidad. La invalidez es diferente a la ineficacia; ésta hace referencia a la posibilidad de que el acto despliegue o no sus efectos. De este modo habría que pensar que efectos conlleva la ausencia de los requisitos del documento sobre el acto, esto es, si el acto fuera válido, pero no puede resultar eficaz hasta que cumpla los requisitos del artículo 26.2 LPAC o, por el contrario, el acto es realmente inválido por no contener el documento electrónico dichos requisitos.

A la vista de lo expresado habría que resolver la cuestión de que ocurre si un acto administrativo reúne los requisitos de su validez, pero estando documentado electrónicamente, dicho documento electrónico no tiene los requisitos que señala el artículo 26.2 para su *validez*; ¿El acto administrativo es inválido o simplemente es ineficaz porque el documento que lo soporta no tiene sus requisitos?. La ley habla claramente de “*Para ser considerados válidos los documentos electrónicos administrativos deberán:...*”. Entiendo que la validez del acto administrativo hace referencia a unos requisitos subjetivos, objetivos y formales y su ausencia dará lugar a que exista un vicio de nulidad o anulabilidad. Entonces, cabría pensar que, o bien la ausencia de un requisito del documento electrónico afectara a la validez del documento (lo que sería identificar los requisitos del documento electrónico con requisitos formales del acto administrativo), o bien afectara a la eficacia de dicho acto administrativo. Si realmente es un requisito de validez sería como señalar que el legislador ha optado por considerar los requisitos del documento administrativo verdaderamente como causa de nulidad por remisión del artículo 47.1.g que dice que son nulos de pleno derecho aquellos actos que así lo determinen por una disposición de rango legal o un supuesto de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (art. 48.1). En una línea parecida, Berning Prieto considera que cuando se reúnan todos los requisitos para entender válidamente generado un documento administrativo en soporte electrónico, este será perfecto mientras que en caso contrario, sería “defectuoso” (Berning Prieto, 2018: p.127) y ello puesto que el término “defectuoso” ya es utilizado en la doctrina para calificar la notificación que incumple determinadas prescripciones normativas (Gamero Casado y Fernández Rodríguez, 2017: 561-562) Es cierto que la LPAC refiere a los requisitos de la *validez* del documento, pero entiendo

que no lo ha hecho intencionadamente o pensando en ello¹⁴. Entre otras razones porque hay documentos que no contienen actos administrativos; ¿También en este caso sería inválidos a pesar de ser esta una categoría jurídica aplicable al acto administrativo?. Opinamos que el legislador debiera aclarar este punto o ser más preciso en el uso de las diferentes categorías jurídicas puesto que la categoría de validez e invalidez debe reservarse para lo que realmente ha sido concebida, esto es, para el acto administrativo.

A partir de aquí y en línea con la clasificación de los documentos, a la vista de que documento no es equivalente a acto administrativo; ¿Cómo calificar los documentos electrónicos que contienen un acto administrativo?. No pueden denominarse documentos públicos puesto que esta categoría por su autoría va referida a aquellos documentos cuyo autor es un fedatario público. De modo que debiera hablarse de documento administrativo, como subgénero de documento y que son los “*válidamente emitidos por órganos de las Administraciones públicas*”. Y que en soporte electrónico será un documento administrativo electrónico (contenga o no un acto administrativo).

Llegados a este punto cabría preguntarse por los documentos a través de los cuales los ciudadanos e interesados en los procedimientos administrativos se comunican con la Administración pública. Estos no son documentos administrativos, son documentos privados, y si lo son en formato electrónico, se tratará de documentos electrónicos privados. Al igual que los actos de los ciudadanos no son actos administrativos. Y ello, sin perjuicio de que dichos documentos privados electrónicos, en el caso que analicemos, puedan formar parte de un expediente administrativo. Pero no son documentos electrónicos administrativos con lo cual cabe preguntarse ¿son o no de aplicación los requisitos del artículo 26.2 para ser considerados *válidos como ya hiciera el art. 46 LRJAP?* Entendemos que los documentos electrónicos privados también requieren de dichos requisitos: contener información archivada en soporte electrónico susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, disponer de datos de identificación para su incorporación al expediente administrativo, incorporar una referencia temporal del momento de su emisión, incorporar los metadatos exigidos e incorporar la firma electrónica que corresponda. Nuevamente un vacío legal debido a la ausencia de una teoría general del documento. En este sentido es el momento de recordar que, asimismo, la firma manuscrita, como posible requisito del documento, no ha sido objeto de regulación hasta la consagración del documento electrónico.

¹⁴ El acto administrativo se producirá por escrito a través de medios electrónicos a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. Art. 36 LPAC. En este sentido, si el legislador ha querido que los requisitos del documento electrónico sean requisitos de validez cuando la información contenida sea un acto administrativo, creo debería haberlo añadido en este precepto y, en todo caso, haberlo añadido expresamente entre las causas de nulidad o referirse a ello en las de anulabilidad.

II.3.2 Competencias legislativas en relación al documento administrativo electrónico

Como ya se ha expuesto, si bien el documento administrativo no ha sido objeto de una especial regulación por parte del legislador (arts. 45.5 y 46 LRJAP y concisamente LPH 17/1985 sobre patrimonio documental)¹⁵, si lo fue en mayor medida a raíz de la regulación de los documentos elaborados por medios informáticos, electrónicos y telemáticos y las copias por la LRJAP y LAE hoy derogadas¹⁶. Ley general y Ley especial (Gamero Casado, 2008: 83-87) que hoy se unifican en la regulación básica y común para los documentos administrativos que nos ofrecen los artículos 26 y 27 LPAC 39/2015, sin perjuicio de la regulación del expediente y registros. Si hasta ahora la “*aproximación al régimen jurídico del documento administrativo electrónico exige coherencia la regulación general y común con las especialidades fijadas para el soporte electrónico*”, hoy ambas, regulación general y especial, las tenemos en la LPAC, LRJSP y en el RDAE.

En el ámbito de la CCAA, el Estatuto de Autonomía de Andalucía en el artículo 68 establece competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma en materia de archivos de su titularidad y de promoción y difusión de su patrimonio cultural, así como competencias ejecutivas sobre archivos de titularidad estatal cuya gestión no se reserve al Estado; ello sin perjuicio del marco jurídico estatal que en virtud de la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común corresponde al Estado. Bases que, como es por todos conocido, están reguladas principalmente en la LPAC y LRJSP, y en cuanto a la Administración electrónica se refiere, también, en el RDAE. Ello independientemente de que en materia de patrimonio cultural deba tenerse en cuenta la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía a la luz de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que articulan la protección y tutela del Patrimonio Documental en cuanto a archivos históricos se refiere. Consecuentemente, la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía (en adelante LADAPD), tiene como eje fundamental la protección, custodia y difusión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio Documental de Andalucía, la organización del servicio público de los archivos y la consideración de la gestión

¹⁵ Sobre la actitud inhibicionista del legislador a la hora de dotar de homogeneidad en la regulación de la gestión documental a las Comunidades Autónomas lo que se entiende como una renuncia a fijar un sistema de garantías idéntico para todos los ciudadanos (Valero Torrijos, 2008: 34-36).

¹⁶ Al igual que el documento administrativo que ha sido escasamente estudiado por la doctrina excepto por algún trabajo de González Navarro, F., o Sánchez Blanco, A. La modernización tecnológica y la regulación legal del documento administrativo electrónico por la LAE dieron lugar a una especial interés por el estudio de éste; de ahí los primeros estudios: Davara (1993), Asís (1996), Bauza y Valero (2004), Gamero Casado (2005), o Sanz Larruga (2008). Lo cierto es que sigue sin existir una regulación general común del documento.

documental como conjunto de funciones y procesos reglados archivísticos que, aplicados con carácter transversal a lo largo de la vida de los documentos, garantizan el acceso y uso de los documentos de titularidad pública y la correcta configuración del Patrimonio Documental de Andalucía, sobre la regulación básica estatal de aplicación a todas las Comunidades Autónomas.

La normativa autonómica andaluza refiere el concepto de documento, a efectos de su gestión, como la *información* producida por personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza como testimonio de sus actos, recogida en un soporte, “*con independencia de la forma de expresión o contexto tecnológico en que se haya generado*”. Recepción pues del documento electrónico (artículos 2 y 9 LADAPD). A diferencia de la LPAC, la legislación andaluza no habla de documentos públicos, sino más acertadamente de titularidad – categoría completamente diferente – ya que, además, piensa en ellos como una unidad que es susceptible de formar parte de un archivo. En suma, un documento de titularidad pública, podrá ser un documento público o un documento oficial o administrativo. Además, la LADAPD entiende por documentos de titularidad pública sujetos a su normativa los “*de titularidad de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, enumeradas en el artículo 9, producidos y recibidos en el ejercicio de las competencias que les son propias, sin perjuicio de la normativa estatal o internacional que les afecte*”. Por el contrario, la ley califica de documentos de titularidad privada los no incluidos en la definición anterior. Desde este punto de vista, los documentos privados, que en el ámbito de un procedimiento administrativo sean recibidos por las personas enumeradas en el artículo 9, serán documentos de titularidad pública.

En el derecho autonómico andaluz, respecto a los documentos, además de definirlos con independencia de la forma de expresión o contexto tecnológico en que se hayan generado (art.8), se consagra respecto de los documentos de titularidad pública su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (art.10), determinando que a efectos de su *validez* deberán cumplir los requisitos de autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y contextualización, de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación (art. 11), esto es, de acuerdo con la normativa básica estatal que regula el documento electrónico que pasamos a exponer.

II.3.3. Requisitos de validez de los documentos electrónicos

Aunque sería deseable hacer una parada en el camino para relatar la ausencia de una regulación de la firma manuscrita como requisito del documento tradicional que aplazaremos para otra ocasión, firma que no ha sido regulada en el ordenamiento jurídico administrativo hasta la normativa de firma electrónica. Sin más, entramos los requisitos de *validez* de los documentos electrónicos, partiendo

del claro posicionamiento del legislador por éste¹⁷. Entendemos que la elección del documento electrónico no es una potestad discrecional para la Administración, aunque si es una opción más flexible para el ciudadano, a tenor del artículo 40 LPAC que establece que los actos administrativos “se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

Atendiendo a estas dos premisas, la clara preferencia del legislador por el documento electrónico y su utilización preferente dejando abierta la puerta a que la naturaleza del acto así lo exija (art. 26.2 y 36.1), y que hay sujetos que aún no están obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración pública, el artículo 26.2 enumera, a partir de un concepto amplio de documento electrónico, los requisitos de validez del documento administrativo informático. A saber, la ley regula las características básicas que éste a de tener para su admisibilidad en el tráfico jurídico en orden a garantizar los principios de autenticidad, integridad, conservación a lo largo del tiempo y así permitir su almacenamiento y registro, que debe adaptarse al nuevo formato, para evitar los riesgos de modificación o manipulación que son diferentes a los del documento papel (Valero Torrijos, 2008:32).

Sin perjuicio de que este tema pueda ser tratado en relación al expediente administrativo, simplemente aludir que los documentos electrónicos administrativos deben ser almacenados conjuntamente en una carpeta e incorporados a un expediente administrativo electrónico. Pero en un expediente administrativo, no solo se almacenarán los documentos emitidos por órganos públicos – documentos administrativos electrónicos la mayoría de ellos soportes de actos administrativos –, sino también documentos emitidos por otras instituciones públicas o emitidos por particulares y que obren en poder de la Administración pública. ¿deben estos documentos consecuentemente para ser conservados y garantizarse su autenticidad e integración tener los mismos requisitos de los documentos administrativos electrónicos aunque la Ley no se refiera a ello?. Entendemos que sí. De otro modo no se podría garantizar su autenticidad e integridad ni podría procederse a su interoperabilidad y conservación. Desde el punto de vista de la normativa andaluza, estos documentos al ser recibidos por la Administración pública, serán documentos de titularidad pública. Como señala Campos Acuña (2017: p.226) un documento electrónico reside desde su captura en un sistema de gestión de documentos de una organización administrativa donde permanecen inalteradas las características citadas y confieren a este un determinado valor probatorio en el marco de una política de gestión de documentos electrónicos.

¹⁷ Lo que habría que conectar con los sujetos obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración y con el expediente electrónico, cuestiones que serán tratadas en otros capítulos.

Hecha esta aclaración y sin más demoras, respecto a la cuestión que nos ocupa, el artículo 26.2, siguiendo la senda de la LAE, distingue los siguientes requisitos, que no son sino los diferentes componentes de la unidad que es el documento electrónico¹⁸:

- a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado (contenido).
- b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente administrativo.
- c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos (relativamente importante cuando el documento incorpora un acto a efectos de cómputo de los plazos).
- d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos
- e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

Hay que destacar, la norma técnica de interoperabilidad (NTI) de Documento electrónico aprobada por Resolución de 19 de julio de 2011 que, en su segunda versión, ya cuenta con su esquema de Metadatos. Esta Norma establece los requerimientos que según el ENI y ENS se requieren para asegurar la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación y, en definitiva, los componentes que van a permitir crear las condiciones de confianza en el uso del documento electrónico y los procesos que componen la gestión documental a través del registro electrónico.

Detengámonos brevemente en cada uno de los citados requisitos del documento electrónico que recoge el artículo 26.2 LPAC.

- El contenido:

Es lo que podemos identificar con el concepto de documento. La información. Podrá ser un conjunto de datos, hechos u otra información que nos da el soporte informático. La normativa electrónica a veces, en lugar de hablar de documento, utiliza el término dato.

- Firma electrónica; documentos que la requieren:

Es un requisito técnico del documento electrónico cuya finalidad es identificar al emisor del mismo, su voluntad sobre lo que ha firmado, y la integridad y

¹⁸ Tres tipos de documentos desde el punto de vista del soporte cabría admitir: printout, input, o documento EDI. Davara Rodríguez, 1993: 456

autenticidad del documento. Podemos afirmar que no es una firma en puridad sino que, identifica a quien la ha solicitado y su titular, pero no a quien la utiliza¹⁹. Rodríguez Adrados (2005:) señalaba que, más que una firma se trata de un sello que vincula a quien lo pone con los datos firmados, que será tratado en el capítulo correspondiente. En relación al presente tema, recapitular que el documento firmado electrónicamente por un funcionario o empleado público será un documento administrativo informático. Pero ¿qué documentos necesitan ser firmados?. La legislación actual dice, a sensu contrario, que no requerirán firma electrónica aquellos documentos electrónicos que se publiquen con carácter meramente informativo o que no formen parte de un expediente administrativo (arts. 26.3 y 70.4 LPAC), sin perjuicio de la identificación de su origen (art. 26.3). Es evidente que los documentos que contengan actos administrativos, y cualquier otro documento administrativo, si requerirá firma electrónica, firma que antes de la regulación del documento electrónico no venía siendo legalmente exigida en el documento manuscrito²⁰ aunque si constaba en los documentos según la práctica administrativa.

La cuestión más problemática respecto de que documentos requieren firma está en determinar si no la requieren aquellos que no formen parte de un expediente, y por tanto, los documentos simples. Aunque la cuestión es, porque no considerarlos expedientes de un solo documento para poder ser archivados, ya que de otro modo, al estar excluidos de firma y del expediente y de ser archivados, no se podría acceder a dicha información pública y vulneraría la transparencia administrativa. Cuestión que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en interpretación del art. 12.1.b) LTBG excluye motivando en determinadas circunstancias la inadmisión de determinada información auxiliar o de apoyo (Campos Acuña, 2017: p. 228). En definitiva ¿los documentos no firmados no necesitan archivarse por no formar parte de un expediente?²¹. En esta línea, por fin y en línea con la jurisprudencia, es importante destacar que el RDAE establece la obligación de conservar en soporte electrónico (lo que nos remite al archivo electrónico), no solo los documentos que formen parte de un expediente administrativo, sino también aquellos documentos con valor probatorio creados al margen de un procedimiento electrónico (art. 54.1).

- *Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos:*

¹⁹ En este sentido nada impide que la firma la utilice una persona distinta a su titular lo cual también es factible en la firma manuscrita.

²⁰ Si se refiere hoy la ley, a la firma de la constancia por escrito de los actos emitidos verbalmente (art. 36.2) y la firma del documento electrónico (art. 26.2) que, en su caso, podrá contener un acto.

²¹ Interpretación del artículo 17 LPAC acerca de la inclusión de documentos sin firma de un expediente que se archiva (Campos Acuña, 2017, pp. 160-164).

El artículo del RDAE, a pesar de las críticas recibidas, finalmente regula la referencia temporal de los documentos administrativos electrónicos.

Si partimos de que es un requisito de todo documento administrativo, el citado Real Decreto establece que, de acuerdo con lo que determinen las normas reguladoras de cada procedimiento, todo documento deberá de tener asociado, o bien una marca de tiempo, o bien un sello electrónico cualificado, acordes a las determinaciones de la normativa reguladora del procedimiento y el ENI. La diferencia está en la autoría de quien asigna la fecha y hora al documento.

La marca de tiempo –asimilable al sello electrónico no cualificado– es de uso residual para cuando la normativa no exija el sello electrónico. Supone la asignación por medios electrónicos de una fecha y una hora al documento. Es un método para probar que un dato electrónico existió en un momento determinado y no ha sido modificado desde entonces. Así, prueba la existencia de un documento electrónico, su transmisión o recepción por un sistema externo. En la marca del tiempo es el propio organismo interesado el que debe general la referencia temporal por cualquier aplicación y que suele obtenerse a través de la fecha y hora de un servidor informático que esté sincronizado en cumplimiento del artículo 15 ENI. En la Red corporativa de la Junta de Andalucía y en la Red SARA, a la que posteriormente aludiremos, existen servicios que permiten el sincronismo de fecha y hora.

Por el contrario, en el sello electrónico cualificado de tiempo será un tercero de confianza, independiente y ajeno al procedimiento o documentos, quien proceda a la asignación por medios electrónicos de una fecha y hora con la intervención de un prestador cualificado de servicios de confianza que asegure la exactitud e integridad de la marca de tiempo. Dicho prestador cualificado deberá estar incluido en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de confianza”. Se garantizan así que una serie de datos preparados por el solicitante del sello han existido y no han sido modificados desde un momento determinado. Estos serán utilizados, bien cuando lo especifique la correspondiente norma reguladora, bien cuando resulte de aplicación con respecto de la categorización de seguridad según establece el ENS exigida en el ámbito de la trazabilidad 8 (art. 43 y anexo II 5.7.5).

Actualmente, la Junta de Andalucía dispone de un sistema de Autoridad de Sellado de Tiempo, que sustituye al anterior de notario electrónico en desuso, en el marco de adaptación al ENS. Se trata de una solución tecnológica desarrollada por la Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso

de la Administración Electrónica, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas e implantada por la Junta de Andalucía²².

- Metadatos

Un metadato, contenido esencial del documento electrónico, es la información que sirve para definir y describir a otros datos. Son datos de forma electrónica que se asocian a los documentos electrónicos, con carácter instrumental e independiente de su contenido y cuya finalidad es el conocimiento inmediato y automático de sus características para garantizar su identificación, conservación, recuperación e interoperabilidad²³. Esto es, son datos sobre datos, elementos digitales para identificar documentos electrónicos que nos dan información del mismo para su contextualización e identificación²⁴; *datos que definen y describen otros datos*, como dice el Anexo RD 4/2010 y cuyo precedente está en la catalogación archivística. Dentro de éstos, la doctrina que se ha ocupado de la materia distingue entre metadatos descriptivos, estructurales y administrativos (Fernández Molina y Peis Redondo; 2001) todos ellos al servicio de la gestión de documentos y en aras a su identificación, autenticación y contextualización. En este sentido, de acuerdo con el artículo 21 ENI, se atenderá a la Norma Técnica de Política de Gestión de documentos que establece los metadatos para la gestión de los mismos²⁵. Entre los procesos para la gestión de documentos se regulan, en particular, la creación, captura, clasificación e indización, asignación de metadatos, registro, control de acceso, almacenamientos de documentos, uso y reutilización, migración y conservación y transferencia y destrucción. Ello se llevará a cabo a través del archivo y las funciones archivísticas a las que posteriormente nos referiremos.

Finalmente, y por cuanto se refiere a la relación entre el expediente electrónico y el documento, nos remitimos al estudio específico al respecto. Simplemente tener

²² Está disponible en Centro de Transferencia de Tecnología del Portal de la Administración electrónica de la Administración General del Estado. Véase los certificados electrónicos de la FNMT-RCM firmante de los sellos de tiempo. La TS@ es una Autoridad de Sellado de Tiempo puesta a disposición de todas las Administraciones Públicas con el objetivo de ofrecer los servicios de sellado, validación y resellado de sellos de tiempo.

²³ Para garantizar la permanencia y no alteración de los metadatos se hace una llamada al ENI y La NTI de Política de gestión y de Documento electrónico establece los metadatos mínimos obligatorios recogidos y formalizados en el Esquema de Metadatos para la Gestión del Documento Electrónico (e-MEGDE). Estos aportan información de contexto siguiendo un modelo funcional: versión NTI, identificado, órgano, fecha de captura, origen, estado de elaboración, nombre del formato, tipo documental, tipo de firma. La descripción del documento electrónico se realiza mediante metadatos que nos informan los aspectos citados desde el mismo momento en que se crea, y se van añadiendo otros a lo largo del ciclo de vida del documento, según sus usos y necesidades. Independientemente de los metadatos mínimos obligatorios, las distintas Administraciones podrán asignar metadatos complementarios para atender a las necesidades de descripción que no están sujetos a la prohibición de modificación.

²⁴ ISO/IEC 11179 (66)

²⁵ e-EMGDE que incluye los metadatos mínimos obligatorios del documento y expediente electrónico (NT) y los metadatos complementarios para hacer posible la interoperabilidad.

en cuenta que a los documentos administrativos electrónicos, que como hemos avanzado podrán o no formar parte de un expediente administrativo, también puede suceder que un mismo documento electrónico forme parte de varios expedientes administrativos (art. 51.2 RDAE), expediente que deberá de ser foliado mediante un índice electrónico autenticado con el fin de su recuperación y de garantizar su integridad (art. 51.1 RDAE). Dicho índice deberá estar, bien firmado por el órgano que tramitó el expediente, bien sellado en el caso de que se hubiera formado de manera automática.

II.3.4 El Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad y las Normas Técnicas de Interoperabilidad

Sin ánimo de extendernos más allá del objeto de nuestro estudio, resulta inevitable hacer una referencia al Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) y Esquema Nacional de Seguridad (ENS) dada su indudable relación con el documento administrativo electrónico, el régimen de copias de los documentos y el archivo electrónico²⁶. Estos Esquemas son definidos por el artículo 156 LRSP, el cual reproduce parcialmente las definiciones que de estos ofrecía el art. 42 LAE.

Hay que partir de que la interoperabilidad es la capacidad de los sistema de información y, por ende, de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos para un eficaz ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos en relación a los datos, documentos y archivos y, en particular, el derecho a no aportar datos y documentos que obren en poder de la Administración, así como el cumplimiento de los deberes por parte de las Administraciones públicas a través del acceso electrónico a los servicios públicos en beneficio de la eficacia y la eficiencia. El ENI fue aprobado por RD 4/2010, de 8 de enero en adaptación al Marco Europeo de Interoperabilidad e inspirado en el *sistema pubblico di connettività* italiano (Martínez Gutierrez; 2011: 694).

En suma, el ENI podemos definirlo como un conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones a tener en cuenta por las Administraciones públicas para la toma de decisiones tecnológicas. Esta norma, que presenta carácter de norma básica (art. 149.1.18), va más allá de ser una simple directriz y constituye el verdadero marco jurídico para promover y favorecer la interoperabilidad en el uso de los medios electrónicos. Respecto a su finalidad y medios, el ENI persigue la creación de las condiciones necesarias para garantizar el adecuado nivel de

²⁶ Portal de Administración electrónica, PAe. Centro de Transferencia de Tecnología, Ministerios de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

interoperabilidad técnica, semántica y organizativa de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones públicas.

Interesa mencionar, por su particular importancia, los capítulos VI y VII del Esquema que dan carta de naturaleza a la Red SARA a la que nos referiremos posteriormente como la infraestructura de comunicación entre las distintas Administraciones públicas españolas que va a permitir el intercambio de información, datos, documentos y certificaciones.

Llegados a este punto no está de más añadir que, de acuerdo con el ENI, es una obligación esencial de las Administraciones públicas adoptar las medidas organizativas y técnicas necesarias con el fin de garantizar la interoperabilidad en relación con la recuperación y conservación de los documentos electrónicos a lo largo de todo su ciclo de vida. Entre estas medidas destaca la política de gestión de documentos en cuanto al tratamiento, de acuerdo con las normas y procedimientos que se hayan de utilizar en la formación y gestión de los documentos y expedientes.

Y en esta línea, la DA 1ª del ENI, modificada por la DF segunda RDAE, establece que en desarrollo de dicho Esquema serán aprobadas una serie de Normas Técnicas de Interoperabilidad²⁷. Entre las normas técnicas aprobadas mediante Resolución, en un proceso en el que participaron todas las Administraciones públicas, e informadas favorablemente por la Comisión de Estrategia TIC y la Comisión Sectorial de Administración Electrónica y que, consecuentemente, son verdaderas normas jurídicas con eficacia ad intra que vinculan a toda la Administración pública, debemos destacar al objeto del presente estudio, las normas relativas al documento electrónico, al expediente electrónico, a la digitalización de documentos en soporte papel, a los procedimientos de copiado auténtico y conversión y a la política de gestión de documentos electrónicos ya que responden a aspectos relativos a la interoperabilidad, recuperación y conservación del documento electrónico, a la luz de la necesidad de garantizar todos estos aspectos para el documento electrónico a lo largo del tiempo.

²⁷ Todas estas Normas Técnicas y las guías que acompañan a cada una de ellas para su correcta aplicación están ya aprobadas y se pueden consultar en la página del Ministerio de Administraciones Públicas: <http://administracionelectronica.gob.es>. [Administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Interoperabilidad_Inicio/pae_Normas_Tecnicas_de_interoperabilidad.html](http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Interoperabilidad_Inicio/pae_Normas_Tecnicas_de_interoperabilidad.html). Estas normas técnicas desarrollan aspectos concretos de diversas cuestiones necesarios para asegurar los aspectos más prácticos y operativos de la interoperabilidad entre las Administraciones públicas y con el ciudadano, sin perjuicio de que dado el progreso de la Administración Electrónica, de las infraestructuras y de la evolución tecnológicas deban de ir perfeccionándose. La norma técnica de interoperabilidad de Documento Electrónico tiene por objeto establecer los componentes del documento electrónico, contenido, en su caso, firma electrónica y metadatos así como la estructura y formato para su intercambio. La norma técnica de Interoperabilidad de Digitalización de documentos tiene por objeto establecer los requisitos a cumplir en la digitalización de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización a través de medios fotoeléctricos. EL RDAE amplía las normas técnicas que deben ser objeto de aprobación: NT de preservación de documentación electrónica, de Sistema de Referencia de documentos y repositorios de confianza, establece su aprobación por Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial.

Íntimamente unido al ENI, y con la finalidad de hacer efectiva la conservación de los documentos electrónicos y la formación en consecuencia del patrimonio documental, se encuentra el Esquema Nacional de Seguridad. Respecto a sus características decir que el ENS tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de los medios electrónicos y está constituido por una serie de principios básicos y requisitos mínimos de seguridad de los datos, sistemas, comunicaciones y servicios electrónicos adecuados para que los medios y soportes electrónicos almacenen los documentos y pueda garantizarse adecuadamente la seguridad de la información tratada y el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes regulados en las leyes a través de estos medios creando así un entorno de confianza. El vigente ENS fue aprobado por RD 3/2010, de 8 de enero, y ampliamente modificado por el RD 951/2015, de 23 de octubre que, al igual que el ENI, se aplica a todas las Administraciones públicas. En su desarrollo, la Secretaría de Estado de las Administraciones públicas aprobó la Instrucción Técnica de Seguridad por Resolución de 13 de octubre de 2016.

Respecto al contenido del ENS, destaca el análisis y la gestión de riesgos como parte del proceso de seguridad, así como la obligatoriedad de todos los órganos superiores de las Administraciones públicas de disponer de políticas de seguridad que articulen la gestión continuada de la seguridad que será aprobada por el titular del órgano superior correspondiente de acuerdo con los requisitos mínimos que establece el propio Esquema. Asimismo, establece la obligación de someter dichos sistemas de seguridad a una auditorías regulares y ordinarias, cada dos años, al menos, que verifiquen el cumplimiento del Esquema.

A modo de conclusión, podemos decir que la importancia de estos Esquemas y de las Normas técnicas de desarrollo, está precisamente en otorgar al documento de esos requisitos de autenticidad, integridad y confidencialidad que se predicen del documento administrativo electrónico si quiere seguir dotándose a este de la confianza que ofrece al tráfico jurídico estando, por tanto, al servicio de la seguridad jurídica y el valor probatorio como función principal del documento. Estos esquemas van a permitir que el documento administrativo electrónico sea un verdadero instrumento que ofrezca seguridad jurídica a las relaciones jurídico-administrativas.

No obstante lo dicho, hemos de llamar la atención del distanciamiento entre la realidad y la normativa. Es verdad que desde el punto de vista normativo se avanza a ritmo vertiginoso en la interoperabilidad, pero lo cierto es que, por mucho que sea regulada y se establezcan mecanismos que la permitan, en ocasiones se hace irrealizable en la medida en que el avance en la normativa de protección de datos no permite que sea plenamente efectiva la interoperabilidad. No podemos decir que nuestra legislación no haya puesto las herramientas necesarias para hacer

real la interoperabilidad, pero lo cierto es que la realidad dista mucho de hacerla efectiva en cuyo caso si que podríamos hablar de una verdadera simplificación administrativa, una verdadera satisfacción de los derechos de los ciudadanos en relación al documento, y a ver las ventajas en materia de eficiencia y eficacia de la Administración electrónica. Pero lo cierto es que, a medida que se avanza en un sentido se retrocede en otro. Un equilibrio difícil entre la interoperabilidad y la protección de datos al que, si unimos la propia comodidad de la actuación administrativa, nos invita a concluir sin duda que, en la tramitación de tantos y tantos procedimientos, la interoperabilidad se queda en papel mojado. Lo anterior implica que podemos afirmar que la interoperabilidad es, hoy por hoy, el caballo de batalla de la Administración electrónica.

II.4. Intercambio electrónico de datos y documentos electrónicos en el ámbito administrativo, transmisión y protección de datos

Del mismo modo que el documento administrativo cuando contiene un acto administrativo es el soporte de la mayoría de las relaciones jurídicas Administración-administrado, el documento electrónico es también el mecanismo para el intercambio de datos entre Administraciones públicas y, por tanto, para la formalización de las relaciones entre Administraciones públicas. El documento es el soporte de los datos que se transmiten entre Administraciones públicas o entre órganos de una misma Administración pública. Incluso a veces la Ley utiliza el término dato en lugar de documento.

Para ello, el artículo 44 habilita a las Administraciones públicas al intercambio de documentos electrónicos mediante lo que denomina un *entorno cerrado* de comunicaciones, en contraposición a un entorno abierto como pueda ser internet, esto es, el intercambio de documentos electrónicos entre Administraciones Públicas siempre y cuando, y sin necesidad de sello o firma electrónica, se garantice la seguridad del entorno cerrado y la protección de los datos lo que supone el cumplimiento del ENS y del ENI. En este sentido, el artículo 13 ENI da nacimiento a dicha red de comunicaciones entre las distintas Administraciones públicas, conocida como Red SARA, y a la Norma Técnica de Interoperabilidad de requisitos de conexión a la Red de Comunicaciones de las Administraciones públicas, aprobada por Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, a cumplir en los intercambios interadministrativos e intraadministrativos, y del ENS. Podemos distinguir dos tipos de comunicaciones (art. 44.2.3 LRJSP):

- comunicaciones intraadministrativas: será la Administración la que determine las condiciones y garantías por las que se regirá, que comprenderán, al menos,

la relación de emisores y receptores autorizados y la naturaleza de los datos a intercambiar.

- comunicaciones interadministrativas: las condiciones de autenticación e identificación se establecerán mediante convenio suscrito entre aquellas.

Por fin, en el artículo 25 RDAE se desarrolla dichas comunicaciones y se espera que, habida cuenta del poco éxito de la LRJSP en este aspecto, se acaben con las plataformas de remisión de datos o “los oficios de remisión”.

En cualquier caso, en cuanto a la Red estatal SARA (Sistema de Aplicaciones y Redes para las Administraciones) simplemente decir que es un conjunto de infraestructuras de comunicaciones y servicios básicos que conecta las redes de las Administraciones Públicas Españolas e Instituciones Europeas facilitando el intercambio de información y el acceso a los servicios. Su implantación obedece al cumplimiento del artículo 13 del ENI y de la Resolución de 19 de julio de 2011 que aprueba la NTI anteriormente mencionada y que establece las condiciones en las que cualquier órgano de una Administración o entidad de derecho público vinculada o dependiente de aquella, accederá a la Red. En definitiva, la red SARA va a permitir que las Administraciones compartan entre ellas todos los servicios que estimen necesarios y, por tanto, facilita el intercambio de información, el acceso a datos, documentos electrónicos y expedientes.

Por su parte, la normativa andaluza, en el artículo 42 decreto 622/2019 de administración electrónica (anterior al RDAE de carácter básico) regula la comprobación, constancia y verificación de datos y documentos no aportados por las personas interesadas distinguiendo también si se trata de actuaciones interadministrativas o interadministrativas.

En las comunicaciones intraadministrativas, la comprobación y constancia de datos que deban aportarse al procedimiento que obren en poder de la Administración se realizará, de manera automatizada o de oficio, por el instructor mediante transmisiones electrónicas de datos realizadas por las plataformas y sistemas electrónicos habitados al efecto, sin perjuicio de la posible comprobación, en caso de discrepancia de los datos por el órgano competente y, por supuesto, de la protección de datos de carácter personal. No podemos al menos referir de nuevo en este sentido que a medida que se avanza legislativamente en la interoperabilidad en la Administración pública, esta no va acompañada de una auténtica aplicación práctica de la misma (art.41 LRJSP, art. 40 Decreto 622/2019). Por ello entendemos que, si de verdad queremos avanzar en interoperabilidad debería de regularse un instrumento interoperable para que cada ciudadano, de un modo general y global, autorice la transmisión de ciertos datos entre los distintos órganos de la Administración pública. Si bien este Decreto establece que ante la imposibilidad de

obtener los datos se le hará saber a la persona interesada, es más que probable que cualquiera de nosotros nos hayamos encontrado con procedimientos en los que nos hayan requerido los documentos necesarios, antes incluso de ser solicitados mediante consulta.

En las comunicaciones interadministrativas, la obtención de datos y documentos se hará conforme determinen los convenios de colaboración o, en su caso, los instrumentos o instrucciones de acceso para acceder a dichos servicios entre sistemas interoperables en condiciones de seguridad.

Cabe terminar este epígrafe refiriendo que, junto al intercambio electrónico de datos en entornos cerrados, la LRJSP y el RDAE regulan las transmisiones de datos entre las Administraciones públicas, las plataformas de intermediación de datos y la remisión electrónica de expedientes administrativos mediante su puesta a disposición (arts. 155 LRJSP y 61 a 63 RDAE). Si bien no nos corresponde aquí abordar este tema, en la medida en que afecta al intercambio de datos, si queremos destacar la falta de sistemática por parte del legislador que podía, al menos, al regular el intercambio electrónico de datos en el artículo 44 remitirse al artículo 155.1 (regulado junto con la interoperabilidad) que refiere la transmisión de datos y el cumplimiento de la normativa de Protección de datos de carácter personal.

Hecha la referida advertencia, en cuanto a la transmisión de datos, el artículo 155 recoge dos cuestiones fundamentalmente, en aras a la necesidad de potenciar las transmisiones de datos entre Administraciones públicas, sin lo cual no sería posible, ni una verdadera simplificación documental, ni la satisfacción de muchos de los derechos del interesado en el procedimiento administrativo²⁸.

La primera cuestión es la referente a los límites a la transmisión de datos entre Administraciones Públicas. Si tenemos en cuenta que de acuerdo con este precepto y el artículo 8 ENI, las Administraciones deberán publicar las condiciones para hacer efectivo el acceso y la utilización de los servicios, datos y documentos que pongan a disposición de otras Administraciones, no podemos olvidar que deberán de ser conformes, no solo al ENS, sino también, a otras normas, a saber: Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley Orgánica

²⁸ Téngase en cuenta que el artículo 28 LPAC en el que nos es imposible detenernos y será tratado en el procedimiento electrónico regula la aportación de documentos por el interesado en el procedimiento. Pues bien, aquí se enumeran algunos documentos que no deben aportarse ya que o han sido aportados anteriormente o han sido elaborados por cualquier Administración pública. Consecuentemente pueden ser obtenidos a través de las plataformas de intermediación de datos (CAMPOS ACUÑA, C. 2017: p. 572).

3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y Garantía de derechos digitales, así como su normativa de desarrollo

En relación a la segunda cuestión, la necesidad de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas, brevemente decir que con el fin de poner a disposición medios técnicos para posibilitar el acceso, y que las Administraciones puedan obtener los datos necesarios con las garantías que impone la legislación de protección de datos, el ENI y el ENS, la Administración del Estado ha creado la Plataforma de Intermediación de Datos (PID). En cualquier caso, esta plataforma no es incompatible con la posibilidad de otras vías electrónicas para intercambiar datos, como pueda ser la consulta en la sede electrónica. Destaca el servicio de comunicaciones entre administraciones para el envío de información no estructurada o correspondencia interadministrativa CORINTO²⁹.

Finalmente, como novedad, los artículos 64 y 65 RDAE regulan la Transferencia y uso compartido de tecnologías entre Administraciones públicas, dando luz a las previsiones de los artículos 157 y 158 LRJSP en relación con la reutilización de sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas, con referencia expresa al directorio de aplicación para su libre reutilización. En particular, se desarrolla el procedimiento de adhesión a las plataformas de la Administración General del Estado. En este sentido dispone que la adhesión al uso de las plataformas, registros o servicios electrónicos de la Administración General del Estado prevista en la Ley 39/2015 y Ley 40/2015, y en el propio Reglamento, así como a aquellos otros que puedan facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en estas normas se realizará mediante adhesión por el órgano competente de la Administración Pública que corresponda, en el que se dejará constancia de la voluntad de éste de adherirse a las plataformas, registros o servicios electrónicos y de aceptar en su integridad las condiciones de uso determinadas por el órgano titular de la plataforma o servicio, incluyendo el comienzo efectivo del mismo. En ningún caso, dicha adhesión supondrá un cambio de la titularidad sobre las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de que se trate, que corresponderá a la Administración competente para su tramitación.

²⁹ Puede consultarse: Administracionelectronica.gob.es/ctt/corinto#YVoXQ5pBxPY

III. LAS COPIAS ELECTRÓNICAS DE DOCUMENTOS EN LA LPAC Y RDAE

III.1. Las copias de documentos como presupuesto del ejercicio de los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo

El estudio del documento electrónico está íntimamente unido al procedimiento de las copias de éste. Las copias de documentos hacen referencia al régimen jurídico de la transformación de documentos entre el soporte papel y el soporte electrónico, requisitos de la copia auténtica, competencia, digitalización y régimen de validez y efectos, cuestiones que ya fueran reguladas en la LRJAP (art. 27 LPAC). Este precepto se refiere a las copias auténticas de documentos administrativos, así pues, el régimen jurídico de las copias de los documentos públicos notariales, registrales y judiciales, así como los Diarios oficiales, se regirá por su legislación específica (art. 27.6). La exposición del régimen jurídico de las copias de documentos administrativos requiere mencionar dos cuestiones previas.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que aún la práctica administrativa no tiene lugar totalmente de forma digital debido, entre otras razones, a que hay ciudadanos que todavía pueden relacionarse voluntariamente en formato papel con la Administración pública. Si además partimos, de que la mayoría de los documentos administrativos electrónicos van a ser soporte, bien de datos u otra información, bien, en la mayoría de los casos, de actos administrativos, no podemos obviar que la regulación de la copia auténtica va a permitir la efectividad de muchos de los derechos del interesado en el procedimiento administrativo; en particular, y entre otros, el derecho de los interesados a obtener copia de los documentos contenidos en un procedimiento como manifestación del principio de transparencia (art. 53.1.a), a obtener una copia auténtica del documento original que en su caso deben presentar (art.53.1.b) y el derecho de las personas de acceder a la información pública, archivos y registros (art. 13 d) LPAC) en paralelo con la LTBG - cuestión que sería objeto de un estudio independiente – e indirectamente al derecho a no presentar datos y documentos que se encuentren en poder de las Administraciones públicas o que hayan sido elaborados por estas (art. 53.1.d).

En segundo lugar, hay que partir de que las Administraciones públicas y sus organismos públicos y entidades de derecho público deberán conservar en soporte electrónico todos los documentos que formen parte de un expediente y aquellos que sean creados al margen de un procedimiento administrativo (art. 46 LRJSP y 54.1 RDAE)

III.2. Régimen jurídico básico de las copias de documentos y transformaciones posibles según la Ley: criterios y requisitos

Con el fin de hacer efectivos, entre otros, los derechos atrás indicados, el artículo 27 LPAC y los artículos 47 a 54 RD 321/2021 regulan el procedimiento de las copias de documentos con carácter de regulación básica, como ya lo hiciera la LAE, si bien modificando algunos aspectos e incluyendo algunos puntos que no tenían un buen acomodo.

Hay que partir del concepto de copia. Son copias auténticas “*de un documento publico administrativo o privado original o de otra copia auténtica, la realizada, cualquiera que sea su soporte, por los órganos competentes de las Administraciones Públicas en las que quede garantizada la identidad del órgano que ha realizado la copia y su contenido*”. A pesar de que la Ley define de modo indiscutible el concepto de copia auténtica, dejando claro que ésta puede ser, bien de documentos administrativos, bien de documentos privados, bien en soporte papel, bien en soporte electrónico, y a su vez, bien la transformación a un documento papel o a un documento electrónico, el legislador resulta tremendamente reiterativo puesto que, cada vez que se refiere a las copias auténticas reitera de que tipo de documentos y a qué tipo de documentos es posible hacer dicha transformación, lo cual resulta innecesario si ya está en el propio concepto de copia.

Especial importancia se otorga a la Digitalización o proceso de transformación de un documento administrativo o privado en papel que vaya a incorporarse a un expediente para generar una copia electrónica, otorgándole a ésta el mismo valor que el original. Todo ello en el proceso de poner fin al documento papel (art. 49 RDAE).

Conforme a la normativa aplicable, la regulación actual, a diferencia de la LAE, se rige por los siguientes criterios:

- El nuevo documento que es la copia auténtica tiene la misma validez y eficacia que el documento original – desapareciendo las tradicionales compulsas -.
- Pueden realizarse copias auténticas de un original o de otras copias auténticas y las copias auténticas no están limitadas al marco de un procedimiento administrativo, sino que producen el mismo efecto que el documento original.
- Puesto que podrán expedirse copias auténticas electrónicas de cualquier documento papel que presenten los interesados para ser incorporado a un expediente administrativo (art. 26.4 LPAC), su digitalización dará lugar a una copia que, en su caso, tendrá el mismo valor que la copia presentada (art. 49 RDAE).

No importa, en consecuencia, el soporte físico de la información, mientras se garantice que el traspaso de la información de un soporte a otro fue íntegro, apartándose así de conceptos tradicionales como el de documento original que ya no es la única fuente primaria capaz de garantizar la autenticidad e integridad de la información.

En definitiva, la equiparación en la validez del documento original y la copia ha de ser tenida en cuenta a la hora de determinar su conservación y destrucción. Salvo que por algún elemento puedan tener distinto valor patrimonial, si tienen igual valor probatorio e igual valor patrimonial, cabría la posibilidad de que se conservase tanto uno como otro documento. Debe pues asegurarse la conservación de, al menos, o el documento original, o la copia, y, en todo caso, gestionarse la multitud de copias que puedan realizarse. Gestión que hace referencia, tanto a su destrucción como a su conservación, y que aparece regulada en el RDAE al que luego nos referiremos a propósito de la gestión documental.

En relación al procedimiento para solicitar las copias auténticas de documentos administrativos válidamente emitidos por las Administraciones públicas (art. 27.4) es el órgano que emitió el documento original quien tiene un plazo de quince días para expedir la copia, si bien este derecho está sujeto a las mismas excepciones, límites y garantías que recoge la LTBG. Este derecho a obtener copias, si la copia se solicita en el marco de un procedimiento administrativo electrónico, se entenderá cumplido mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General Electrónico de la Administración competente, que funcionará como un portal de acceso, o en las sedes electrónicas que correspondan para lo que se remitirá al interesado la dirección electrónica o localizador (art. 52 RDAE). Además, es posible sustituir la expedición de la misma al interesado por la entrega de los datos necesarios para su acceso por medios electrónicos (art. 53.1.a y 46.2 RDAE). En todo caso, la copia electrónica expedida tiene que tener reflejada en el documento tal condición.

Además, la normativa regula dos requisitos con carácter de legislación básica: la competencia del órgano y las garantías sobre la identidad y el contenido del documento.

Respecto del primer requisito, hay que partir de que no es indispensable que el documento electrónico original se encuentre en poder de la Administración, pero sí que sea realizada por el órgano competente de la Administración Pública (art. 27.2 LPAC y 47 RDAC), correspondiendo a cada Administración la determinación del órgano competente para hacer las copias auténticas. En todo caso, el artículo 48 RDAE amplía los órganos competentes para ello al determinar que, lo serán en el ámbito estatal: aquéllos a los que corresponda la emisión de los documentos

originales, a los que corresponda su custodia y archivo, los que determinaren sus normas de competencia (quienes a su vez designarán los funcionarios habilitados para realizar el proceso de digitalización art. 48.3), o a las oficina de asistencia en materia de registros, respecto de los documentos originales o copias auténticas presentados por las personas interesadas para que se remitan a la unidad correspondiente con el fin de ser incorporadas a un expediente (art. 27.1 y 48.1 RDAE). Estos órganos, a su vez, designarán a los funcionarios habilitados para la emisión de la digitalización. Respecto al procedimiento para ello, se deja claro que las copias podrá hacerse, ora por actuación administrativa automatizada (art. 41 LRJSP y 13 RDAE), ora por personal funcionario habilitado inscrito en el Registro de Funcionarios Habilitados de la Administración General del Estado. Dicha habilitación será conferida por los órganos a los que corresponda la emisión de los documentos originales, su custodia, el archivo de documentos o que en sus normas de competencia así se haya previsto (art. 48.2 y 31.1.b RDAE). El Registro que será plenamente interoperable con los registros u otros sistemas autonómicos, será gestionado por la Secretaría de Estado de Política Territorial de Función Pública del Ministerio de igual nombre.

Respecto al segundo requisito, la garantía de su contenido e identidad, las Administraciones públicas han de garantizar el cumplimiento del ENS y ENI, así como las normas técnicas correspondientes, otra serie de normas según sea copia de soporte electrónico a electrónico (metadatos), copias de soporte no electrónico a electrónico (digitalización y metadatos), copias en soporte papel de documentos electrónicos (mediante un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación) o de papel, original en todo caso, en papel³⁰ (Campos Acuña, 2017: 237-238).

Además, debe de tenerse en cuenta que todos los documentos administrativos electrónicos tendrá asociada su referencia temporal (art. 26.2 LPAC y 50 RDAE). Es por ello que las copias auténticas, que son un documento electrónico también, requerirán dicha referencia.

Por último, añadir que las copias electrónicas tendrán la consideración de patrimonio documental a efectos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y la 7/2011 de patrimonio documental de Andalucía; es por ello que dichas copias deben ser conservadas por el periodo que determine la normativa especial de archivos y patrimonio documental por las autoridades calificadoras que correspondan (art. 54.1 RDAE). Posteriormente referiremos el tema al ocuparnos

³⁰ Véase Guía de aplicación de la Norma Técnica de aplicación de procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos publicada por la por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, disponible en <http://administracionelectronica.gob.es/>

de la gestión documental, esto es, la conservación, acceso y consulta de los documentos electrónicos partiendo de que cada documento electrónico o su copia auténtica formará parte del patrimonio documental (art. 54).

IV. EL ARCHIVO ELECTRÓNICO

IV.1 Introducción: el archivo y la política de gestión de documentos electrónicos

El archivo electrónico es el instrumento que hace posible la recuperación y conservación del documento electrónico y, por tanto, su destino final, y ello bajo el paraguas del funcionamiento administrativo del sector público casi exclusivamente de forma electrónica planteado por las Leyes 39 y 40/2015. Consecuentemente, el archivo electrónico se convierte en la herramienta habilitada por la Ley para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública, los archivos y registros que consagra el artículo 105 CE, recogido en el art. 13 LPAC y desarrollado en LTBG y los derechos de los interesados en el procedimiento en relación al documento, al expediente electrónico y a la obtención de copias de los interesados (art. 35 LPAC)³¹. Con ello se logra un doble objetivo: la transparencia y la intervención del ciudadano en la vida pública, de modo que los administrados puedan tomar conocimiento de la actuación de la Administración pública, elemento imprescindible, tanto para la participación ciudadana, como para permitir el control social de la Administración, lo que vincula este derecho con la cláusula de Estado Democrático de Derecho (Sendín García;2004: 388).

Antes de todo mencionar que no podemos analizar el archivo electrónico sin referirnos a la política de gestión de documentos electrónicos, ambos en íntima conexión. La política de gestión de documentos incluye los procesos de creación, captura, clasificación e indización, descripción, control de acceso, calificación (conservación, transferencia y destrucción) almacenamiento de documentos, uso y reutilización, migración o conversión y disposición. En este sentido, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, señala que la gestión documental comprende “*el conjunto de funciones y procesos reglados aplicados con carácter transversal a lo largo de la vida de los documentos y expedientes administrativos, para garantizar su protección, custodia, recuperación, conservación física y lógica y el mantenimiento de su contexto*” (art. 43). Es de destacar que dicho precepto señala entre sus principales finalidades las siguientes:

- Posibilitar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y a la información
- Configurar el Patrimonio Documental de Andalucía

³¹

- Garantizar la racionalización administrativa y una gestión administrativa ordenada, eficaz, eficiente y transparente.
- Facilitar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.
- Proporcionar fuentes de información para la participación de la Junta de Andalucía en sus distintas estrategias
- Generar conocimiento en el seno de la propia Administración.

Todo ello, indudablemente, implica a una variedad de actores que van desde los que aprueban las políticas hasta los responsables de gestión que las aplican, los técnicos archiveros que deben implementarlas, y el personal implicado en tareas de gestión, lo que entraña una formación de todos los actores implicados y una modernización de los aspectos organizativos que está aún lejos de lo deseable.

En los últimos años se han observado numerosos y significativos esfuerzos por implantar la tramitación electrónica en un marco adecuado de política de gestión de documentos electrónicos y con un recorrido completo que finaliza en el archivo electrónico. Actualmente, se considera que la situación se caracteriza, entre otros rasgos, por la pérdida de patrimonio documental para el futuro. De acuerdo con las encuestas de seguimiento de implantación del ENI en la Administración General del Estado³² se evidencia que la situación del documento electrónico es la peor de todas, aún cuando haya mejorado; tras la aprobación del RDAE esperemos que se observe una mejora en la conservación del documento-e. La dificultad estriba, no solo en que es un campo que requiere la colaboración multidisciplinar de juristas y especialistas en archivo y en nuevas tecnologías, así como un tratamiento administrativo coordinado en el que se impliquen archiveros (de los cuales tenemos los mejores estudios sobre el archivo y que como expertos en archivos se ocupan de todo el procedimiento de clasificación, calificación, metadatos ...), informáticos y gestores. En adición, se hace necesario adaptar las herramientas preexistentes de gestión documental y gestión de expedientes, e integrarlas con los soportes tecnológicos, formar al personal en gestión documental y fomentar la concienciación cultural de la importancia del patrimonio documental³³ (BUSTOS PRETEL, G., 2017: 1). Y ello en cumplimiento del ENI y la Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la norma técnica de interoperabilidad de política de gestión de documentos electrónicos aprobada por Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

³² Encuestas publicadas por el Ministerio de Economía y competitividad y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Puede verse: Amutio, M.A., video sobre la implantación de ENI Y ENS. Problemáticas, oportunidades y evolución SI2017.

³³ El archivo electrónico es la última etapa del documento electrónico, *Portal de Administración Electrónica*, OBSAE, consultado a 28 de septiembre de 2021, www.googl9Uvmdb

Consecutivamente, se requiere del desarrollo de herramientas tecnológicas, un cambio organizativo, y nuevos instrumentos archivísticos. Desde el punto de vista de la archivística, se pone de relieve como en muchas administraciones se están produciendo documentos electrónicos sin que exista un plan de cómo se van a almacenar y preservar en un sistema de archivo seguro y se están resolviendo las necesidades a medida que surgen, sin una visión transversal ni una planificación del cambio (Rabionet i Janssen, 2017: 96). De modo que se señala, a la ausencia de un modelo corporativo de gestión de los documentos, como la principal carencia del sistema, unido al obstáculo que supone la falta de financiación adecuada para lograr dicha transformación. Se requiere pues un sistema coherente que respete el principio de continuidad de la gestión documental y que *“no sea una tumba de documentos, sino que este llamado a ser, en muchos casos, un tesoro informacional y una mina de información (big data)”* (Sanz Larruga, FJ., 2017: 23).

IV.2 La normativa reguladora de los archivos; distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Andalucía fue la primera Comunidad en regular, en la Ley 3/1984, de 9 de enero, el Patrimonio Documental y sus archivos de acuerdo con las competencias que entonces le atribuía el artículo 13 EA, incluso antes de que el legislador estatal promulgara la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español. Actualmente, la materia de los archivos se atribuye en su artículo 68 a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de archivos de su titularidad y de promoción y difusión de su patrimonio cultural, así como las competencias ejecutivas sobre archivos de titularidad estatal cuya gestión no se reserve al Estado.

Si bien, pronto se puso de relieve la ausencia de una regulación de carácter básico para abordar algunas cuestiones (González Pérez y González Navarro; 2007); A día de hoy, ya el análisis del archivo si que debe partir de la regulación básica del archivo que hacen las leyes gemelas en base a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (149.1.18 CE): artículo 46 LRJSP en conexión con el artículo 17 LPAC. Indudablemente, esta legislación básica correspondiente al documento y al archivo electrónico va a redundar en beneficio de la interoperabilidad.

Fruto de las competencias atribuidas a la Comunidad Andaluza en la materia (art.68 EA), y tras un amplio periodo de vigencia de la Ley 3/1984, de 9 de enero de archivos, desarrollada por el Decreto 97/2000 de 6 de marzo que regula el Sistema Andaluz de Archivos, y aún vigente, fue aprobada la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía (LADAPD). Además, en orden a la implantación por parte de la administración

electrónica andaluza de los procedimientos telemáticos, así como de la plasmación del Proyecto de Segunda Modernización de Andalucía, hay que destacar la Orden de 20 de febrero de 2007 del Sistema de Información para la Gestión de los Archivos de titularidad y/o gestión de la Junta de Andalucía (@rchivA Andalucía³⁴). Una herramienta tecnológica pionera para el tratamiento archivístico integral de los documentos y de los archivos, en línea con el entorno de la Administración electrónica, recayendo la responsabilidad del mantenimiento y producción de este sistema de información en el Portal de Archivos de Andalucía de la Consejería de Cultura. Por último, entre la normativa autonómica destaca la Orden de 7 de julio de 2000, que regula el funcionamiento de la Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos y los procesos de identificación, valoración y selección documentales a la que posteriormente nos referiremos (CACDA).

Si bien, y a tenor de que la materia archivística recibe influencia de otra serie de disposiciones, algunas incluso dictadas en aplicación de competencias exclusivas del Estado en otras materias, deben ser tenidas en cuenta, entre otras, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y la Ley 14/2007, de 26 de noviembre del Patrimonio Documental de Andalucía que dispone la posibilidad de inscribir los documentos del Patrimonio Documental de Andalucía en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. En este contexto de impulso de la Administración electrónica y con la finalidad de recoger los criterios y recomendaciones para garantizar la interoperabilidad, recuperación y conservación de los documentos y expedientes electrónicos, en el ámbito de la Administración andaluza se ha aprobado el Acuerdo de 1 de agosto de 2017, del Consejo de Gobierno, de Política de gestión de documentos electrónicos de la Junta de Andalucía.

Todo ello, sin perjuicio de que la Administración de Justicia sigue regulándose por la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia lo que dificulta obviamente la interoperabilidad entre ésta y las administraciones públicas.

IV.3. Regulación básica del Estado en materia de archivo electrónico y su conservación y gestión.

IV.3.1. ¿Qué documentos deben archivar?

En primer lugar, vamos a abordar el archivo y la conservación y gestión documental desde la perspectiva de la legislación básica. Las dos leyes, LPAC y LRJSP, se centran en el archivo del documento electrónico, su conservación, acceso y posterior recuperación.

³⁴ Vid. Manual de integración con @rchiva para el archivos de documentos electrónicos administrativos, publicado por la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico con fecha de 25/03/2021.

El artículo 46 LRJSP se refiere claramente al “archivo electrónico”, todo electrónico, y por tanto, archivo en soporte electrónico, pero de documentos, electrónicos o no; ello implica la necesidad de incorporar en un archivo electrónico los documentos –provengan estos de soporte papel o electrónico– haciendo uso, en su caso, de la digitalización.

Además los documentos incorporados al archivo electrónico serán correspondientes a procedimientos finalizados.

Los soportes de archivo deberán en todo caso contar con las medidas de seguridad previstas en el ENS, de modo que se garanticen “la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados”. Particularmente, deben asegurarse la identificación de los usuarios, control de acceso, cumplimiento de la legislación de protección de datos –verdadero caballo de batalla de este tema cuyo avance supone, como hemos repetido en distintas ocasiones, irremediamente un retroceso en los derechos de acceso a los archivos–, y la recuperación y conservación a largo plazo de los documentos electrónicos, cuestiones éstas que están abordadas en el ENI y las normas técnicas correspondientes sobre la gestión de documentos electrónicos. Para llevar a cabo estas funciones archivísticas, conforme al artículo 46 LRJSP, se estará de acuerdo al ENI y ENS, a las NTI de política de gestión de documentos, así como al esquema de metadatos para la gestión del documento electrónico (e-EMGDE³⁵).

Como hemos mencionado, el archivo incluye todos los documentos, cualquiera que sea su soporte, utilizados en las actuaciones administrativas, salvo cuando no sea posible. Se detiene el art. 46.2 en la conservación de aquellos documentos electrónicos que contengan actos administrativos sin una intención clara, más allá de reiterar que deberán asimismo conservarse electrónicamente y asegurar la identidad e integridad del mismo, siendo posible trasladar sus datos a los soportes que sean necesarios para garantizar el acceso desde distintas aplicaciones.

IV.3.2. El archivo electrónico único

Más interesante resulta el art. 17 LPAC que introduce el archivo electrónico único, obviamente de los documentos electrónicos que cumplan con las condiciones recogidas en el artículo 46 LRJSP (al archivo electrónico único, sin nombrarlo así expresamente, entendemos que se dirige el artículo 46.3 al hablar de la *conservación de los documentos electrónicos producidos por las Administraciones Públicas*).

³⁵ A utilizar conjuntamente con las normas ISO 14489-1:2016 y 30300. Puede consultarse en MINHAP.

Un archivo *electrónico* y, por tanto, deslocalizado, con las ventajas que ello conlleva para la gestión documental. Llama la atención que, aún cuando se habla de un archivo electrónico único, el calificativo de único debe referirse a que cada sistema de archivo deba incluir y agrupar los documentos antes en papel y electrónicos y, por tanto, está mirando a la futura administración sin papeles. Es decir, a partir de ahora, el horizonte es que el archivo es único, pero éste debe resultar compatible con el Archivo Histórico Nacional (LPHE) así como los distintos archivos históricos de titularidad estatal o autonómicos.

El archivo electrónico único de *cada administración*, dice el art. 55.1 RDAE, es “el conjunto de sistemas y servicios que sustenta la gestión, custodia y recuperación de los documentos y expedientes electrónicos así como de otras agrupaciones documentales o de información una vez finalizados los procedimientos administrativos o actuaciones correspondientes”. Este archivo se caracteriza por las siguientes notas (art. 17 LRJSP y 55 RDAE):

- Se refiere a “documentos que correspondan a procedimientos finalizados”.
- Dice único, y se refiere a un conjunto de sistemas y servicios, *para cada Administración*.
- Los documentos deberán conservarse con las garantías de autenticidad, integridad y conservación y permitir su disponibilidad y consulta, lo que nos remite al art. 17 LRJSP. Los soportes de almacenamiento deberán contar con las medidas de seguridad exigidas según el ENI y ENS para garantizar asimismo su autenticidad, calidad, protección y conservación, confidencialidad, y su acceso.
- Debe asegurar la migración de datos a otros formatos para que se pueda acceder desde distintas aplicaciones.
- Serán accesibles todos los documentos en el AGE una vez finalizados los procedimientos y en los plazos determinados por la Comisión Superior Calificadora de Documentos administrativos. (en Andalucía, la Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos).
- Asimismo, debe garantizarse la identificación de los usuarios y el control de acceso, así como la confidencialidad en cumplimiento de la legislación de protección de datos y el acceso a la información pública, de acuerdo con la normativa de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Será también de aplicación la legislación de archivos y patrimonio histórico y cultural y la normativa específica que, en su caso, sea exigible para garantizar las distintas características que han de preservarse del documento.
- Es posible la eliminación de documentos que, en todo caso, deberá de ser autorizada de acuerdo a la normativa aplicable.

La ley resulta bastante abstracta a la hora de concretarnos que es realmente el archivo electrónico único. Nos podemos encontrar ante tres interpretaciones: el archivo electrónico “todo en uno”, archivo electrónico “tela de araña” y archivo electrónico “colmena”, esto es, único debe entenderse como un almacén único de expedientes y documentos electrónicos, donde la responsabilidad la marca en cada caso quien tiene la custodia de cada expediente. Es decir, la idea de la colmena. “*El archivo electrónico único es un repositorio electrónico integrado por todas las partes que sea necesario, a imagen de las celdas de la colmena. Una plataforma común con gestión única, seguridad común, acceso común y custodia descentralizada*” (Bustos Pretel)³⁶. Éste debería concebirse como un gran repositorio electrónico en el que se depositan todos los documentos de procedimientos finalizados. Si nos alejamos de esta idea centralizada, como advierte Bustos Pretel, no solo estamos dificultando el acceso a la documentación, sino que también aumenta el riesgo de pérdida de patrimonio. Si bien, el problema está en que, no desde todos los sectores se coincide entender al archivo electrónico único como tal repositorio centralizado (2017:33).

IV.3.3. La conservación y destrucción de los documentos

IV.3.3.1 Conservación y destrucción de los documentos en la legislación estatal básica

De la conservación y destrucción de los documentos se ocupan los artículos 53 y 54 RDAE.

El deber de conservación de los documentos está en relación a la propia presentación de éstos por el interesado y³⁷, por tanto, con la cuestión de si debe procederse a su destrucción o conservación tras la generación de la copia electrónica de un documento, sea o no electrónico, o de la presentación de documentos no electrónicos de otras Administraciones que no puedan ser devueltos inmediatamente.

En primer lugar, respecto a los documentos aportados por el interesado en un procedimiento en que éstos no puedan ser devueltos inmediatamente, se distinguen dos posibilidades. De un lado, si se trata de un documento en papel, en cuyo caso además de su digitalización y de ser incorporado al procedimiento correspondiente, se conservará seis meses para su recogida, salvo que reglamentariamente se establezca un plazo mayor. Si por el contrario se trata de un documento electrónico, y sin perjuicio de su incorporación al expediente y procedimiento correspondiente, se conservará por igual plazo. Transcurrido dicho

³⁶ blog administración pública: /archivo-electronico-unico-colmena-o-tela-de-arana-2017-04-10. Consultado a 28/10/2021.

³⁷ Art. 28 LPAC en relación con la simplificación procedimental.

plazo, se procederá a su destrucción, salvo que fuera de valor histórico, artístico u otro relevante o que presentara un valor especial, de acuerdo con el Ministerio de Cultura o del órgano competente autonómico.

En segundo lugar, respecto a la conservación de aquellos documentos en soporte no electrónico, originales o copias, que formen parte de un expediente o gestión documental de los que vayan a generarse copias electrónicas y no puedan devolverse inmediatamente, éstos serán devueltos a los archivos de origen para la aplicación de la normativa específica en materia de archivos y conservación del patrimonio documental. Entendemos que esta previsión está hecha para la conservación de documentos no electrónicos, que no forman parte del archivo electrónico único de cada administración, como los archivos históricos. En Andalucía este préstamo interadministrativo queda regulado en el Decreto 97/2000 de 6 de marzo que aprueba el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos.

En todo caso, sin perjuicio del carácter básico de esta normativa, deberá tenerse en cuenta en el ámbito estatal la aplicación del RD 1164/2002, de 8 de noviembre que regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico de la AGE y sus organismos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original.

Por otra parte, el artículo 54 RDAE regula expresamente la conservación de los documentos sobre la base de que, no solamente deben conservarse los documentos que formen parte de un expediente, sino cualquier documento que tuviera valor probatorio aún creado al margen de un procedimiento. Y ello aún cuando el art. 70.4 LPAC establezca que no formarán parte del expediente administrativo la “*información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en ... así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento*”. De ello resulta, que esta información que no forma parte del expediente, y que entendemos referida con carácter meramente indicativo, corresponde con la recogida en el artículo 18 LTBG como causas de inadmisión de solicitudes de acceso a la información pública, la cual de acuerdo con el Criterio 6/2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno debe ser interpretada de modo restrictivo. Pues bien, a pesar de ello, de acuerdo con el artículo 54 dicha documentación si tiene valor probatorio deberá de ser expresamente conservada. Por su parte, el art. 45 del Decreto del Sistema Andaluz de Archivos, cuya normativa debe aplicarse con sujeción a la legislación básica, establece que deberán en todo caso conservarse: los documentos originales en tanto subsista su valor probatorio de derecho u obligaciones y los establecidos en la legislación especial, los documentos que estudiada su valoración se determine

que contienen valores informativos o históricos, y las copias, las reproducciones y los borradores cuando concurren algunas excepciones previstas³⁸.

En conclusión, respecto de la conservación de los documentos tres ideas fundamentales a destacar: los documentos, formen parte de un expediente o no, pero si tienen valor probatorio, deberán ser conservados en formato electrónico.; las copias auténticas, que son documentos electrónicos, serán patrimonio documental y estarán regulados por la normativa estatal o autonómica correspondiente; y, cada Administración pública regulará los períodos mínimos de conservación de los documentos electrónicos que formen parte del expediente de un procedimiento concluido.

IV.3.3.2 La valoración documental y la Comisión Andaluza de Valoración de Documentos

Debe tenerse en cuenta, que cada Administración pública determinará los periodos de conservación de los documentos de modo que tendrán el periodo de conservación establecido por las autoridades calificadoras que correspondan³⁹.

En Andalucía, dicha autoridad es la Comisión Andaluza de Valoración de Documentos, que entre otras funciones determinará los plazos de permanencia, custodia y control de los documentos en los diferentes archivos (art. 31 LADAPD). Además, los documentos de titularidad pública, en tanto forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Su conservación atenderá a los plazos legales pudiendo suspenderse, solo mediante autorización, en caso de documentos que cuenten con tabla de valoración aprobada o dictamen otorgado por el CAVD. El CAVD es un órgano consultivo creado por el artículo 31 la Ley 2011/7 y que, hasta que se produzca su desarrollo reglamentario, hereda la composición funciones del Decreto 97/2000, que aprueba el Sistema Andaluz de Archivos⁴⁰, y la orden de 7 de julio de 2000, por la que se regula el

³⁸ Art. 45. En el Capítulo III se regulan los ingresos y salidas de documentos. Ingresos que podrán producirse por transferencias, adquisición a título honoroso o gratuito, expropiación por razón del interés social, o cualquier otro título válido en derecho ampliamente reguladas. Por su parte, las salidas de documentos podrán ser temporales, por periodos determinados con fines de restauración, reproducción o difusión cultural que en caso de depósito en otros archivos no serán superiores a 10 años, o definitivas por transferencias regulares o irregulares, extinción de un depósito o bajas por razón de siniestro o consecuencia de la eliminación.

³⁹ Ya el Decreto andaluz regulaba la conservación distinguiendo si las medidas destinadas a asegurar la preservación o prevención de alteraciones físicas, se refiere a edificios y locales o a documentos. Esta última está sin embargo su regulación presidida por lo establecido en la normativa estatal básica y en particular en el cumplimiento de los ENI, ENS y normas técnicas. A destacar que debe no solo conservarse la vida del documento sino que la conservación incluye el mantenimiento de su integridad física y funcional así como las acciones tendentes a frenar su deterior. De ahí la obligación del control sistemático y periódico de las condiciones de éstos dando cuenta en su caso del deterioro a la Consejería de cultura (arts. 119 y ss).

⁴⁰ Art. 31 LADPDA regula la CAVD. Pueden verse las Tablas de Valoración de series documentales en juntadeandalucia.es/datosabiertos/portal/dataset/tablas-valoración

funcionamiento de la Comisión Andaluza de documentos administrativos y los procesos de identificación, valoración y selección documentales.

Por otro lado, la valoración documental es el análisis de la información obtenida mediante la identificación del documento que permite determinar cuáles son los valores primeros y secundarios, para establecer su conservación o eliminación, los plazos de permanencia en los archivos y sus transferencias y el régimen de acceso conforme a la legislación general. La valoración es obligatoria para cualquier serie documental, tanto de los archivos centrales como históricos (art. 29 LADAPD). En este sentido, hay que tener en cuenta que el Decreto 97/2000 distingue entre lo que es una unidad documental (documento o documentos que testimonia un acto, acción o hecho), serie documental (conjunto de unidades documentales, testimonio continuado de una misma actividad) o fondo documental (conjunto de todas las series). Las tablas de valoración serán aprobadas por la Orden de la Consejería de Cultura a propuesta de la CAVDA⁴¹.

IV.3.4 El acceso a los documentos de archivo; breve referencia a la política de gestión documental

En todo caso, con el fin de hacer efectivos los derechos ya referidos y mantener el Patrimonio Documental, la conservación de los documentos electrónicos deberá realizarse de forma que permita su acceso y comprenda su identificación, contenido, metadatos, firma, estructura y formato (art. 54.3) pudiendo incluirse su información en bases de datos si constan los criterios para la reconstrucción de los modelos origen de los documentos.

Para asegurar dicha conservación, acceso y consulta de los documentos electrónicos archivados, el RAE habilita para que se puedan trasladar los datos a otros formatos o soportes que garanticen dicho acceso desde otras aplicaciones, teniendo en cuenta que es posible las copias auténticas de un formato a otro, de acuerdo con el artículo 27 LPAC y la normativa específica de archivos y patrimonio documental, histórico y cultural (art. 54.4). Con el objeto de que ello sea posible, deberán llevarse a cabo planes de actuaciones de preservación digital. Actividad planificadora realmente necesaria para dicha preservación digital.

En efecto, finalmente, el reglamento estatal básico, hace un guiño a la planificación en la gestión documental y al progreso tecnológico al remitir al establecimiento de planes y medios tecnológicos para la migración de datos a otros formatos y soportes que permitan garantizar la autenticidad, integridad, disponibilidad, conservación

⁴¹ Aprobadas por la Orden de 22 de abril de 2019. La Resolución de 23 de abril de 2019 de la Dirección General de Patrimonio Histórico y Documental hace público los extractos de las tablas de valoración.

y acceso cuando el formato existente deje de figurar entre los admitidos por el ENI y la normativa correspondiente. La elaboración de estos planes deberá estar supervisada por los responsables de la seguridad y de la gestión del archivo electrónico y los responsables de las unidades productoras de la documentación. Es de desear que dicha medida sea acompañada de la suficiente financiación para su efectividad.

En el ámbito autonómico, la gestión documental a la que nos referimos inicialmente está regulada en el Título III de la LADAPD donde se regula el marco para la generación de metadatos, criterios de valoración de selección de documentos, transferencias, acceso y conservación. En este contexto, la Política de Gestión de Documentos Electrónicos de la Junta de Andalucía fue aprobada por el acuerdo de 1 de agosto de 2012 y recoge los criterios y recomendaciones necesarios para garantizar la interoperabilidad, recuperación y conservación de los documentos y expedientes electrónicos en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales con el objetivo de asegurar el acceso, las seguridad, la disponibilidad, la confidencialidad y su conservación.

Obviamente, la conservación de documentos deberá permitir su acceso para lo que comprenderá su identificación, contenido, metadatos, estructura y formato como mínimo (art. 57 a).

Para permitir dicho acceso, la Junta de Andalucía deberá garantizar la conservación de los documentos de titularidad pública a través de su política de gestión documental que deberá aplicarse a todos los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía; política que deberá llevarse a cabo sobre el principio de incorporación de para la que establece las nuevas tecnologías (art. 55). En este sentido dicha gestión documental implicará el diseño de sistemas que generen los metadatos necesarios para su conservación y acceso y que garanticen su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y contextualización.

En esta línea, y de acuerdo con el derecho de acceso a los documentos de titularidad pública y la obtención de copias, y dado el carácter básico de la normativa estatal, dicho acceso se regirá por lo dispuesto en la LPAC, la L9/20007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía y al procedimiento establecido en la LTBG y la Ley de transparencia Pública de Andalucía (art. 62).

Además, la Ley andaluza refiere asimismo el acceso a los documentos de titularidad privada constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía. Si estos documentos están conservados en archivos públicos, se regirán por los instrumentos que formalizaron el ingreso. Si por el contrario estuvieran en archivos privados, integrados en el sistema archivístico de Andalucía, se regirán por las

normas de acceso a los documentos de titularidad pública. El resto de documentos de titularidad privada inscritos en el Catálogo del Patrimonio Histórico Andaluz se regirá por las normas que se determinan (art. 66).

Por último decir, que como paso previo al archivo electrónico único de documentos correspondientes a procedimientos terminados y, entre los instrumentos y sistemas creados para gestionar los documentos y expedientes electrónicos, destaca la Infraestructura y Sistemas de Documentación Electrónica INSIDE. Se trata de un sistema para la gestión de documentos y expedientes que cumple con el ENI y las normas técnicas. Permite la gestión documental íntegramente electrónica de los documentos, de la gestión viva del expediente, como paso previo al archivado definitivo de la documentación en un formato interoperable y duradero.

INSIDE integra servicios de interconexión con la Administración de Justicia y con otras Administraciones y también permite la gestión de documentos electrónicos, generación, consulta y almacenamiento, con CSV.

Con el objetivo de poder conocer los avances de las Administraciones públicas españolas en el ámbito de la gestión documental recomendamos el acceso a Foro por el documento Electrónico en la PAe.

Junto a INSIDE, hay que referirse otra aplicación ARCHIVE. Esta es una aplicación web de archivo definitivo de expedientes y documentos electrónicos que, en cumplimiento del ENI, proporciona las herramientas necesarias para la creación por parte de un super-administrador de un sistema de administración y gestión de Centros de Archivo multidepartamental.

De ambos sistemas es responsable el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría General de Administración Digital y que tiene a todas las Administraciones públicas como destinatarias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2002): *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (1999): *Los delitos de falsedad documental*, Madrid, Marcial Pons.

BERNING PRIETO, A.D., (2018): “El documento administrativo electrónico defectuoso ¿una nueva categoría?”, en *D.A, Nueva época*, nº5, enero-diciembre.

Gamero Casado, 2008:

BOCANEGRA SIERRA, R (2006): *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Thomson-Cívitas, Madrid.

BONET COMPANY, J., (1999): “El documento electrónico en el procedimiento administrativo español, ¿hacia el documento público electrónico?”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho informático*, nº 30-31.

CAMPOS ACUÑA, C., (2017) Directora: *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer.

CAMPOS ACUÑA, C., (2017) Directora: *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer.

CAMPOS ACUÑA, C., (2018)., “Las funciones electrónicas de los Secretarios en el RD 128/2018, de 16 de marzo”, en *El consultor de los Ayuntamientos*, Nº 5, Sección Innovación y e-Administración, Wolters Kluwer.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (1997): *Manual de Derecho informático*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2008): (1997): *Manual de Derecho informático*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor

FERNÁNDEZ MOLINA, J. C y PEIS REDONDO, F (2001): “Modelos de metadatos para la gestión de los documentos electrónicos”, en *La representación y organización del conocimiento: metodologías, modelos y aplicaciones*, Alcalá de Henares, Madrid.

GALENDE DÍA, J.C; GARCÍA RUPÉREZ, M. (2003): “EL concepto de documento desde una perspectiva interdisciplinar: de la diplomática a la archivística”, en *Revista General de Información y Documentación*, vol.13, nº 2.

GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J., (Coords): *La Ley de Administración Electrónica, Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

GÓMEZ DÍAZ, R. (2009): “Documentos y nuevas tecnologías” en *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*, Comares, Granada.

MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., (2011): “Cooperación y coordinación entre Administraciones Pública para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad” en PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Administración electrónica y ciudadanos*, Pamplona, Thomson Reuters-Cívitas.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M. P. (2003): *Estudio jurídico-administrativo de la función pública notarial*, Madrid, Marcial Pons.

SENDÍN GARCÍA, M.A. (2006): “Concepto jurídico de documento”, en *Diario la Ley*, nº 6587.

SENDÍN GARCÍA, M.A. (2009): “La documentación administrativa I. Los documentos administrativos”, *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*, Comares, Granada.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P. (2011): “Documentos y archivos electrónicos” en PIÑAR MAÑAS, J.L.: *Administración electrónica y ciudadanos*, Pamplona, Thomson Reuters-Cívitas.

RABIONET I JANSSEN, R., (2018): “el papel del archivero frente a la ley 39/2015: el documento electrónico y su implantación en una universidad: planificación, ejecución y herramientas” en “*El archivo electrónico en la Administración digital*”, 23 Jornadas de Archivos Universitarios, Centro de Documentación e Archivo, Universidade da Coruña, Conferencia de Archiveros Universitarios.

SANZ LARRUGA, F J, (2008): “Documentos y archivos electrónicos” en *La Ley de Administración electrónica*, Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

SANZ LARRUGA, FJ., (2017): “Los archivos electrónicos en el ecosistema jurídico-administrativo”, en “*El archivo electrónico en la Administración digital*”, 23 Jornadas de Archivos Universitarios, Centro de Documentación e Archivo, Universidade da Coruña, Conferencia de Archiveros Universitarios.

VALERO TORRIJOS, J. (2007): *El régimen jurídico de la e-administración y el uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Granada, Comares.

VALERO TORRIJOS, J., (2008): “La gestión y conservación del documento administrativo electrónico”, en *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universidad Jaume I, Colección de Estudios jurídicos nº 16, Castellón de la Plana.

VALERO TORRIJOS, J. (2008), “La gestión y conservación del documento administrativo electrónico”, en FABRA VALLS, M.J. BLASCO DÍAZ, J.L.: *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Sevei de Comunicació y Publicacions.

**MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICAS
UTILIZABLES POR LA CIUDADANÍA Y POR LA ADMINISTRACIÓN
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Antonio Marti del Moral¹

I. INTRODUCCION GENERAL

Será objeto de estas páginas un comentario al régimen jurídico de los medios de identificación y firma electrónicas que pueden ser utilizados por la ciudadanía y por las Administraciones públicas, en especial la Administración de la Junta de Andalucía, que se enmarca en un contexto amplio de digitalización, mejora de la administración electrónica y garantía de los servicios públicos digitales. El desarrollo de la sociedad de la información y la difusión de los efectos positivos que de ella se derivan, exigen la generalización de la confianza de los ciudadanos, empresas y Administraciones públicas en las relaciones electrónicas de modo que se garanticen la seguridad jurídica y eviten el falseamiento de la identidad y de la voluntad o consentimiento de los interesados. La garantía de estas condiciones es urgente, teniendo en cuenta el aumento de los tipos de delitos informáticos en materia de estafas, fraudes y suplantación de identidad (phising), que encajan con resistencias en el Código Penal.

De otra parte, las formas de identificación y firma electrónicas no sólo mejoran la eficiencia de la gestión administrativa, sino que también favorecen las relaciones de colaboración y cooperación entre las Administraciones pública, y se traducen en un importante ahorro económico, aunque sea difícil de cuantificar.

En respuesta a esta necesidad imperiosa, el régimen de la identificación y firmas electrónicas de los ciudadanos, empresas y Administraciones públicas viene

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén. ORCID: 0000-0002-7555-8389. amarti@ujaen.es

integrado en primer lugar, con carácter de primacía, por el Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre² (Reglamento eIDAS). Esta norma articula un nuevo régimen tras la experiencia de la Directiva anterior, que no había conseguido de modo satisfactorio un marco global transfronterizo efectúa una armonización adecuada en el régimen en la Unión Europea.

Con anterioridad, la firma electrónica se introduce en nuestro ordenamiento por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que ha sido clave para su desarrollo y ha permanecido vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 6/2020 de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (Ley 6/2020)³. Esta Ley complementa aspectos concretos que el Reglamento comunitario no había regulado o había dejado en manos de los Estados miembros, resuelve dudas y lagunas que se habían planteado desde la entrada en vigor del Reglamento.

Si indagamos por los motivos de fondo, conviene indagar en los bienes jurídicos que deben tutelar el régimen de la identificación y firma en las relaciones electrónicas. El Reglamento eIDAS acierta en el considerando 1º: “La creación de un clima de confianza en el entorno en línea es esencial para el desarrollo económico y social. La desconfianza, en particular debida a la inseguridad jurídica percibida, hace que los consumidores, las empresas y las administraciones públicas duden a la hora de realizar transacciones por vía electrónica y adoptar nuevos servicios”. Así pues, se trata de aumentar o al menos conseguir la misma seguridad jurídica que en las relaciones presenciales (identidad y firma manuscrita), evitando el falseamiento de la voluntad o consentimiento de los actores y procurando “unas transacciones electrónicas fiables, seguras y de fácil uso” (considerando 3º). Para ello se construye un sistema de identificación y firma electrónica con técnicas muy diversas que ofrecen un repertorio amplio de instrumentos. Todo ello se efectúa en una norma comunitaria directamente aplicable en los Estados y con carácter de primacía sobre el derecho interno. Por tanto, el Reglamento comunitario constituye la norma de cabecera en materia de identificación y firma en las transacciones electrónicas que ofrece una pluralidad de técnicas de garantía de la confianza y seguridad jurídica.

² Reglamento eIDAS (*electronic IDentification, Authentication and trust Services*). El Reglamento es aplicable a partir del 1 de julio de 2016, con algunas excepciones. Vid. RICO CARRILLO, M., “El reglamento europeo sobre identificación y servicios de confianza electrónicos”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 35, 2015
³ BOE num. 298, 12 noviembre 2020, con entrada en vigor el 13 noviembre.

Así pues, en España la normativa que rige los medios de identificación y firma electrónica utilizables por los ciudadanos y Administraciones públicas se rigen por el Reglamento eIDAS y el derecho interno, estatal y autonómico. De un lado, la mayor parte de la Ley 6/2020 antes mencionada se fundamenta en varios títulos competenciales estatales (art. 149.1.8, 21 y 29 CE), pero también en el art. 149.1.18 CE respecto a un precepto aislado, la Disposición Adicional 2ª relativa a los efectos jurídicos de los sistemas de identificación, firma y sello electrónico.

De otro lado, es preciso atender a los preceptos de la legislación básica de procedimiento administrativo común según el art. 149.1.18 CE que viene centrada en la Ley 39/2015 de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)⁴. Recientemente, el desarrollo reglamentario de estas leyes ha culminado con 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 electrónicos⁵ (RD 203/2021).

En cuanto a los títulos competenciales que desarrolla el RD 203/2021, varios preceptos del RD no son legislación básica estatal conforme al art. 149.18 CE y se aplican sólo a la Administración General del Estado según la Disposición final primera, 3. Otros preceptos del RD se dictan además de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 149.1.21 y 149.1.29 CE, porque están conectados con la ciberseguridad y su impacto en la seguridad de las redes y sistemas de información.

Recientemente, el Pleno del TC (por providencia del 7 de octubre de 2021), ha admitido a trámite un conflicto positivo de competencia, promovido por el ejecutivo vasco en relación con los artículos 15.3 a), 26.2 c), 28.2, 29.4 y la disposición adicional 9ª del RD 203/2021. Por tanto, será objeto de enjuiciamiento la posible invasión de competencias autonómicas en materia de régimen jurídico por la norma estatal.

Atendiendo a una perspectiva histórica, el régimen jurídico de la firma electrónica se había regulado por la Ley de Firma Electrónica y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (vigente hasta el 1 de octubre de 2016)⁶ que fue desarrollada por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que ha producido efectos hasta la derogación expresa por el RD 203/2021.

⁴ ALAMILLO DOMINGO, I, (2017) p. 675.

⁵ BOE 31 marzo 2021 con entrada en vigor el 2 abril 2021.

⁶ Un comentario completo en MARTIN DELGADO, I (2009), p. 463; MARTINEZ GUTIERREZ, R. (2011), p. 407

Como es sabido, varias reformas puntuales de las Leyes de 2015 retrasaron la entrada en vigor de algunas normas sobre la administración electrónica hasta el 2 de abril de 2021 (Disposición final 7^o), que marca una nueva etapa en el desarrollo de las relaciones electrónicas. Casi coincidiendo con esta fecha se ha aprobado el RD 203/2021) que aborda con carácter general la administración electrónica, teniendo en cuenta la experiencia de su funcionamiento durante varios años. Esta norma reglamentaria contiene algunas novedades respecto a las leyes que desarrolla, reitera preceptos que habían sido elaborados en 2015, pero de forma incoherente, quizás para evitar riesgos mayores, deja sin abordar cuestiones sobre *big data*, inteligencia artificial, que podría haber incorporado para ordenar las relaciones electrónicas. Por todo ello, ha sido objeto de crítica con una cierta decepción⁷.

En este sentido, la aprobación del RD 203/2021 es fruto de un conjunto de medidas para mejorar el marco regulatorio de la Administración digital dentro de la Agenda España Digital 2025 y contiene un eje estratégico específico sobre la transformación digital del sector público. En este ámbito, el RD 203/2021 persigue cuatro grandes objetivos generales: mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la transparencia y la participación, garantizar servicios digitales fácilmente utilizables y mejorar la seguridad jurídica.

El RD 203/2021 establece en el art. 2 un elenco de principios que debe respetar el sector público (no sólo las AAPP también otros entes que forman parte del sector público) en sus actuaciones y relaciones electrónicas (neutralidad tecnológica y adaptabilidad, accesibilidad, facilidad de uso, interoperabilidad, proporcionalidad, personalización y proactividad). Por tanto estos principios pueden ser invocables por los ciudadanos ante la jurisdicción, por cuanto la norma citada delimita su contenido obligando a actuaciones concretas. Además todos ellos inciden en el régimen de los medios de identificación y firma electrónica, constituyen un parámetro para enjuiciar las actuaciones administrativas que puedan ser contrarias al ordenamiento jurídico. La aprobación del RD 203/2021 implica la necesidad de adaptar a su contenido la regulación de las sedes y registros electrónicos⁸, así como otros aspectos relativos a la interoperabilidad, transferencia y uso compartido de tecnologías entre Administraciones públicas de servicios⁹.

⁷ ALAMILLO DOMINGO, I, (2021), “La identificación y firma electrónica en el Real Decreto 203/2021: de estos polvos, estos lodos...” *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5 (mayo).

⁸ Vid. Resolución de 12 de julio de 2021, de la Presidencia de la AEAT, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2009, por la que se crea la sede electrónica y se regulan los registros electrónicos (BOE 14 julio).

⁹ Las Comunidades autónomas participan en un conjunto de servicios comunes que son reutilizados (Informe CAE 2018). Vid. art. 64 RD 203/2021.

En cuanto a los títulos competenciales¹⁰, conviene adelantar que no todo el RD 203/2021 tiene carácter básico con fundamento en el art. 149.1.18 CE. Con esta opción se pretende evitar una posible infracción de las competencias autonómicas para atenerse a la doctrina constitucional¹¹. Teniendo en cuenta LA Disposición Final del Reglamento, no todo el contenido tiene carácter básico en materia de identificación y firma, pues un conjunto de preceptos¹² se aplica sólo en el ámbito estatal mientras que los restantes preceptos se aplican a todas las Administraciones públicas, autonómicas y locales.

En el ámbito andaluz, conviene adelantar que el régimen jurídico de la identificación y firma electrónica se regula principalmente en el Capítulo IV “Identificación y firma electrónicas” (artículos 21 a 25) del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (DA 622/2019), aprobado por la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior¹³. Esta norma muestra una calidad adecuada en las actuaciones electrónicas con la Administración andaluza y presenta algunas peculiaridades que comentaremos¹⁴.

Aquí termina este planteamiento general sobre los medios de identificación y los sistemas de firma electrónica. Pasamos a examinar algunos aspectos relevantes de su régimen conforme al Reglamento eIDAS y la Ley 6/2020, la legislación básica estatal y el RD 203/2021 que concretan las exigencias en materia de procedimiento administrativo común y las peculiaridades de la normativa andaluza centrada en el Decreto 622/2019. Por último comentaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2021 en relación con el deber de subsanar la firma electrónica.

¹⁰ En cuanto a los títulos competenciales, cabe mencionar que el RD 203/2021 no sólo desarrolla las Leyes 39 y 40 en lo referido a la gestión electrónica de los procedimientos y el funcionamiento electrónico del sector público, al amparo del art. 149.1.18 CE, sino que varios preceptos relativos a la ciberseguridad y su impacto en la seguridad de las redes y sistemas de información se dictan, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149.1.21.^a y 149.1.29.^a CE, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y en materia de seguridad pública, respectivamente.

¹¹ STC 55/2018 de 24 de mayo y STC.

¹² En materia de identificación y firma electrónica, según el apartado 3 de la Disposición Final 1^a del RD 203/2021, no tiene carácter básico y será de aplicación únicamente en el ámbito estatal lo dispuesto en los artículos 17, 18.2, 19.3, 19.4, 21.4, 23.2, 24, 25.4, 28.3, 30.2, 31, 33, 36 y 38.1. Además hay otros preceptos que no son básicos.

¹³ BOJA núm. 250 de 31 diciembre 2019, con entrada en vigor 1 abril de 2020, no obstante, lo establecido en el artículo 45 en relación al Registro electrónico de apoderamientos, y lo dispuesto en el art. 46.1 a) respecto de la identificación y firma electrónica por funcionario público habilitado, produce efectos desde el 2 de abril de 2021.

¹⁴ NÚÑEZ LOZANO, M. DEL C. (2021). INFORME: Avances en simplificación administrativa y administración electrónica. *Revista Andaluza De Administración Pública*, (106), 445-457.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LAS FIRMAS, SELLOS Y CERTIFICADOS

Con carácter previo para comprender el régimen de la identificación y firma electrónica de los ciudadanos y Administraciones Públicas regulado en la LPAC y LRJSP, es preciso considerar brevemente los conceptos jurídicos y el régimen jurídico que se contienen en el Reglamento eIDAS, Ley 6/2020 y en el RD 203/2021 sobre las firmas, sellos y certificados electrónicos y los servicios de confianza. Se trata de una materia de especial complejidad por la imbricación de categorías jurídicas y conceptos tecnológicos en permanente evolución que surgen provocando nuevos retos para su regulación.

II.1 Delimitación de conceptos

El artículo 3 Reglamento eIDAS define tres tipos de firma electrónica: a) Firma electrónica: “los datos en formato electrónico ajenos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar”; b) Firma electrónica avanzada: “la firma electrónica que cumple cuatro requisitos: 1) está vinculada al firmante de manera única; 2) permite la identificación del firmante; 3) ha sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo; 4) está vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable”; c) Firma electrónica cualificada: “una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado”.

La decisión de usar la firma electrónica simple, avanzada o cualificada está supeditada a los requisitos funcionales o técnicos de los actores públicos y privados. En cuanto a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, el Reglamento aboga porque todas tienen efectos, pero con distinto alcance. Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una manuscrita (art. 25.2). Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como tal en todos los demás Estados miembros (art. 25.3).

Por su parte, la Ley 6/2020 establece que “los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable” (art. 3.1)¹⁵

¹⁵ La ley prescribe que “la prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto” (art. 3.2 Ley 6/2020).

En segundo lugar, el Reglamento eIDAS también define tres tipos de sello electrónico: sello electrónico: “datos en formato electrónico anejos a otros datos en formato electrónico, o asociados de manera lógica con ellos, para garantizar el origen y la integridad de estos últimos”; sello electrónico avanzado: “un sello electrónico que cumple los requisitos contemplados en el artículo 36 Reglamento”; sello electrónico cualificado: “un sello electrónico avanzado que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de sellos electrónicos y que se basa en un certificado cualificado de sello electrónico”. En cuanto a los efectos jurídicos del sello electrónico, destaca la eficacia de sello electrónico cualificado que “disfrutará de la presunción de integridad de los datos y de la corrección del origen de los datos a los que el sello electrónico cualificado esté vinculado” (art. 35.2).

En tercer lugar, el Reglamento eIDAS define tres tipos de certificados electrónicos: “certificado de firma electrónica”: una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma, al menos, el nombre o el seudónimo de esa persona; “certificado cualificado de firma electrónica”: un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I del Reglamento; y el “certificado cualificado de sello electrónico”: un certificado de sello electrónico que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo III del Reglamento eIDAS.

En el ámbito nacional, la Ley 6/2020 Ley establece varias disposiciones relativas a la expedición y contenido de los certificados cualificados (arts. 4 a 8) cuyo tiempo máximo de vigencia se mantiene en cinco años. Estos permiten el sello de tiempo y trazabilidad de un documento.

Una de las novedades más relevantes es la supresión de los antiguos certificados de firma electrónica de las personas jurídicas, introducidos por la Ley 59/1993 de firma electrónica. En virtud del Reglamento comunitario desde 2014, únicamente las personas físicas están capacitadas para firmar electrónicamente, y no se admite la emisión de certificados de firma electrónica a favor de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica. A estas se reservan los sellos electrónicos, que permiten garantizar la autenticidad e integridad de documentos tales como facturas electrónicas. Además se permite que las personas jurídicas pueden actuar por medio de los certificados de firma de aquellas personas físicas que legalmente les representen.

Con el fin de aplicar los conceptos que utiliza la normativa sobre los medios de identificación y firma electrónicas, parece interesante mencionar los actores involucrados en el proceso de creación y validación de una firma o sello

electrónico¹⁶, y ello porque las Administraciones públicas, empresas y particulares pueden adoptar diferentes posiciones. Además de participar el firmante o persona física y el creador de un sello, que será siempre una persona jurídica, intervienen los tres tipos de actores:

- El verificador: Entidad, ya sea persona física o jurídica, que valida o verifica una firma electrónica apoyándose en las condiciones exigidas por la política de firma y sello concreta por la que se rige la plataforma de relación electrónica o el servicio concreto al que se esté invocando.
- Prestador de servicios de confianza (PSC): Una persona física o jurídica que presta uno o más servicios de confianza, bien como prestador cualificado o como prestador no cualificado de servicios de confianza.
- Emisor y gestor de la política de firma: Entidad que se encarga de generar y gestionar el documento de política de firma y sello, por el cual se deben registrar el firmante, el verificador y los prestadores de servicios en los procesos de generación y validación de firma electrónica.

II.2 Concepto y régimen de la prestación de servicios de confianza

Conviene ahora precisar el concepto de servicios de confianza que se definen en el Reglamento eIDAS en el art. 3.16: “el servicio electrónico prestado habitualmente a cambio de una remuneración, consistente en: a) la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos o sellos de tiempo electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada y certificados relativos a estos servicios, o b) la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web, o c) la preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios”. Además, se define el prestador de servicios de confianza como la persona física o jurídica que presta uno o más servicios de confianza, bien como prestador cualificado o como prestador no cualificado de servicios de confianza. Los prestadores actúan en régimen de libre competencia, pueden ser públicos o privados, y están sometidos a verificación y supervisión, conforme al régimen establecido en los arts. 13 a 45 del Reglamento comunitario y la Ley 6/2020. Todo ello con la idea de garantizar la seguridad jurídica de las personas y los documentos electrónicos.

Las diferencias se aprecian en el Reglamento eIDAS que prevé, para los servicios cualificados, un sistema de verificación previa de cumplimiento de los requisitos y diseña un sistema mixto de colaboración público-privada para la supervisión.

¹⁶ Vid. art. II-2 Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración, vigente por el momento.

En este punto resulta clave la configuración de las “listas de confianza” según el art. 22 del Reglamento. Si estás incluido en la lista de confianza se permite iniciar esa actividad, todo ello se basa en un informe de evaluación de la conformidad emitido por un organismo de evaluación acreditado por un organismo nacional de acreditación.

Además el Reglamento europeo establece un régimen jurídico específico para los servicios electrónicos de confianza cualificados, consecuente con las elevadas exigencias de supervisión y seguridad que soportan, y cuyo reflejo es la singular relevancia probatoria que poseen respecto de los servicios no cualificados, por lo que se refuerza la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas entre empresas, particulares y Administraciones públicas

Por su parte, los prestadores de servicios no cualificados pueden prestar servicios sin verificación previa de cumplimiento de requisitos, pero están sometidos a las potestades de seguimiento y control posterior de la Administración. No obstante, deben comunicar al órgano supervisor la prestación del servicio en el plazo de tres meses desde que inicien su actividad y este órgano publicará el listado de prestadores no cualificados y en una lista diferente, la de los prestadores cualificados.

En cumplimiento de la normativa europea¹⁷, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital mantiene la “Lista de confianza de prestadores de servicios electrónicos de certificación” (TSL), a las que se refiere el art. 9.2 y 10.2 LPAC cuando regula los sistemas de identificación y firma electrónicos. Además, este Ministerio es el órgano de supervisión de todo el sector público, controla el cumplimiento de la normativa por los prestadores de servicios electrónicos de confianza cualificados y no cualificados (art. 15), ejerce la potestad inspectora y sancionadora (art. 18) con multas de hasta 300.000 euros (art. 19.1 Ley 6/2020).

III. LOS SISTEMAS DE IDENTIFICACION Y FIRMA ELECTRÓNICA DE LOS CIUDADANOS

III.1 Planteamiento general

Parece razonable adelantar que si bien existe una pluralidad de sistemas de identificación, firma y sello electrónico previstos en la LPAC y en la LRJSP “todos ellos tendrán plenos efectos jurídicos” (Disposición adicional 3ª Ley 6/2020), sin

¹⁷ Vid. Decisión de Ejecución (UE) 2015/1505 de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza de conformidad con el art. 22.5 RUE 2014.

perjuicio que cada uno de ellos tiene diferente alcance según la naturaleza o el tipo de firma y sello, atendiendo a la normativa europea y nacional.

De otra parte, el art. 14 LPAC establece la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la Administración para las personas jurídicas, antes sin personalidad y, en algunos supuestos, para las personas físicas, y ello sin perjuicio de la posibilidad de extender esta obligación a otros colectivos, por vía reglamentaria en el art. 14.3. En el ámbito estatal se exige Real Decreto acordado en Consejo de Ministros o por orden de la persona titular del Departamento competente respecto de los procedimientos de que se trate que afecten al ámbito competencial de uno o varios Ministerios cuya regulación no requiera de norma con rango de real decreto. Sin embargo, debido a que el apartado 2 del art. 3.3 RD 203/2021 no tiene carácter básico y se aplica únicamente en el ámbito estatal, cada Comunidad Autónoma puede concretar esta remisión reglamentaria.

Una de las novedades en la LPAC fue “la separación entre identificación y firma electrónica y la simplificación de los medios para acreditar una u otra, de modo que, con carácter general, sólo será necesaria la primera, y se exigirá la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado” (Exposición de Motivos). Esta separación se muestra en los arts. 9 y 10 LPAC, sin embargo hay algunas disposiciones comunes. Con carácter general, para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos (art. 11.1 LPAC). Pero resulta obligatorio el uso de la firma: a) formular solicitudes; b) presentar declaraciones responsables o comunicaciones; c) interponer recursos; d) desistir de acciones; e) renunciar a derechos (art. 11.2 LPAC). Además se entiende acreditada la identidad de los ciudadanos cuando utilicen un sistema de firma (art. 10.5 LPAC).

La LPAC se ocupa en el Capítulo II (“Identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo”) del Título I (“De los interesados en el procedimiento”) en los arts. 9 a 12 de regular la identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo, teniendo en cuenta que varios preceptos (arts. 9.2 a y 10.2 a) fueron modificados en su redacción original por el Real Decreto-Ley 14/2019 de 31 de octubre, debido a que debían ser adaptados al Reglamento eIDAS. Además la LRJSP regula el funcionamiento electrónico del sector público en el Capítulo V del Título Preliminar en los artículos 38 hasta el art. 46 bis, cuyo contenido comentaremos brevemente.

Tanto los preceptos mencionados de la LPAC como los de la LRSP han sido desarrollados en los arts. 15 a 31 del RD 203/2021. El Capítulo II “De la identificación y autenticación de las Administraciones Públicas y las personas

interesadas” comprende cuatro Secciones, que enumeramos: 1.ª Disposiciones comunes a la identificación y autenticación y condiciones de interoperabilidad (arts. 15 a 17); 2.ª Identificación electrónica de las Administraciones públicas y autenticación del ejercicio de su competencia (arts. 18 a 25); 3.ª Identificación y firma de las personas interesadas (arts. 26 a 31) y por último la Sección 4ª sobre acreditación de la representación de las personas interesadas (arts. 32 a 36).

III.2 Sistemas de identificación de los interesados

Los sistemas de identificación de los interesados se regulan en el art. 9 LPAC y en los 26 a 30 del RD 203/2021, preceptos de carácter básico. En un contexto presencial el art. 9.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas están obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el DNI o documento identificativo equivalente. En un contexto no presencial, según el art. 9.2 LPAC los ciudadanos “podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad”, lo que permite una pluralidad de sistemas actuales y futuros, si bien están sometidos a un proceso de autorización determinado por la normativa europea y nacional. El art. 9.2 añade que “en particular, serán admitidos de identificación los sistemas siguientes:

- a) Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”, entre los que se entienden comprendidos los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.
- b) Sistemas basados en certificados electrónicos cualificados de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la “Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación”.
- c) Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema, que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

Los sistemas de clave concertada están sometidos a previa autorización por la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. La autorización de la SGAD sólo podrá ser denegada por motivos de seguridad pública, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado

de Seguridad del Ministerio del Interior¹⁸. Estos sistemas deben contener, como mínimo, el nombre y apellidos y el número de DNI, Número de Identificación de Extranjero, Número de Identificación Fiscal y, el número de pasaporte (art. 28.1 RD 203/2021, de carácter básico).

Las Administraciones Públicas deben garantizar que la utilización de uno de los sistemas de identificación previstos en los arts. 9.2 a) y b) LPAC sea posible para todo procedimiento, aun cuando también se admita alguno de los sistemas de clave concertada.

De otra parte, la aceptación de alguno de los sistemas de identificación por la Administración General del Estado servirá para acreditar frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario, la identificación electrónica de los interesados en el procedimiento administrativo (art. 9.4 LPAC). El contenido de este precepto fue declarado constitucional por la STC 55/2018 de 24 de mayo, que el TC que declaró su conformidad con el concepto de procedimiento administrativo común¹⁹.

El art. 27 RD 203/2021 (de carácter básico), concreta los atributos mínimos de los certificados electrónicos cualificados cuando se utilizan para la identificación de las personas interesadas físicas o jurídicas o actúen por medio de representante, a que se refiere el art. 9.2.a) LPAC²⁰. Estos atributos mínimos constituyen obligaciones específicas que han de ser interpretados de forma conjunta con lo dispuesto en la Ley 6/2020 que también permite alguna forma de verificación por video²¹.

¹⁸ Vid. art. 28.2 RD 203/2021. En el ámbito estatal, la creación de nuevos sistemas de identificación debe ser aprobada por orden del titular del Ministerio o de la Presidencia o Dirección del organismo público, previa autorización de la SGDA. Si el nuevo sistema abarca a todo el sector público se requiere Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Este nuevo sistema debe estar accesible a través de la Plataforma común mediante el uso de claves concertadas (art. 28.3). También la Disposición adicional 9ª RD 203/2021 dispensa de la autorización de la SGDA a los sistemas de identificación y firma previstos en el artículo 9.2.c) y de los sistemas de firma previstos en el artículo 10.2.c) LPAC que sean anteriores a 6 de noviembre de 2019.

¹⁹ El FJ 9 de la STC 55/2018 puso límites sobre la administración electrónica y la competencia del Estado para promover su implantación generalizada, siempre y cuando deje a las Comunidades Autónomas un margen inherente a su potestad de autoorganización.

²⁰ De este modo, deben contener como atributos, al menos, su nombre y apellidos y su número de DNI, Número de Identificación de Extranjero o NIF o través de un pseudónimo que conste como tal de manera inequívoca (art. 6.1.a) Ley 6/2020). Los certificados cualificados de representante de persona jurídica deben contener, como mínimo, la denominación y el NIF de la persona jurídica y el nombre y apellidos y número de DNI, o Número de Identificación de Extranjero o NIF de la persona que actúa como representante. Según el art. 6.1.b) Ley 6/2020, los certificados cualificados de sello electrónico y de autenticación de sitio web expedidos a persona jurídica deben contener, como mínimo, su denominación o razón social y su NIF. En defecto de éste, debe indicarse otro código identificativo que le identifique de forma unívoca y permanente en el tiempo, tal como se recoja en los registros oficiales.

²¹ El art. 7 Ley 6/2020 permite la verificación de la identidad a distancia (videoconferencia) de los solicitantes de un certificado cualificado pero exige un desarrollo reglamentario. Es precisa la personación física con el DNI para la comprobación de la identidad y otras circunstancias. Puede prescindirse de la personación si ha sido legitimada en presencia notarial.

Así pues, existe el derecho a utilizar un pseudónimo contemplado por el Reglamento eIDAS, pero se obliga a los prestadores de servicios de certificación a constatar su verdadera identidad, así como a revelar la identidad cuando lo soliciten los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y en los demás supuestos previstos de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal²². Cabe advertir que las Administraciones públicas deben cumplir el deber de verificar la identidad de los interesados, con sometimiento a la legislación aplicable en materia de protección de datos de carácter personal (art. 8.1 Ley 6/2020), con el fin de garantizar el derecho de las personas a la protección de datos personales, así como el derecho a la seguridad y la confidencialidad de los datos en ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas (art. 13.h) LPAC).

III.3. Sistemas de firma de los interesados admitidos por las Administraciones públicas

Los interesados pueden firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento (art. 10.1 LPAC). El art. 15.3 RD 203/2021 concreta esta medida reiterando el contenido del art. 9.2 LPAC y los sistemas de firma electrónica previstos en el art. 10.2 LPAC, al que nos remitimos.

Cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en los arts. 9.2 LPAC como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados (art. 10.4 LPAC). Si se produce la utilización por terceras personas de los medios de identificación personal y firma electrónica que son del interesado, el Reglamento advierte con carácter general que la Administración no será responsable, salvo que concurren los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial (art. 15.4 RD 203/2021), y entonces se podría admitir si se demuestra un funcionamiento anormal y que sea antijurídico. En todo caso, se podrá exigir la responsabilidad penal y civil de las terceras personas que usen medios del interesado.

Dentro de los sistemas de clave concertada, destaca el buen funcionamiento de la plataforma Cl@ve que ha sido ampliamente reconocido. El ciudadano puede identificarse y firmar mediante usuario y contraseña y constituye una mejora

²² Art. 8 apartados 2 y 3 Ley 6/2020.

notable que ha facilitado el acceso a las relaciones electrónicas²³. El sistema cl@ve provee una plataforma común de identificación y autenticación, que puede ser utilizada por los servicios de administración electrónica para delegar el proceso de identificación y autenticación de los ciudadanos, y permite además a estos elegir, entre aquellos medios de identificación disponibles que se ajustan a los requisitos de seguridad establecidos por el servicio, el medio de identificación que les resulte más conveniente²⁴.

Uno de los medios de identificación y firma electrónica de los ciudadanos es a través al DNI en su versión 3.0 que funciona como un certificado electrónico²⁵. Según la DA 3ª de la Ley 6/2020, el DNI electrónico es el DNI que permite acreditar electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, así como la firma electrónica de documentos. Todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, deben reconocer la eficacia del DNI para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, así como la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con sus certificados electrónicos. Para ello, los órganos competentes del Ministerio del Interior para la expedición del DNI deben cumplir las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios electrónicos de confianza que expidan certificados cualificados²⁶.

La conveniencia de extender el DNI electrónico como medio de identificación y firma en la mayoría de las relaciones electrónicas con las AAPP ha sido puesta de manifiesto por las organizaciones de los consumidores²⁷. Pero es insuficiente para

²³ Según Indicadores del Observatorio de la Administración Electrónica, DataOBSAE diciembre de 2018, el número de autenticaciones en la pasarela Cl@ve en julio y agosto de 2021 ha superado los 50 millones, mientras que a lo largo de 2018 fue aproximadamente 8 millones.

²⁴ Hay cinco actores que participan en este sistema: Proveedor de servicio de administración electrónica (SP); Proveedor de servicios de identificación y autenticación (IdP): Entidad que proporciona mecanismos de identificación y autenticación de los ciudadanos para ser utilizados como medios comunes por otras entidades. Hay dos proveedores de servicios de identificación y autenticación, la AEAT, con su sistema de identificación; Cl@ve: Plataforma común de identificación y autenticación, que posibilita el acceso por parte del SP a los IdP y a los sistemas intermediadores de identificación @firma y STORK; @firma: Suite de productos a disposición de las Administraciones Públicas que permite a los servicios de administración electrónica gestionar la identificación y firma mediante certificados electrónicos, entre ellos el DNIe. STORK: Plataforma de interoperabilidad que permite el reconocimiento transfronterizo de identidades electrónicas.

²⁵ La Disposición adicional 3ª Ley 6/2020 establece que el DNI se rige por su normativa específica y mantiene en vigor el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica, hasta que se desarrolle reglamentariamente el Documento Nacional de Identidad (D.Transitoria 2ª).

²⁶ Disposición adicional 3ª Ley 6/2020.

²⁷ Entre otras recomendaciones de la OCU solicita a las administraciones ampliar el uso del DNI electrónico a un mayor número de gestiones útiles en su informe de 2019.

dar satisfacción a todas las necesidades actuales, además de que exige mayores requisitos técnicos (lector, etc) que el sistemas de cl@ve.

III.4 El deber de asistencia en el uso de medios electrónicos

El derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente (art. 14.2 LPAC y art. 3 RD 203/2021) se corresponde con el deber de la Administración de asistir a los interesados para poner a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen (art. 12.1 LPAC). Este deber ha sido ampliado a nuevos canales en general (portales de internet, redes sociales, correo electrónico, art. 4 RD 203/2021).

Además con carácter específico, en atención a los que no están obligados a relacionarse electrónicamente y no dispongan de medios electrónicos necesarios, las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados que así lo soliciten. En este caso su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica. En este caso, será necesario que se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso (art. 12.2 LPAC). Además, el art. 30.1 RD 203/2021, precepto de carácter básico, concreta algunos extremos sobre el modo de identificar o firmar de las personas interesadas mediante personal funcionario público habilitado. En este caso, será necesario que el interesado se identifique ante el personal funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que debe quedar constancia por escrito. De otra parte, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales deben mantener actualizado un registro donde consten los funcionarios habilitados para la identificación o firma²⁸.

III.5 Actuaciones de los interesados por medio de representante

La actuación de los interesados para actuar ante las AAPP por medio de representante, bien sea una persona física o una persona jurídica cuando esté previsto así en sus Estatutos se rige por los arts. 5 y 6 LPAC y los arts. 32 a 36 RD 203/2021. La representación podrá acreditarse ante la Administración con un certificado electrónico cualificado de representante de persona jurídica y, además, haya sido expedido a quien tenga un poder general para llevar a cabo cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración (art. 34.1 RD 203/2021).

²⁸ Art. 12.3 LPAC. En relación con la administración estatal, vid. art. 31 RD 203/2021.

IV. SISTEMAS DE IDENTIFICACION Y FIRMA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

IV.1. Política de firma

En primer lugar cada Administración pública decide la política de firma electrónica y de certificados “dentro de sus respectivos ámbitos competenciales” (según el art. 18.3 RD 4/2010 que establece algunas condiciones), teniendo en cuenta el Esquema Nacional de Interoperabilidad, configurado por el art. 156 LRJSP y su desarrollo en el RD 4/2010 que ha sido reformado parcialmente por el RD 203/2021²⁹. De otra parte, el artículo 17 RD 203/2021 que no tiene carácter básico, permite a cada Comunidad Autónoma adoptar sus propias decisiones. Esta política consiste en “el conjunto de directrices y normas técnicas aplicables a la utilización de certificados y firmas electrónica dentro de su ámbito de aplicación” (art. 17.1). Además debe contener algunos requisitos técnicos y operativos (art. 17.2).

Todo ello revela la importancia del principio de interoperabilidad, “entendido como la capacidad de los sistemas de información y, por ende, de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información entre ellos” (art. 3.d) RD)³⁰. Si el objetivo final de la normativa es una tramitación electrónica completa, es necesario que los sistemas puedan ser utilizados libremente por todas las Administraciones Públicas, y que están alineados con los esquemas de interoperabilidad nacional y europeos dentro de la UE. Finalmente, a nivel estatal, la política de firma electrónica y certificados se aprueba por resolución de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial³¹.

IV.2 La plataforma estatal de verificación

La verificación de los certificados electrónicos y otros sistemas de identificación es una tarea regulada por el Reglamento eIDAS, aunque no de forma completa. El art.

²⁹ Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad, en concreto, el nuevo art. 18 sobre la interoperabilidad en la política de firma electrónica y de certificados, permite a las restantes AAPP acogerse a la política de la AGE.

³⁰ Vid. art. 3.2 LRJSP y art. 56 RD 203/2021, que confirma la obligación de las Administraciones públicas de relacionarse a través de medios electrónicos entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, así como con las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas cuando actúen en el ejercicio de potestades administrativas. Además, el art. 58 RD 203/2021 establece que “las Administraciones Públicas y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes podrán adherirse voluntariamente, mediante la formalización del correspondiente instrumento de adhesión, a las sedes electrónicas o sedes asociadas disponibles de titularidad de la misma Administración u otra Administración Pública, sin que se constituya como sede electrónica asociada”.

³¹ Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración, (BOE num. 266 de 3 noviembre).

16 del RD 203/2021 (precepto de carácter básico) ordena que la Administración General del Estado dispondrá de una plataforma para la verificación de la vigencia y el contenido de los certificados cualificados admitidos en el sector público, de modo que la verificación se pueda llevar a cabo de forma libre y gratuita, para el sector público.

Mientras que los prestadores no cualificados no están sujetos a verificación, los prestadores cualificados de servicios de confianza deben facilitar a esta plataforma el acceso para que pueda verificar este tipo de certificados. Así pues, se trata de una plataforma única para todo el sector público, por lo que corresponde a la SGAD del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital la función de órgano responsable, siempre que se haya formalizado previamente un instrumento de adhesión, que puede ser acordado con otras Administraciones públicas y órganos constitucionales y otros entes públicos.

IV.3 Régimen jurídico de identificación y firma de las Administraciones públicas

Las Administraciones Públicas para su identificación electrónica y para garantizar el origen y la integridad de los documentos electrónicos “podrán” utilizar cinco sistemas que enumera el art. 15.2 RD 203/2021: A) sistemas de identificación de las sedes electrónicas y sedes electrónicas asociadas; B) sello electrónico basado en un certificado electrónico cualificado y que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica; C) sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada; D) firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas; E) intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación, conforme a lo acordado entre las partes. Conviene detenerse en algunos aspectos esenciales de estos sistemas de firma que se desarrollan en los artículos 18 a 25 RD 203/2021.

A) Las sedes electrónicas y sedes electrónicas asociadas deben utilizar, para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas, certificados cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente (art. 38.6 LRJSP), que se ajustan al Esquema Nacional de Interoperabilidad (art. 18.1 RD 203/2021, de carácter básico). Las direcciones electrónicas que tengan la condición de sede electrónica o sede electrónica asociada deben hacerlo constar de forma visible e inequívoca. Además se establecen requisitos para la adhesión a las sedes electrónicas de la AGE de las entidades de derecho privado cuando ejerzan potestades administrativas, que será obligatoria³².

³² Disposición Adicional 4ª RD 203/2021.

- B) Las Administraciones Públicas pueden identificarse mediante el uso de un sello electrónico basado en un certificado electrónico cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. Estos certificados electrónicos incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, así como la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos. La relación de sellos electrónicos utilizados por cada Administración Pública debe ser pública. Además, cada Administración Pública adopta medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos (art. 40 LRJSP y art. 19.1 y 2 RD 203/2021, de carácter básico). Se entiende identificada la Administración pública respecto de la información que se publique como propia en su portal de Internet (art. 40.2 LRJSP). En el ámbito estatal, la creación de sellos electrónicos se realiza mediante resolución de la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio o de la Presidencia o de la Dirección del organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente.
- C) En la tramitación administrativa automatizada de los procedimientos, cada Administración Pública puede determinar los supuestos de utilización de los dos sistemas de firma electrónica:
- Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico cualificado.
 - Código Seguro de Verificación (CSV) vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, permitiéndose la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente (art. 42 LRJSP y art. 20.1 RD 203/2021³³). Dicho código vincula al órgano, organismo público o entidad de derecho público y a la persona firmante, mediante un procedimiento de verificación directo y gratuito para las personas interesadas³⁴. En las comunicaciones de documentos electrónicos a otros órganos, organismos o entidades y cuando así lo determinen las partes implicadas, la interoperabilidad debe garantizarse mediante la superposición al CSV de un sello electrónico como mecanismo de verificación automática del origen e integridad de los documentos electrónicos (art. 21.3 RD 203/2021 de carácter básico). En este punto el Reglamento convierte en un deber lo que era una posibilidad en el art. 45.2 LRJSP.

³³ En el ámbito estatal, la utilización del sistema de CSV requiere una resolución de la Subsecretaría del Ministerio o del titular de la Presidencia o de la Dirección del organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, previo informe del Centro Criptológico Nacional y de la Secretaría General de Administración Digital. Además la orden de creación debe contener los requisitos del art. 21.4 RD 203/2021.

³⁴ Vid. art. 21.2 RD 203/2021.

- D) Dentro de los sistemas de firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la actuación de una Administración Pública cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del titular del órgano competente o del empleado público a través del que se ejerza la competencia (art. 43 LRJSP). Cada Administración Pública ha de determinar los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, que podrán identificar de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración en la que presta sus servicios. Los certificados electrónicos de empleado público serán cualificados (art. 22 RD 203/2021 de carácter básico). Además, hay un régimen específico por razones de seguridad. Los prestadores cualificados pueden consignar un número de identificación profesional en el certificado electrónico de empleado público, a petición de la Administración, si dicho certificado se va a utilizar en actuaciones “que afecten a información clasificada, a la seguridad pública, a la defensa nacional o a otras actuaciones para cuya realización esté legalmente justificado el anonimato”. Estos certificados se denominan “certificados electrónicos de empleado público con número de identificación profesional” (art. 23.1 RD 203/2021 de carácter básico) y están limitados a las actuaciones que justificaron su emisión. Por último, las autoridades públicas competentes y los órganos judiciales, en el ejercicio de sus funciones pueden solicitar la revelación de la identidad del titular con número de identificación profesional a la Administración competente.

Las Administraciones públicas pueden determinar los trámites e informes que incluyan firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basada en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica (art. 45.1 LRJSP). En concreto, el personal al servicio de la Administración estatal y sus organismos públicos vinculados o dependientes, puede identificarse con aquellos sistemas previstos en la LPAC que se establezcan en función del nivel de seguridad que corresponda al trámite de que se trate de acuerdo al Esquema Nacional de Seguridad³⁵. Recordamos que se trata de un conjunto de principios que persiguen fundamentar la confianza en que los sistemas de información prestarán sus servicios y custodiarán la información, de acuerdo con sus especificaciones funcionales, sin interrupciones o modificaciones fuera

³⁵ Real Decreto 951/2015, de 23 de octubre, de modificación del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica. Se trata de que las Administraciones públicas aseguren el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad, trazabilidad y conservación de los datos, informaciones y servicios utilizados en medios electrónicos que gestionen en el ejercicio de sus competencias. Todo ello se articula teniendo presente el art. 13. h) LPAC que reconoce el derecho de las personas a protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. La confidencialidad se define como “la propiedad o característica consistente en que la información no se ponga a disposición ni se revele a individuos, entidades o procesos no autorizados” (Anexo RD 203/2021).

de control, y sin que la información pueda llegar al conocimiento de personas no autorizadas.

E) Por último se permite un sistema de identificación de las Administraciones públicas que se infiere de los documentos electrónicos transmitidos en entornos cerrados de comunicaciones³⁶ establecidos entre Administraciones Públicas, órganos, organismos públicos y entidades de derecho público. Tales documentos se consideran válidos a efectos de autenticación e identificación de los emisores y receptores en las condiciones establecidas en el art. 44 LRJSP (art. 25 RD 203/2021).

V. MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICA EN EL DECRETO ANDALUZ 622/2019 DE 27 DICIEMBRE

Como se ha mencionado, los medios de identificación y firma electrónica utilizables por los ciudadanos y la Junta de Andalucía se concretan en el Reglamento eIDAS, en la Ley 6/2020 reguladora de los servicios de confianza, en la LPAC y LRJSP y en el RD 203/2021 en cuanto se trate de preceptos de carácter básico dictados al amparo del art. 149.18 CE, así como otros preceptos de competencia exclusiva estatal, aplicables a todas las Administraciones públicas, y también para Andalucía. Además el ordenamiento andaluz ofrece un régimen propio en el Capítulo IV “Identificación y firma electrónicas” en los artículos 21 a 25 del Decreto 622/2019 de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (BOJA de 31 de diciembre). En adelante abordamos algunas cuestiones que consideramos relevantes, sin olvidar que rige también la legislación básica estatal en materia de procedimiento administrativo común.

De un lado, el art. 1.3 del Decreto Andaluz (DA 622/2019) delimita el concepto de “ciudadanía” todos aquellos a quienes se reconozca capacidad de obrar conforme al artículo 3 LPAC, y por tanto amplía el concepto estricto de ciudadano. Además es un acierto frente al RD 203/2021 que utiliza el término de ciudadano pero no lo define expresamente.

La primera decisión del ejecutivo radica en definir la política de firma electrónica de la Administración de la Junta de Andalucía, agencias y consorcios (art. 21) dentro de sus competencias, y decide acogerse a la política marco de firma electrónica de

³⁶ El Anexo del RD 203/2021 define el “entorno cerrado de comunicación”: “escenario de comunicaciones delimitado, controlado y protegido en el que los participantes se relacionan a través de medios electrónicos, según unas garantías y condiciones determinadas que incluyen la relación de emisores y receptores autorizados, la naturaleza de los datos a intercambiar y las medidas de seguridad y protección de datos”.

la Norma Técnica de Interoperabilidad (ap. II,5.1) y en el marco del art. 18 RD 4/2010 del Esquema Nacional de Interoperabilidad.

Además de los sistemas de identificación y firma basados en los certificados electrónicos, según la LPAC, el Decreto andaluz permite la identificación de la ciudadanía mediante sistemas no basados en certificados electrónicos indicados en el Anexo II que se agrupan en dos apartados: sistemas de clave concertada en la plataforma Cl@ve; y otros sistemas de identificación biométrica y reconocimiento facial de la Carpeta Ciudadana de la Junta de Andalucía, de utilización voluntaria por la ciudadanía, pero con unas condiciones: “siempre y cuando la tecnología garantice la identificación inequívoca de la persona con las salvaguardas necesarias de privacidad que exija la legislación vigente en protección de datos” (art. 22 y Anexo II DA 622/2019).

De otro lado, los ciudadanos a efectos de firma se consideran válidos los sistemas de firma admitidos no basados en certificados electrónicos indicados en el Anexo III: a) Sistema de firma basada en los sistemas de identificación relacionados en el Anexo II, para sistemas de categoría básica o media, de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad y procedimientos en los cuales la normativa reguladora aplicable no disponga el uso de firma electrónica avanzada o basada en certificado electrónico. B) Sistema de firma manuscrita digitalizada en las actuaciones presenciales ante la ciudadanía, para los documentos que las personas interesadas deban firmar en comparecencia presencial ante personal empleado público³⁷.

En cuanto a la identificación y firma electrónica de autoridades y personal de la Administración de la Junta de Andalucía, podrán utilizar cuatro sistemas de firma electrónica³⁸: a) firma electrónica del DNI; b) firma electrónica basada en el certificado electrónico proporcionado con carácter general a la ciudadanía;

c) firma electrónica basada en el certificado electrónico de personal al servicio de la Junta de Andalucía, que sólo podrá ser utilizada en el ejercicio de las funciones propias del puesto, o para relacionarse con las Administraciones Públicas cuando éstas lo admitan. No se debe utilizar cuando los datos sean inexactos o incorrectos, cuando no reflejen o caractericen su relación con la Administración andaluza y cuando existan razones de seguridad que así lo aconsejen.

d) El sistema de identificación de la plataforma de Gestión Unificada de Identidades de Andalucía (GUIA)³⁹. Se trata de la plataforma corporativa de la Junta de Andalucía que se encarga de la gestión de autorizaciones de acceso a los sistemas

³⁷ El DA 622/2019 concreta con rigor los términos y condiciones para la utilización del sistema de firma basada en los sistemas de identificación relacionados en el Anexo III.

³⁸ Art. 24 apartados 1 y 2 DA 622/2019.

³⁹ Art. 25 DA 622/2019.

de información. También puede ser utilizado por el personal para los trámites que realice con la Administración andaluza por la condición de empleado público en materia relativas a permisos y licencias.

De otra parte, las personas físicas que no están obligadas a entablar relaciones electrónicas con la Administración y no dispongan de los medios electrónicos necesarios pueden hacerlo voluntariamente a través de los funcionarios públicos habilitados para ello. Se permite que los funcionarios públicos habilitados puedan actuar para la identificación y firma electrónica en nombre de estas personas interesadas, mediante el Sistema de Información de Recursos Humanos de la Junta de Andalucía (SIRUS)⁴⁰, que actúa como sistema de constancia. Pues bien, corresponde la habilitación de los funcionarios públicos a la persona titular del órgano directivo central con competencia en materia de personal de la Consejería de adscripción⁴¹, lo que se ha efectuado en varias Consejerías⁴².

En cuanto al desarrollo reglamentario en general del Decreto andaluz, se prevén dos Consejerías competentes; la Consejería en materia de administración pública, en particular para establecer criterios específicos para la asignación del certificado electrónico del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía; y la Consejería en materia de transformación digital, para modificar los Anexos I a IV y otras materias de su competencia. Todo ello queda parcialmente alterado por la creación de la Agencia Digital de Andalucía⁴³, que se propone centralizar los criterios y esfuerzos para una mejora de la administración electrónica. Recientemente una orden que regula las comunicaciones electrónicas interiores⁴⁴ también afecta indirectamente a las relaciones electrónicas dentro de la administración andaluza.

⁴⁰ art. 46.1.a DA 622/2019).

⁴¹ art. 46.2 DA 622/2019.

⁴² Resolución de 17 de febrero de 2021, de la Viceconsejería, por la que se habilita a funcionarios públicos para la identificación y firma electrónica para actuar en nombre de las personas interesadas no obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración, que no dispongan de los medios electrónicos necesarios, y se delega la firma de las resoluciones y actos precisos para dicha habilitación (BOJA núm. 36 de 23 febrero 2021). Esta medida habilita a todo el personal de encargados de los registros y atención a la ciudadanía de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior y se delega la firma de las resoluciones en la Jefatura de Servicio de Personal y en las Secretarías Generales de las Delegaciones de Gobierno. Posteriormente, la Resolución de 5 de marzo de 2021, de la Viceconsejería, (BOJA núm. 47 de 11 marzo). En consecuencia, se habilita a todo el personal encargado de los registros y atención a la ciudadanía de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible. Además, se delega dicha competencia en la persona titular de la Secretaría General Técnica para el personal de los servicios centrales y en las personas titulares de las Delegaciones Territoriales en relación con el personal destinado en las mismas.

⁴³ Decreto 128/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Digital de Andalucía. La nueva Agencia asume las competencias de la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.

⁴⁴ Orden de la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior, de 3 de febrero de 2021, por la que se regulan las comunicaciones electrónicas interiores en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 26 de 9 febrero). Según los arts. 2 y 3 se aplica a las comunicaciones entre la Administración andaluza central, periférica y sus agencias, así como los consorcios cuando ejerzan potestades administrativas, y exista la necesidad de su trazabilidad y constancia fehaciente. No se aplica a las comunicaciones electrónicas con otras Administraciones públicas o con la ciudadanía.

En la práctica, el funcionamiento de los sistemas de identificación y firma electrónica de los ciudadanos y Administraciones públicas en Andalucía es viable (al igual que en las restantes autonomías) gracias a la colaboración con la Administración General del Estado para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica⁴⁵, que permite la adhesión a los entes locales andaluces.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 MAYO DE 2021: LA AMPLIACIÓN DEL DEBER DE SUBSANAR LA FIRMA ELECTRÓNICA

Resulta de interés la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2021⁴⁶ que es novedosa e innovadora y a ella dedicamos un breve comentario. En nuestra opinión, aplica de forma rotunda a la administración electrónica algunos de los principios y normas que se exigen tradicionalmente a los procedimientos administrativos. Por ello, inicia una doctrina jurisprudencial que ha sido consolidada posteriormente en las STS de 16 de junio de 2021 (casación 7452/2019), 6 de julio de 2021 (casación 814/2020) y 1 de diciembre de 2021 (casación 6969/2021).

La STS de 31 de mayo de 2021 tiene como asunto de interés casacional determinar si el artículo 71 Ley 30/1992 de 26 de noviembre -de redacción similar al artículo 68 LPAC- resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación.

Teniendo en cuenta los hechos y la sentencia de instancia⁴⁷, la Letrada de la Junta de Andalucía entiende que, dadas las características del programa informático usado por la solicitante de una plaza de profesor, la omisión del paso final no puede calificarse como una simple falta de firma de la solicitud, sino que constituye

⁴⁵ Resolución de 2 junio 2016 de la Dirección General de Política Digital por la que se publica el Convenio de colaboración entre la AGE (MINHAP) y la Comunidad Autónoma de Andalucía para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica (BOJA, 10 de junio). Esta norma permite, entre otras cosas, facilitar el uso de la plataforma de validación y firma electrónica el @firma para Andalucía y los entes locales que se adhieran.

⁴⁶ STS de 31 mayo 2021 núm. 762/2021, casación 6119/2019, Sección Cuarta, p. Diez-Picazo

⁴⁷ Resumimos los antecedentes de hecho. Un particular intentó participar en la convocatoria de proceso selectivo de ingreso en los Cuerpos de Profesores de Música y Artes Escénicas convocado por Orden de 29 de marzo de 2017, utilizando la web habilitada por la Consejería de Educación. Una vez abonada la tasa y completado el formulario, grabó la solicitud, tras realizar el paso 3 del formulario el sistema generó un documento con código de barras cuyo texto: "su solicitud se ha cursado con éxito", la llevó al convencimiento de que había finalizado todo el proceso. Sin embargo no la presentó de acuerdo con las opciones establecidas en la convocatoria, siendo por tanto la causa de la exclusión del proceso selectivo que el particular "no realiza ni firma electrónica de su solicitud ni realiza el registro de la misma en el registro electrónico de la Junta de Andalucía ARIES, no realiza ningún contacto con CAUCE para solicitar información o dudas sobre el procedimiento ni la tramitación electrónica del mismo. Contra la resolución de la Junta de Andalucía de 16 de junio de 2017, confirmada en reposición con fecha 31 de julio de 2017, fue interpuesto recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 23 de mayo de 2019, concluyendo que la exclusión de la recurrente del proceso selectivo fue ajustada a Derecho, sin que fuera necesario darle la oportunidad de subsanar el requisito omitido.

una absoluta falta de presentación de la solicitud, y concluye que no procedía la subsanación prevista en el art. 71 de la Ley 30/1992.

El fallo estimatorio de la STS mencionada anula la Sentencia de instancia y los actos administrativos recurridos declarando el derecho de la recurrente a que la Administración otorgue un plazo de diez días para subsanar la falta de firma electrónica y registro de su solicitud para participar en el proceso selectivo. Vale la pena transcribir parcialmente el FJ 5 de la STS mencionada:

“el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la «firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio», en palabras del vigente art. 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el art. 68 del mismo cuerpo legal. Y que la vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido ya pensada para la llamada «Administración electrónica» resulta evidente de la simple lectura de la citada Ley 39/2015, para la que el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico. Así las cosas, sería sumamente difícil -por no decir imposible- argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la «acreditación de la autenticidad de la voluntad» del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica”. De todo ello se puede extraer un criterio novedoso y exigente en beneficio de los ciudadanos: “La Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo” (FJ 6). En definitiva, la Administración debe dar la posibilidad de subsanar cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud, habiendo efectuado el pago de la tasa correspondiente.

Tras el comentario a la STS de 31 de mayo de 2021 traemos a colación la nueva regulación del régimen de subsanación que introduce el art. 14 RD 203/2021. Este precepto de carácter básico amplía las posibilidades de subsanación y los deberes de requerimiento de la Administración pública tanto si existe la obligación de relacionarse electrónicamente con ella como si no la hay. Por tanto, se ha mejorado notablemente el régimen de la subsanación por vía reglamentaria en desarrollo de las previsiones de la LPAC. y despeja dudas que habían sido objeto de litigios⁴⁸.

⁴⁸ El art. 14.1 RD 203/2021 establece que: “Si existe la obligación del interesado de relacionarse a través de medios electrónicos y aquel no los hubiese utilizado, el órgano administrativo competente en el ámbito de actuación requerirá la correspondiente subsanación...” Este régimen de subsanación será asimismo

VII. CONCLUSIONES

La finalidad del régimen jurídico que regula el uso de los medios de identificación y firma electrónica de las Administraciones públicas y de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas persigue dar confianza y ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos, empresas y Administraciones públicas y se articula tomando como norma de cabecera el Reglamento eIDAS de 2014 en toda la Unión Europea. Esta norma ofrece un sistema que funciona con acierto y ha sido complementado por el derecho interno de cada Estado, en nuestro país por la Ley 6/2020 de 11 de noviembre, de los servicios electrónicos de confianza y la legislación de procedimiento administrativo común.

Atendiendo a la normativa española, resulta de interés destacar lo que propone el propio autor de la norma en la Exposición de motivos del RD 203/2021: “La satisfacción del interesado en el uso de los servicios públicos digitales es fundamental para garantizar adecuadamente sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones en su relación con las Administraciones Públicas. Por ello, es prioritario disponer de servicios digitales fácilmente utilizables y accesibles, de modo que se pueda conseguir que la relación del interesado con la Administración a través del canal electrónico sea fácil, intuitiva, efectiva, eficiente y no discriminatoria”. Además, se debe respetar los principios generales en las actuaciones electrónicas que configura el art. 2 RD 203/2021 y entre ellos el principio de facilidad de uso y de accesibilidad, el principio de interoperabilidad, que permite compartir datos y facilita el intercambio de información, que es básico en los medios de identificación y firma.

aplicable “a las personas físicas no obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2, hayan ejercitado su derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración Pública de que se trate. Cuando se trate de una solicitud de iniciación del interesado, la fecha de la subsanación se considera a estos efectos como fecha de presentación de la solicitud de acuerdo con el artículo 68.4 de dicha ley”.

Pues bien, con estos parámetros y principios habría que enjuiciar el contenido de la normativa estatal y autonómica para centrar la finalidad del funcionamiento electrónico de la Administración pública en que sea satisfactorio y adecuado a las necesidades de los ciudadanos y para ello deben ser seguros, fiables y de fácil uso. En todo caso, parece razonable exigir que no se rebaje el nivel de garantías en el procedimiento administrativo cuando la identificación y firma se realizan de forma electrónica en comparación con la presencial. Esto exige cargas y obligaciones para los interesados, pero se debe encontrar el equilibrio entre los deberes y derechos para que la situación jurídica no sea de peor condición en las relaciones electrónicas.

Por ello se debe evitar la complejidad excesiva en la determinación del régimen jurídico, aumentar las cargas de los ciudadanos e imponer obligaciones nuevas, pero esto también resulta ineludible si se pretende mejorar la confianza y la seguridad jurídica. No es fácil encontrar el equilibrio pero merece la pena el esfuerzo por mejorar la regulación de los medios de identificación y firma electrónicos en beneficio de los ciudadanos y de los intereses generales.

En el fondo se ha de garantizar que el acceso a los servicios electrónicos no reduzcan los derechos de los ciudadanos y aumenten de forma ingente los deberes cuyo incumplimiento por los interesados produzcan situaciones desfavorables, como puede ser el bloqueo informático en los trámites y la imposibilidad de acceso o finalización del procedimiento administrativo. Por este motivo resulta de interés la doctrina de la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2021, reiterada en las Sentencias de 16 junio, 6 julio y 1 de diciembre de 2021, que amplían el régimen de la subsanación a la firma electrónica de forma favorable a los interesados más allá de lo que prescribe la Ley. Esta doctrina ha sentado un criterio jurisprudencial novedoso y exigente: la Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado los programas informáticos para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMILLO DOMINGO, I. (2017), “Capítulo X. Identidad y firma electrónica: nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, coord. por Fernández Ramos, S., Valero Torrijos, J. Gamero Casado, E. (dir.), Vol. 1, T. 1, p. 675-768.

ALAMILLO DOMINGO, I. (2020), “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, coord. por Martín Delgado, I. p. 225-276

ALAMILLO DOMINGO, I. (2021), “La identificación y firma electrónica en el Real Decreto 203/2021: de estos polvos, estos lodos...” *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5 (mayo)

MARTÍN DELGADO, I. (2009), Identificación y autenticación de los ciudadanos, *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11-2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, coord. por GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J, 2009, p. 463-536

MARTINEZ GUTIERREZ, R. (2011) “Identificación y autenticación: DNI electrónico y firma electrónica”, *Administración electrónica y ciudadanos*, PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), p. 407-453

NÚÑEZ LOZANO, M. DEL C. (2021). INFORME: Avances en simplificación administrativa y administración electrónica. *Revista Andaluza De Administración Pública*, (106), 445-457

PEREZ GARRIDO, J. (2021), “Identificación digital: perspectivas de futuro de la firma electrónica”, *Estudios sobre derecho digital*, coord. por Perea Ortega, R., p. 251-282

RICO CARRILLO, M., “El reglamento europeo sobre identificación y servicios de confianza electrónicos”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 35, 2015

AVANCES EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA.

María Isabel Rivas Castillo¹

I. INTRODUCCIÓN: LA ACEPTACIÓN DEL CAMBIO.

Lejos queda aquella primera clase de Derecho Administrativo en la que quien años más tarde sería mi Maestro, el profesor D. Lorenzo Martín-Retortillo, nos abría las puertas de un apasionante escenario en el que como un castillo medieval comenzaba a desplegar su imponente majestuosidad ante un tímido grupo de alumnos de tercer curso de la vieja Licenciatura en Derecho. Recuerdo con cierta nostalgia las primeras clases de la que sin saberlo sería mi disciplina, la que tantas y tantas alegrías y satisfacciones me da y por qué no, también horas de desvelo y alguna que otra preocupación. Unas clases en las que con ilusión íbamos adentrándonos por los entresijos del Derecho administrativo, descubriendo poco a poco que detrás de esa fachada de una Administración tediosa y compleja se escondía su verdadera esencia: servir a los intereses generales. Muy pronto, entre novedosos principios, técnicas de organización, prerrogativas, potestades, un sin fin de instituciones y no pocas normas administrativas, iría encontrando su espacio una de las piezas esenciales con las que podíamos garantizar derechos y libertades de los ciudadanos, y no me refiero a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que sin duda ha sido

¹ Profesora Contratada Doctora del Dpto. Derecho Público, Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (UCA). Desde septiembre de 2019 es Directora de Secretariado de Procesos Académicos del Vicerrectorado de Estudiantes y Empleo de la UCA. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y Doctora en Derecho por esta misma Universidad (Régimen Jurídico de las Infraestructuras Ferroviarias). Sus investigaciones están relacionadas con temas diversos: medios de transporte (servicios e infraestructuras) (terrestre, aéreo y marítimo-portuario), sectores regulados, administración electrónica, protección ambiental, servicios públicos, derechos fundamentales, seguridad pública, e innovación docente en estudios jurídicos. Evaluadora externa y colaboradora permanente en varias revistas jurídicas. Miembro del Grupo de Investigación Administraciones Públicas, libertades públicas y políticas sectoriales (SEJ-582).
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9857-4584>
mariaisabel.rivas@uca.es

uno de los grandes legados del siglo XIX, sino al procedimiento administrativo. Una institución jurídica de perfiles propios que como afirmaba el profesor García de Enterría actuaría como medida de prevención y de eficacia en la actuación administrativa (García de Enterría y Fernández, 2004)². Una institución que, integrada en la teoría general del Derecho, garantizaría por un lado los derechos de los ciudadanos, pero además, la pronta y eficaz satisfacción de los intereses generales mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias y ordenadas por los órganos administrativos competentes.

En la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, el legislador ya destacaba en su Exposición de Motivos cómo las garantías que se pretenden con el procedimiento y los recursos administrativos podían desvirtuarse por demoras, retrasos, o molestias innecesarias a los ciudadanos, llevándonos a una realidad en la que la prestación de los servicios se volvía ineficaz. Las directrices que el legislador había acogido en el Título III de la Ley (1958), orientadas a conseguir que la actuación administrativa se desarrollase conforme a normas de economía, celeridad y eficacia, debían ser recibidas por la Administración como verdaderas normas jurídicas, adoptando las medidas que fuesen necesarias en aras a agilizar los servicios y hacerlos más operativos. Eficacia en la actuación administrativa y en el procedimiento que quedaban vinculados inexorablemente. Disposiciones que de forma temprana se establecieron por el legislador y no pocas afectarían al procedimiento administrativo; desde la normalización de documentos (formularios), la mecanización y automatización de los trabajos de oficina, fijación de horarios adecuados a los administrados (*horario de despacho*), la concentración en un único expediente de los asuntos en los que interviniesen varios órganos administrativos, la no aportación de datos por los ciudadanos cuando ya estuviesen en poder de la Administración debiendo llevarse a cabo las comunicaciones internas que fuesen necesarias, y la subsanación de solicitudes en caso de no cumplir los requisitos a priori, fueron algunas de las disposiciones acogidas en aquella norma procedimental de referencia. Unas medidas que examinadas hoy nos recuerdan a directrices actuales derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el día a día de nuestras Administraciones públicas. El uso de medios electrónicos, de las tecnologías derivadas de la «revolución digital» servirán para cumplir

² El profesor García de Enterría nos hablaba de prevención en el sentido de que a diferencia del proceso judicial, gracias al procedimiento administrativo la Administración pública actúa antes de tomar una decisión, pudiendo rectificarla en caso de error o incluso cuantificar el daño si se diesen irregularidades en el cumplimiento de la resolución adoptada, procediendo en consecuencia acordando medidas complementarias que limiten el perjuicio que pudiera ocasionarse (principio de proporcionalidad), a diferencia de un proceso en sede judicial que se activa previo incumplimiento y alteración de un derecho, de una libertad, en definitiva, tras la vulneración de un bien jurídico protegido, es decir, el daño ya está hecho, y en no pocas ocasiones se ha llegado a situaciones en las que resulta muy difícil o casi imposible restituir el daño ocasionado.

aquellos objetivos aún presentes de simplificación, agilidad y eficiencia de las Administraciones, debiendo ser acogidos por el legislador al tiempo de diseñar su régimen jurídico adaptado al nuevo siglo: la posibilidad de no aportación de documentos cuando ya obren en poder de una Administración pública, las comunicaciones entre órganos administrativos mediante el uso de medios digitalizados y el concepto de «proveedor de datos», los archivos electrónicos, registros electrónicos disponibles los 365 días del año que facilitan el acceso de los ciudadanos a los servicios, o la mecanización de trámites gracias a programas informáticos, son algunos ejemplos del paralelismo que podríamos establecer.

II. REFLEXIONES SOBRE LA CONEXIÓN INEXORABLE ENTRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

II.1. El dominio tecnológico desde la óptica del Derecho Administrativo.

Estamos ante la era de la información y sus principios, instrumentos y herramientas afectan a todos los ámbitos de nuestra vida, a nuestras relaciones sociales, familiares, laborales, económicas, culturales, educativas, sanitarias, etc. No hay espacio en el que se desarrolle el ser humano que hoy en día en pleno siglo XXI no esté influenciado por componentes y elementos electrónicos y afectado por decisiones derivadas de la suma de algoritmos y de la conjugación de datos; una realidad que afecta al mundo del Derecho y lógicamente al Derecho administrativo que quedará impregnado de nuevos elementos y herramientas que darán forma a principios de actuación esenciales en un escenario que se diseña entre lo material y lo virtual, entre lo tradicional y lo contemporáneo. Un nuevo marco de actuación marcado por la inmediatez y por la celeridad en la toma de decisiones, muchas de ellas ya automatizadas, diseñado sobre un objetivo claro que no es otro que eliminar distancias y ganar terreno al tiempo, un horizonte en el que se activa la vieja quimera con la que sueña el hombre desde hace siglos: romper las barreras del tiempo y el espacio. Si en el siglo XIX fueron aquellas novedosas maquinarias de la industria textil las que junto a imponentes máquinas de vapor y al incipiente telégrafo las que sirvieron para agilizar la labor de los trabajadores, reducir tiempos en recorrer cientos de kilómetros, o conseguir la comunicación a pesar de las distancias, en el siglo XXI son las nuevas tecnologías las que nos ofrecen la posibilidad de conseguir nuestro anhelado sueño. Realizar una compra para nuestro hogar o efectuar una transacción de relevancia para nuestro negocio con empresas que se encuentran a miles de kilómetros, mantener una reunión de trabajo o de ocio con personas que están en otros continentes, conseguir cruzar los océanos en pocas horas o desplazarnos por el territorio nacional o europeo a altas velocidades, son algunos de los logros que las nuevas tecnologías nos ofrecen.

Vivimos en una sociedad digitalizada en la que el uso de la tecnología ha reportado grandes beneficios a ciudadanos y empresas, un contexto en el que las Administraciones Públicas deben también acudir a medios tecnológicos, tanto en sus relaciones con los particulares como en su actuación interna, consiguiendo de esta forma convertirse en organizaciones más eficientes y rentables al servicio de la ciudadanía. Nuestra Administración pública tiene que asumir la responsabilidad de adecuar su forma de actuar a un entorno que ha cambiado, debe adaptar su organización y su actividad a un contexto diferente, y ello no debemos plantearlo como una opción o una facultad sino como una obligación inherente a la esencia de la propia Administración, pues en caso contrario dejaría de servir a unos intereses generales en constante transformación y persuadidos por la modernización tecnológica.

Desde una perspectiva práctica nos encontramos en un momento clave en el que debemos preguntarnos qué es aquello que de la sociedad de la información y el conocimiento está siendo utilizado por terceros de forma óptima y provechosa, y de todo ello, qué podríamos trasladar al día a día de nuestras Administraciones públicas; fijarnos en el procedimiento administrativo y con un mismo fin de utilidad, valorar qué nuevas herramientas podríamos integrar en él para mejorar la gestión y la actuación del sector público. Un objetivo en el que será esencial reflexionar y reconsiderar desde la óptica jurídico-pública, desde el Derecho Administrativo, cada elemento que integra el procedimiento administrativo, analizar qué deberíamos mantener de la actuación cotidiana de nuestras Administraciones al trasladar a ellas el conocimiento y el uso de sistemas tecnológicos, pues seguirían siendo necesarios, y en cambio, qué podríamos eliminar o transformar porque “sobrarían” o tendrían que adaptarse, o incluso innovarse en la actuación administrativa al implementar los nuevos medios digitales.

II.2. Algunos datos reales sobre la posición de nuestras Administraciones públicas en la conquista tecnológica: un gran esfuerzo que va dando sus frutos.

Desde un primer momento ha sido significativa la implicación y apuesta de la Unión Europea en y por la digitalización; en este contexto, entre las actuaciones que cada año desarrolla la Comisión Europea destaca la actividad de supervisión de los avances digitales de los diferentes países de la Unión, que reflejada desde el año 2014 en el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) sirve de guía en el proceso de transformación electrónica; un informe que estructurado en cinco indicadores permite realizar un seguimiento de la evolución de los países europeos en la competitividad digital, valorando los logros y visualizando los fallos y atrasos para focalizar en ellos futuros esfuerzos. Estos indicadores son la

conectividad, el capital humano, el uso de internet, la integración de la tecnología digital y los servicios públicos digitales. A tenor de los datos reflejados en el DESI en el año 2020, la Administración pública española se situaba en el segundo puesto de la UE en relación con los servicios públicos digitales, demostrando un nivel alto de interacción en línea entre los órganos administrativos, los ciudadanos y las empresas³. El 90% de nuestras administraciones están aún en proceso de transformación digital, y aunque entre ellas el 30% ya se sitúa en niveles considerados avanzados, solo el 2% de los organismos oficiales han concluido su proceso de digitalización. En esta línea, reveladores serán los datos relativos a los años 2020 e inmediatamente posteriores, pues se incluirán parámetros de actuación derivados de las medidas que se han ido adoptando para hacer frente a la pandemia provocada por el Covid-19 y que han tenido un impacto significativo en indicadores sociales como el relativo a la conectividad y al uso de los servicios de internet por la ciudadanía⁴.

Al tiempo de programar la realización de la administración electrónica en nuestro país, desde muy temprano se fueron identificando obstáculos que debíamos salvar a la hora de activar la puesta en marcha de su digitalización; trabas normativas, problemas derivados de la propia tecnología, la alfabetización digital⁵, la brecha digital, problemas económicos o la falta de estrategia fueron algunos de los primeros escollos que los poderes públicos tuvieron que afrontar en el camino hacia un nuevo horizonte tecnológico. Sin duda el papel y la responsabilidad que debía desempeñar y asumir el legislador era esencial, nuestras normas no estaban preparadas ni habían sido pensadas para un contexto tecnológico, y era imprescindible realizar cambios para acomodarse a un nuevo escenario. Por otro lado, no podemos negar que la digitalización no se da por igual en todo el mundo ni tampoco dentro de nuestras fronteras; hay desigualdad en el acceso a internet y a las nuevas tecnologías, una realidad que ocasiona desequilibrios entre sujetos y que ha quedado evidenciada en los últimos tiempos con la pandemia del Covid-19. Una inestabilidad que conocemos bajo la denominación de «brecha digital» y en la que los estudiosos vienen fijándose

³ Información ofrecida en línea por el Departamento de Seguridad Nacional (DSN) del Gabinete de la presidencia del Gobierno de España (datos de acceso libre directamente en la web del DSN).

⁴ Desde el primer momento de la pandemia en España se fueron adoptando medidas para garantizar la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas entre la ciudadanía y que esos servicios se prestasen sin problemas durante la crisis sanitaria; las grandes empresas de telecomunicaciones en nuestro país se comprometieron a garantizar la conectividad, el funcionamiento y la supervisión de las redes, procurando un uso responsable de las mismas, acelerándose durante los primeros meses el desarrollo de nuevos usos digitales vinculados directamente con el Covid-19: aplicaciones móviles de autodiagnóstico, análisis de la movilidad de las personas para estudiar el impacto del confinamiento, o el sistema de información centralizado para la coordinación de las necesidades de personal y equipamiento de los hospitales, son algunos ejemplos de ello.

⁵ Se entiende por alfabetización digital el proceso de aprendizaje que permite a una persona adquirir competencias para entender y aprovechar el potencial educativo, económico y social de las nuevas tecnologías.

desde hace más de veinte años. Aunque inicialmente la brecha digital se atribuyó al subdesarrollo, considerándose algo transitorio que desaparecería cuando la tecnología se hiciese popular, el paso del tiempo nos ha demostrado que a pesar del acceso a internet y la intensa comercialización de dispositivos electrónicos la fractura sigue existiendo; ¿cuáles podrían ser entonces las causas?, especialistas en TIC han identificado entre los motivos de esa situación el alto precio de los dispositivos de tecnología más avanzada y la rapidez con la que va cambiando, la falta de conocimientos sobre su uso o el déficit en la infraestructura de acceso⁶. ¿Cuáles serían las consecuencias de la brecha digital?, en este punto se ha acuñado un nuevo concepto el de «discriminación tecnológica» como forma de exclusión social y de pobreza, ya que se priva a parte de la ciudadanía de los recursos esenciales para desarrollarse y generar riqueza. En un mundo cada día más tecnológico es evidente que esa situación tenga efectos negativos entre la población, tales como la incomunicación, el aislamiento, barreras al estudio y al acceso al conocimiento, se acentúan las diferencias sociales (Cáritas, 2021)⁷, e incluso la discriminación sexual (Navarro, 2009)⁸, máxime en periodos de crisis como el que estamos viviendo por la pandemia (Pedraza, 2021). Es por todo ello, por lo que el acceso a las TIC de forma integral representa en pleno siglo XXI uno de los objetivos esenciales de nuestra sociedad: administraciones públicas, agentes económicos y sociedad civil comparten el mismo objetivo de eliminar los desequilibrios derivados de las

⁶ Si nos acercamos a ella podríamos distinguir tres tipos de brecha digital:

a) *Brecha de acceso*, referida a las posibilidades que las personas tenemos de acceder a este recurso, en ella entran en juego las diferencias económicas entre sujetos y países, pues es ineludible que la digitalización reivindica inversiones e infraestructuras muy costosas para algunas regiones (menos desarrolladas y rurales).

b) *Brecha de uso*: hace referencia a la falta de competencias digitales que impiden utilizar de manera adecuada la tecnología (por ej. la mitad de la población no sabe adjuntar un archivo a un correo electrónico).

c) *Brecha de calidad de uso*: algunos usuarios han adquirido las competencias digitales para manejar internet, pero no tienen conocimientos suficientes para hacer un buen uso de la red y sacarle el mayor partido.

Información extraída del informe elaborado por Iberdrola sobre las TIC (2021), accesible en línea: <https://www.iberdrola.com/compromiso-social/que-es-brecha-digital>.

⁷ Hace apenas unos meses podíamos ver como Cáritas Madrid destacaba la labor que desde organizaciones sin ánimo de lucro, entre ellas la misma asociación de Cáritas o la asociación “Madrid Futuro”, se estaban desarrollando diferentes actividades y proyectos, entre ellos el Proyecto Brecha Digital, para contribuir a la reducción de la brecha digital en la Comunidad de Madrid, pues hoy en día aquella está considerada como causa de desigualdad social y en cuya lucha hay que concentrar esfuerzos. Una labor loable ante un problema en el que considero que no solo deben trabajar sectores directamente relacionados con las nuevas tecnologías o las Administraciones públicas, sino que va más allá, debiendo involucrarse con acierto a asociaciones y ciudadanos, pues si bien es un objetivo de interés social, que reivindicará en sí mismo la participación activa de nuestras Administraciones, el papel que en él desempeña la población debe ser protagonista. Ver <https://www.caritas.es/main-files/uploads/2021/04/REVISTA-CARITAS-593-WEB-1.pdf>.

⁸ A esta última se le conoce desde hace algunos años como «brecha digital de género», referida a las diferencias entre hombres y mujeres en el acceso a equipos informáticos y en el uso de dispositivos electrónicos e internet (TIC). Al respecto, en los últimos años han proliferado estudios, principalmente desde la sociología, en los que demuestran y denuncian las diferencias y desigualdades existentes entre hombres y mujeres a la hora de acceder y utilizar las nuevas tecnologías. Cierto es que la brecha de género debe relacionarse con otras variables como la generacional, la formativa o la laboral, pues por ejemplo, a mayor edad las mujeres pierden el interés por el uso y el conocimiento de las TIC, así como entre mujeres sin empleo o con un nivel de estudios no universitario.

nuevas tecnologías; en ese sentido se viene trabajando y buscando soluciones que permitan alcanzar la materialización real del derecho de acceso y uso de las TIC por la ciudadanía (Castell, 2006)⁹. En este punto, debemos destacar la creación del «Observatorio de Brecha Digital» por la Generalitat Valenciana; un órgano colegiado y consultivo que se convierte en foro de participación y encuentro de los distintos sectores, públicos y privados, vinculados a las nuevas tecnologías y al problema de la brecha digital, debiendo colaborar en el diseño de las políticas públicas en materia de brecha digital; sin duda, una iniciativa plausible y que deberíamos imitar el resto de Comunidades Autónomas¹⁰.

Si nos trasladamos al ámbito del sector público seguimos encontrando barreras a la hora de implantar las TIC en el día a día de nuestras Administraciones; entre aquéllas podemos destacar:

- a) La falta de personal especializado en digitalización: el problema es especialmente grave, de hecho, el 67% de las instituciones de nuestro país han tenido que contratar a personal externo porque no hay personal cualificado en ella.
- b) Necesidad de inversiones elevadas en la formación de los empleados de la Administración pública: tres de cada cuatro empleados de la Administración tienen más de 40 años, lo que se traduce en la necesidad de invertir en formación para conseguir facilitar a los empleados el uso de las nuevas herramientas digitales. Se habla de integrar la digitalización en el ADN de la Administración pública.
- c) Adoptar las tecnologías emergentes: con ello conseguiríamos una Administración más ágil, más intuitiva y más útil para el usuario; nos referimos a tecnología como la inteligencia artificial, la biometría o el blockchain.
- d) Cambios en el rol del ciudadano quien debe ser el centro de la estrategia como el cliente para una empresa: en el sector privado, en el año 2019 de casi 1500 millones de euros de la inversión de las empresas, el 23% se destinó a su proceso de digitalización para la transformación de la experiencia de cliente.

⁹ Algunos sociólogos, como el profesor Castell, consideran que internet está siendo el motor de una nueva discriminación, creando un mundo dividido entre aquellos que lo tienen y los que no, aunque junto a la conectividad (acceso a internet) habría que considerar como factores de la brecha digital aspectos como el nivel educativo, la carrera profesional, el trabajo, el origen social y familiar y el nivel cultural.

¹⁰ Decreto 43/2021, de 18 de marzo, de Creación del Observatorio de Brecha Digital en la Generalitat Valenciana (Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 30 de marzo de 2021, núm. 9051).

III. LA METAMORFOSIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL EN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO: ADAPTACIÓN DE PRINCIPIOS, MISMAS GARANTÍAS Y DIFERENTES HERRAMIENTAS.

Desde hace años, en mis clases de Máster sobre Administración electrónica vengo defendiendo que la transformación jurídica de la Administración en electrónica ya no puede limitarse, sin más, al uso de herramientas tecnológicas en la gestión administrativa; muy al contrario, las oportunidades que las nuevas tecnologías nos brindan deben ser aprovechadas por una Administración que en los últimos años reivindica su propia reforma, pues como ya hemos señalado en líneas previas se relaciona con una ciudadanía muy distinta a aquella con la que lo hacía y a la que servía en el siglo XX (Pérez, 1996)¹¹. Una realidad que nos invita a revisar el Derecho administrativo tradicional elaborando un nuevo régimen jurídico adaptando las categorías jurídico-administrativas tradicionales e instaurando algunas nuevas, un momento excelente en el que, como señalaban los profesores Gamero Casado y Fernández Ramos hace algunos años (2016), debemos ir acuñando nuevos conceptos, tales como el de «procedimiento administrativo electrónico común» (Gamero y Fernández, 2016). No faltan las voces que incluso hablan de un Derecho administrativo electrónico, resultado de la fusión entre el Derecho informático (Sánchez, 2003) y el Derecho administrativo, y de la necesidad de dar legitimación a un nuevo lenguaje jurídico derivado de la utilización de las herramientas tecnológicas (Abarca, 2013)¹². Desde que fuese aprobada la Ley de Acceso Electrónico en 2007 somos cómplices del deseo firme del legislador por la renovación de nuestras Administraciones, aceptando que de ella se derivan nuevos principios de actuación y organización, así como de la proliferación de novedosos derechos, ahora digitales, renovadas directrices en las relaciones interadministrativas, instauración de la contratación electrónica, cambios en la regulación del procedimiento administrativo (nuevas formas de

¹¹ En este sentido, desde hace varias décadas, el profesor Antonio PÉREZ LUÑO considera que: “[...] entre los aspectos novedosos de las nuevas tecnologías, que reclaman la capacidad programadora del jurista, ocupa un lugar destacado la necesidad de establecer nuevos marcos teóricos en los que alojar los problemas y cuestiones surgidos de la interacción entre el Derecho y la Informática”.

¹² En palabras del profesor de Filosofía del Derecho SÁNCHEZ BRAVO: “[...] El Derecho de la informática o Derecho informático se delimita así como el sector de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por las normas, resoluciones judiciales y aportaciones doctrinales dirigidos a ordenar, reflexionar y controlar la aplicación de la informática. Se constituye, de este modo, como una rama autónoma y propia del ordenamiento jurídico, que aunque presenta notables conexiones con otros sectores del ordenamiento, de ahí que se le denomine por algunos autores como un derecho que presenta una metodología transversal, merece una consideración independiente dado lo delimitado de su objeto”. En definitiva, podemos entender por «Derecho informático» aquella rama del Derecho que regula los efectos jurídicos derivados de la informática y de las TIC, encargándose además de las transformaciones del Derecho como consecuencia del uso generalizado de herramientas tecnológicas. Destacaríamos por lo tanto la necesidad de transformación de instituciones clásicas y la generación de otras nuevas, pues derivadas del uso de las nuevas tecnologías pueden surgir en las relaciones jurídicas nuevas necesidades, nuevos derechos e innovadoras obligaciones que reivindicarán su atención por el Derecho.

iniciación, de identificación de las partes, notificaciones electrónicas, etc.), o problemas específicos que alteran el régimen tradicional de la responsabilidad patrimonial, son algunas de las novedades que se exponen ante nuestros ojos, que como ciudadanos acogemos con asombro y entusiasmo, y como juristas debemos recibir con ilusión calmada y responsabilidad.

No hay estudio sobre la administración electrónica, sea cual fuere la disciplina desde la que se realice, en el que no se expongan las ventajas y los inconvenientes de su puesta en marcha. No podemos negar que el arranque de esta imponente maquinaria a la que desde hace décadas se ha venido denominando como “Government On Line”, “Administración Clinton”, o “e-Government”, pone encima de la mesa algunos problemas de índole operativo y económico, pero no es menos cierto que los beneficios que reportarían a las Administraciones y a los ciudadanos serían mayores, razón principal por la que se ha apostado por su implantación. Un proceso lento pero firme en el que desde el primer momento, allá por la década de los noventa (s. XX), se consideró esencial identificar las barreras con las que legisladores y Administraciones públicas iban a encontrarse, de esta forma, podían buscarse soluciones que permitiesen superarlas cuanto antes, pues de ello dependía el éxito de nuestra administración electrónica. Como ya vimos, desde el primer momento nos encontramos con inconvenientes diversos tales como el elevado coste en su establecimiento, las diferencias reales y económicas entre Administraciones (es innegable afirmar que la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales han experimentado un ritmo diferente en todo el proceso de implantación tecnológica), las necesidades de formación del personal al servicio de las Administraciones públicas, problemas muchas veces de interoperabilidad en las relaciones interadministrativas, la escasa aceptación por parte de la ciudadanía, bien por la falta de experiencia en el uso de las herramientas digitales, bien por el desconocimiento a la hora de utilizar los programas informáticos de las Administraciones, la desconfianza en este tipo de medios virtuales o la desinformación sobre los servicios que aquellas iban ofreciendo de forma online; circunstancias que se convertían en inconvenientes a la hora de sopesar la aceptación y uso de las nuevas tecnologías por los ciudadanos y que una vez reconocidos había que afrontar y buscar soluciones de mejora. Hoy en día, los datos relativos a la utilización de medios electrónicos por Administraciones y por la población son significativos y optimistas, pues nos reportan un sentir diferente al de hace tres décadas.

Cada día las Administraciones presentan mayor información y canales de comunicación a través de diferentes medios tecnológicos (buzones de atención al usuario, sistemas de Chatbot, teléfonos de contacto, etc.) y cada día son más numerosos los servicios que ofrecen a través de sus oficinas virtuales (sedes

electrónicas), de la misma forma, las relaciones interadministrativas mediante instrumentos electrónicos van creciendo a un ritmo considerable (comunicaciones electrónicas, sistemas compartidos a través de la Red SARA, o el uso de la plataforma de intermediación de datos son algunos ejemplos de ello). El acceso y la utilización de internet se ha multiplicado entre la población, abarcando cada día más tramos de edad, incluso aquellos en los que la brecha digital es más acusada, llegando a un grado adecuado de aceptación de herramientas digitales destacando principalmente algunos sectores como el tributario o el de la denominada e-sanidad: presentación online de la declaración de la renta por los particulares, comunicaciones electrónicas ante requerimientos de pago, petición de cita médica a través de internet (o teléfono) o el uso de la receta médica electrónica son algunos ejemplos de ello (Picón *et al.*, 2016)¹³.

III.1. Revisión de principios y nuevos postulados en una institución que sigue siendo garantía para los ciudadanos.

Es innegable el carácter garantista de nuestro procedimiento administrativo en las relaciones entre ciudadanos y Administraciones públicas; su regulación y su reserva de ley, consagradas en el propio texto constitucional (art. 105), representa una auténtica protección para todo aquel que deba o quiera relacionarse con la Administración (García de Enterría y Fernández, 2004)¹⁴. El cómo estructurarse, en qué condiciones llevarse a cabo y a través de qué medio, son cuestiones que debe proteger en legislador, todo ello en aras a mantener la esencia del procedimiento administrativo. Sin lugar a dudas, entre las funciones y la utilidad del procedimiento destaca como principal la función de garantía, pero no será la única que la doctrina administrativa viene destacando como verdadero exponente de la esencialidad del procedimiento en el día a día de nuestras Administraciones públicas. Velar y garantizar los derechos e intereses que pudieran verse afectados por la decisión de un órgano administrativo es un requisito sustancial y un indicador claro de que nuestra Administración goza de buena salud, pero no podemos olvidar además, que gracias al seguimiento de un iter jurídico, de un camino específico y predeterminado, la Administración podrá resolver con información suficiente, justificar y motivar su elección de forma adecuada, en ejercicio de una competencia conferida por la propia norma, en definitiva, evitaríamos que la Administración

¹³ Más de 78% de la población conoce la historia clínica electrónica, casi el 65% la cita médica a través de internet y cerca del 60% la receta electrónica.

¹⁴ Arbitrar garantías que permitan la defensa de los derechos e intereses individuales es un exponente claro del principio de legalidad, de asegurar la sumisión de la Administración al Derecho; entre ellas se posiciona el procedimiento administrativo como la primera de las garantías, en palabras del profesor García de Enterría «[...] en tanto que supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligatoriamente a través de unos cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima».

fuese arbitraria poniendo en peligro la protección del propio interés general. Una realidad en la que podemos destacar las tres funciones a las que hacía referencia el profesor Esteve Pardo como propias del procedimiento administrativo: función legitimadora (la resolución estará suficientemente legitimada si es fruto de la consecución fiel de actos que conforman el procedimiento, y ello hará que aquella sea incuestionable), de garantía (como decisión con la que velamos por el respeto y cumplimiento de los derechos e intereses que pudieran verse afectados) y racionalizadora y objetiva (suficientemente motivada) (Esteve, 2011).

Si esa misma reflexión la trasladamos a un procedimiento administrativo ahora electrónico, en el que vamos a utilizar las nuevas tecnologías, no podemos olvidar que la protección y el mantenimiento de garantías de derechos e intereses de los sujetos sigue latente al tiempo de diseñar ese nuevo procedimiento digital (Valero, 2019), es más, desde la doctrina administrativa se ha llegado a afirmar que deberíamos aprovechar el potencial de las TIC para reforzar la efectividad de los principios básicos de nuestro sistema democrático y de derecho (Cerrillo, 2016). Afirmaciones ambas con las que estoy completamente de acuerdo.

III.2. Un nuevo diseño como oportunidad hacia la simplificación procedimental.

III.2.1. La búsqueda constante por la sencillez en la actuación administrativa.

Origen que lleva a buscar de manera casi constante medidas para mejorar, simplificar y agilizar la actuación de las AAPP. Eliminar trabas que supongan un coste y una carga innecesaria para ciudadanos y Administraciones; dar fluidez a los procedimientos administrativos y conseguir la eficiencia en la actuación administrativa cotidiana. Para ello, en pleno siglo XXI, no podíamos sino que internalizar el uso de las nuevas tecnologías en el día a día de unas Administraciones públicas que se presentaban obsoletas y de actuación tediosa tres décadas después de la gran reforma constitucional. La ciudadanía ha cambiado, la sociedad ya no se conforma con largas listas de espera, con el “vuelva usted mañana”, sus transacciones comerciales por medios electrónicos, su relación con bancos y entidades financieras a un solo “clic”, la reserva de un billete de tren desde el salón de tu casa, la reclamación del importe por un vuelo suspendido con tu móvil, o la matriculación en la Universidad a través de sistemas informatizados de automatrícula, son el reflejo fiel de una comunidad muy distinta a la del siglo XX. La misma sociedad a la que sirve con objetividad la Administración, la cual se verá retada por su propia razón de ser que no es otra que dar cumplimiento a los intereses generales, a los intereses de esa sociedad transformada; una afirmación que obliga a las AAPP a estar a la altura del nuevo perfil social, todo un tsunami digital para el que debemos estar preparados Administraciones y ciudadanía en su conjunto.

La simplificación en los procedimientos administrativos es sin duda una de las grandes asignaturas pendientes de nuestra disciplina; recordemos cómo en la Ley de Procedimiento de 1958 el legislador ya nos decía en su Exposición de Motivos que en la actuación administrativa debían imperar principios como el antiformalismo y la simplificación; un escenario que llevó a aceptar solicitudes sin que aquellas reuniesen todos los requisitos preestablecidos, instaurando la posibilidad de la subsanación y cuyo plazo, de diez días, se ha mantenido hasta hoy, como podemos ver en el art. 68 de la LPAC, y de esta forma poder agilizar la tramitación del procedimiento de que se trate. Igualmente, esa búsqueda hacia procedimientos más sencillos motivaron el uso de nuevos medios en las comunicaciones entre órganos administrativos, así como en las notificaciones a terceros, nos referimos al uso del telegrama, sin duda todo un avance derivado del impulso industrial del siglo XIX, y que podríamos considerar precursor del internet del siglo XX.

Unos principios que en un escenario como el actual en el que impera el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en nuestro día a día, reivindicarán su uso en la actuación y diseño de nuestras Administraciones públicas, dibujando estructuras orgánicas y procedimientos administrativos sobre redes de conexión que permitirán trasladar parámetros de inmediatez y comunicaciones instantáneas, que traspasarán los viejos muros de una veterana Administración que desde hace décadas sueña con un verdadero cambio, ahora impregnado de aires tecnológicos.

Tras varias modificaciones puntuales en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, integrando el uso de las nuevas tecnologías en la actuación administrativa, entraría en escena la Ley 11/2007, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Una norma estatal que si bien pecaría de discreta y silenciosa, representaría el primer gran paso de nuestras Administraciones hacia su verdadera modernización, caracterizada ahora por el uso de las TIC dentro y fuera de sus “fronteras”. La clave de ello fue la transformación de una *simpática* potestad de las Administraciones a relacionarse con los ciudadanos a través de medios electrónicos en obligación y deber, un imperativo que el legislador camuflaría en forma de derecho, al reconocer directamente el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos en su artículo 1º. Solo si la Administración asumía la responsabilidad de convertirse en electrónica podría materializar el derecho que el legislador otorgaba a la ciudadanía, una vieja declaración de intenciones que en 2007 comenzaba a coger forma con firmeza y seguridad, un compromiso de adaptación de la organización y de la actividad administrativa a nuevos tiempos y que supondrían el auténtico reto para legisladores y gobiernos que debían transformar a nuestras Administraciones públicas en organizaciones al servicio de

una ciudadanía distinta, más moderna, más exigente, más digital, y ello en ejercicio de parámetros de buen gobierno con un horizonte de una buena administración adaptada al siglo XXI. Un legado que sería acogido en otras normas estatales como la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, la Ley 15/2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, hasta llegar a la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público.

III.2.2. Especial referencia a la triple “A” (Actuaciones Administrativas Automatizadas) como herramientas de simplificación administrativa.

La llegada de la robotización y la inteligencia artificial (en adelante IA) a las Administraciones públicas debería servir para simplificar y agilizar las actuaciones administrativas, eliminando trabas burocráticas y haciendo más transparente la toma de decisiones de sus órganos en el ejercicio de sus funciones (incluso minimizando la corrupción). La “triple A” (actuación administrativa automatizada) que poco a poco se va consolidando entre la normativa sobre procedimiento administrativo y va siendo acogida por las distintas Administraciones se encuentra en un estado de crecimiento efectivo. El legislador estatal recogió en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público la definición de Actuación administrativa automatizada, en su artículo 41.1 se establece que: [...] *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.*

Si bien, hoy en día no todas las actuaciones integradas en un procedimiento podrían convertirse en “triple A” conforme a las directrices normativas vigentes, pues algunas de ellas serían imposibles de incluir en un programa informático sin espacio alguno para la decisión y la voluntad (elemento clave y diferenciador). En este punto, la aplicación de técnicas de IA serían francamente útiles, pues nos situarían en un espacio intermedio entre las actuaciones administrativas automatizadas puras, y la toma de decisiones tradicional por parte de empleados públicos; una realidad que va ganando terreno día a día y que nos llevará inevitablemente en un futuro próximo a revisar el concepto mismo de “actuación administrativa automatizada” en caso de utilizar métodos de IA en el desarrollo conductas que hoy en día no tendrían cabida en las actuaciones automatizadas tal

y como la entendemos actualmente (y que muy bien resume el legislador en el art. 41 de la LRJSP) (Muñoz, 1998)¹⁵.

III.3. La interoperabilidad como principio pacificador hacia la administración electrónica.

Otro de los elementos que son clave en el desarrollo y puesta en marcha de la administración electrónica y en ella de la consolidación del procedimiento administrativo electrónico es la interoperabilidad. Algunos estudiosos, como el profesor Gamero, han llegado a considerarla como el verdadero desafío del siglo XXI pues será clave en el rediseño de una nueva Administración con vocación digital (Gamero, 2009); una idea capital que comparto plenamente y a la que me referí en mi estudio sobre las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas. Como ya expuse en su momento, la interoperabilidad es la esencia y el corazón que impulsará la implantación de la Administración electrónica sin la que sería imposible hablar de relaciones electrónicas interadministrativas (Rivas, 2019). En esta línea, ya en 2003 la Comisión Europea nos recordaba que hablar de interoperabilidad no es hacerlo de una simple cuestión técnica reducida a la conexión entre redes informáticas, sino que integrar la interoperabilidad como pieza de desarrollo de la administración electrónica en Europa debía ir más allá por cuanto ello permitiría no solo el intercambio de información entre redes, sino además la reorganización de los procedimientos administrativos para conseguir que la Administración fuese más ágil y eficiente; una realidad que no solo afectará a las Administraciones de los distintos Estados miembros en sus relaciones entre sí sino también a su actividad con empresas y con el sector privado en general, al mismo tiempo que con la ciudadanía. Aunque el Marco Europeo de Interoperabilidad se elaboró y presentó en 2002, en el año 1999 la Comisión ya identificó la necesidad de la interoperabilidad entre las Administraciones públicas, y desde entonces viene respaldando programas y actuaciones con las que pueda desarrollar, promover y usar soluciones de interoperabilidad en la Unión Europea. Aquél año se presentó la Decisión 1719/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, en la que se identificaban proyectos de interés común relativos a las redes transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre Administraciones, proyectos que podrían realizarse si se garantizaba la

¹⁵ Aunque pudiera parecernos un tema de “última generación” hablar de IA (Inteligencia Artificial), debemos considerar que algunos administrativistas ya se habían fijado en ella al tiempo de realizar sus estudios sobre el sector de las telecomunicaciones, allá en la década de los noventa, al tiempo de experimentarse los primeros grandes cambios del sector, como el profesor Santiago Muñoz Machado quien nos recordaría a modo de llamada de atención el papel esencial que estaban ocupando las nuevas tecnologías, y en ella la aparición de la inteligencia artificial, sin duda un descubrimiento que para algunos científicos debía situarse como el tercer gran acontecimiento de la historia del universo, tras la propia creación del universo y de la propia vida (E. Fredkin).

interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas. Junto a ella, se presentaría la Decisión 1999/1720/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, por la que se aprobaba un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre Administraciones, así como el acceso a las mismas.

En nuestra Ley de Acceso Electrónico de 2007 ya se definía qué es la interoperabilidad, teniendo por tal a «la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos» (Anexo), incluyéndose entre los elementos de la actuación administrativa electrónica, considerados por el propio legislador como comunes a todas las Administraciones y esenciales en la actividad diaria de nuestro organismo público (Preámbulo). Integrada en un primer momento entre los componentes de cooperación interadministrativa, la interoperabilidad se identificaba como factor protagonista en la apuesta por el impulso de la administración electrónica (cooperación en el uso de medios electrónicos) (Martínez, 2017)¹⁶; una fusión inmediata entre colaboración e interoperabilidad recogida entre los principios generales derivados de la utilización de las nuevas tecnologías de la información en el artículo 4 de la LAE, aunque su autonomía como principio jurídico se reconocería en el artículo 10.3 de la propia Ley¹⁷. Como ya nos recordaba el legislador en el artículo 41 de la Ley de Acceso Electrónico esa interoperabilidad no sería solo técnica, sino también debía ser semántica y organizativa; era esencial prevenir situaciones de discriminación que pudieran derivarse de la elección tecnológica por parte de los ciudadanos, pues no olvidemos que la consagración y materialización real del derecho a relacionarse y comunicarse con las Administraciones públicas a través de medios electrónicos lleva aparejada la obligación esencial de que no existan obstáculos que pudieran impedir su ejercicio en condiciones de libertad e igualdad, entrando en juego un principio fundamental y específico de la administración electrónica como es el de la **neutralidad tecnológica**. Para evitar que todas estas encomiendas “cayesen en saco roto” el legislador prevé la necesidad de diseñar un Esquema Nacional de Interoperabilidad. Con fecha de 8 de enero de 2010 veía la luz el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, aprobado por Real Decreto 4/2010, en cumplimiento del artículo 42.3 de la Ley

¹⁶ Como sostiene el profesor Martínez Gutiérrez hablar de interoperabilidad es hacerlo de cooperación tecnológica.

¹⁷ Artículo 4 de la Ley de Acceso Electrónico: e) **Principio de cooperación** en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas **al objeto de garantizar tanto la interoperabilidad** de los sistemas y soluciones adoptados por cada una de ellas **como**, en su caso, **la prestación conjunta de servicios** a los ciudadanos. En particular, se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación que se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley.

de Acceso Electrónico. Estándares abiertos, o al menos los de uso generalizado, interconexión de redes entre Administraciones públicas, reutilización de sistemas y aplicaciones, o transferencia de tecnología, se convierten en pilares del nuevo diseño administrativo. Siguiendo la estela de la Ley de Acceso Electrónico, en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1671/2009, se incluían directrices relacionadas con la interoperabilidad; un legado que ha sido acogido tanto por las Leyes de Procedimiento y de Régimen jurídico del Sector Público (art. 3.2 de esta última), como en el nuevo Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos de marzo de 2021 (Real Decreto 203/2021 de 30 de marzo).

La comunicación entre Administraciones públicas, el envío y la recepción de datos, el flujo de conocimiento, en definitiva, compartir información entre ellas de forma segura será primordial en un escenario de “Administración electrónica”, lo que nos permitirá además reducir las cargas tanto a los órganos de tramitación de los procedimientos administrativos como a los ciudadanos, agilizando de esta forma la comunicación entre todos ellos. Una pieza esencial de la que dependerá en gran medida el correcto funcionamiento del nuevo escenario digitalizado.

Si nos trasladamos al ámbito andaluz, en el Decreto 622/2019 no podían faltar las referencias a la interoperabilidad y su inclusión entre los principios esenciales en materia de administración electrónica. Es en el artículo 3 del Decreto, tras la declaración de los principios que deben orientar el diseño tanto de procedimientos como de la organización administrativa sobre criterios de simplificación y racionalización, se relacionan los principios derivados directamente de la administración electrónica; entre ellos, y junto a los de accesibilidad y no discriminación, seguridad, conservación, proporcionalidad, impulso de la actuación administrativa automatizada y usabilidad, se incluye la interoperabilidad. Un requisito que de nuevo en forma de principio se vuelve a utilizar en la norma andaluza al tiempo de regular los formularios que deben elaborarse por la Administración autonómica en aras a conseguir de manera efectiva que los ciudadanos puedan relacionarse con los órganos administrativos a través de medios electrónicos; así mismo, la interoperabilidad se consagra entre los principios del punto de acceso electrónico del artículo 14, pues sin ella el acceso por parte de los ciudadanos a la información y a los servicios disponibles de forma telemática no sería posible. Pero como ya hemos apuntado, la interoperabilidad no solo afectará a las relaciones externas de nuestros órganos administrativos, aquellas que mantiene con la ciudadanía (particulares y empresas), sino que será sustancial garantizarla en las comunicaciones entre órganos de la Administración andaluza, una premisa que se contempla en el artículo 29. No cabe duda que es esencial que Administraciones y particulares se muevan en entornos interoperables que

permitan no solo el entendimiento entre las partes sino además la comunicación entre ellas.

III.4. La Inteligencia artificial como instrumento procedimental.

En relación a la inteligencia artificial (a la que popularmente nos referimos con las siglas “IA”) sería realmente interesante buscar cómo se aplica y qué soluciones utiliza el sector privado para analizar y reflexionar sobre la posibilidad de trasladarlas al sector público. En primer lugar, debemos acotar qué entendemos por inteligencia artificial, ese uso de algoritmos que como una constelación de tecnologías conseguirán que las máquinas puedan percibir, comprender, actuar, decidir y aprender para ampliar las capacidades humanas; en definitiva, lograr la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, planificar, aprender, comunicar o incluso, por qué no, soñar. Un escenario en el que la apuesta será sin duda la colaboración entre humanos y máquinas (Criado, 2021). La consecución de la IA sería un exponente de la hegemonía humana sobre la razón por la que al mismo tiempo se ceden parcelas de raciocinio a máquinas artificiales.

Volviendo al ámbito de las Administraciones públicas, estas podrían combinar datos gracias a soluciones de IA (es más, no olvidemos que ellas son poseedoras prioritarias de infinidad de datos, incluso de acceso restringido para el resto de la población) y de esta forma, con toda esa información combinada mejorar la asistencia de los ciudadanos (que a fin de cuentas somos los “clientes” de las Administraciones); por ej. para ofrecer una vida más saludable mediante la utilización de soluciones de inteligencia artificial podrían emitirse avisos de revisiones médicas periódicas básicas o especializadas (según patologías previas y antecedentes genéticos), desde la realización de una analítica por motivos de control rutinario, a la alerta de pruebas específicas anuales o bianuales de revisión o que fuesen propias de un proceso médico activo, o la emisión de diagnósticos de pruebas realizadas¹⁸; comunicar

¹⁸ Actualmente en el ámbito sanitario se está utilizando la IA para una interesante gama de casos que van desde la gestión de quejas hasta Chatbots del servicio de atención al paciente, realizar análisis financiero y empresarial, o para llevar a cabo diagnósticos de enfermedades; la IA puede procesar y analizar los datos del paciente con mayor eficiencia que cualquier ser humano, lo que ofrecería una mejor atención y esta más personalizada. Es cierto que un médico puede interpretar los resultados de una prueba (por ej. los valores de la toma de la tensión arterial), pero con soluciones de IA se pueden generar verdaderos bancos de datos de cada paciente y con el conjunto histórico, cruzando los datos, se podrían diagnosticar enfermedades graves con muchísima más antelación. Este tipo de uso, en el que se trabaja con datos personales del paciente podría plantear preocupaciones relacionadas con la privacidad y la seguridad de los mismos; el no cumplir con los protocolos de seguridad podría acarrear enormes consecuencias financieras (responsabilidades derivadas) y para la propia reputación del centro de salud o del sistema de salud en caso de ser público. Un problema al que se enfrenta el sector sanitario es la falta de especialistas con conocimientos técnicos; se considera que el sector sanitario sería adecuado y de objetivo principal para las herramientas de aprendizaje automático o aprendizaje automatizado (como el autoML); con la aplicación de estas técnicas que permiten a la computadora ir aprendiendo de la propia experiencia – por ej.- cuando

a aquellos segmentos de la población que pudieran estar interesados en la oferta de empleo público (con remisión de temarios actualizados para su preparación –organizados y diseñados por la propia Administración pública, pues es ella quien debe ser la primera interesada en la correcta formación de su personal potencial–), también avisos de oportunidades laborales en el sector privado por parte de empresas que acuerden con la Administración la difusión de esta información (y con la que vamos a compartir datos), porque estaríamos ante empresas en las que podríamos encajar según nuestra formación; información de cursos de especialización ofrecidos por empresas privadas (con acuerdo previo) y por las Administraciones públicas; becas, subvenciones y ayudas a las que podríamos acceder acorde a nuestro perfil académico, profesional, laboral, cultural y social (incluidos los viajes del IMSERSO); asistencia continuada durante la tramitación de procedimientos administrativos con la máxima información: desde la iniciación del procedimiento de que se trate, ya sea a instancia del interesado o ya sea de oficio (pensemos en un procedimiento sancionador), en este punto la colaboración humana-máquina/robot será esencial. Pero también el uso de soluciones de IA a nivel interno, para la gestión de su propio personal, de su componente material, gestión de compras necesarias, revisión de sus edificios e infraestructuras, así como de sus mecanismos de seguridad (por ej. en el transporte), renovación de arrendamientos, revisión de los deslindes del DPMT, control de actuaciones de inspección, del rendimiento de los trabajadores, etc. Con todo ello se podrán reducir costes, mejorar la atención al ciudadano, minimizar riesgos (y aumentando la seguridad), optimizar recursos, mejorar los servicios que se ofrecen, etc.

Si las Administraciones públicas utilizasen soluciones de inteligencia artificial conforme a la tecnología actual podríamos automatizar técnicas que no requiriesen determinadas capacidades humanas (otras en cambio, como hemos visto, serían necesarias y ya han sido “cedidas” a la tecnología), aquellas en las que no hubiese una toma de decisión en la que interviniesen márgenes de intuición o discrecionalidad por motivos externos, de esta forma estaríamos liberando al personal público de tareas, pudiendo dedicarse a otras que requiriesen un trato más personal y especializado.

un Chatbot amplía su vocabulario o sus respuestas, o cuando nos va reconociendo la voz, conseguimos que el agente aprenda, que consiga adquirir una habilidad y que la desarrolle no estando presente en su genotipo (rasgos iniciales), una realidad en la que será fundamental el uso de métodos científicos y matemáticos. Hay sistemas de aprendizaje automático en los que se intentará eliminar cualquier necesidad de conocimiento experto para llevar a cabo el análisis de datos y otros, en cambio, se presentan como soluciones informáticas en las que se establecerá un marco de colaboración entre el experto y la computadora (necesitamos de márgenes de intuición -médico + computadora-). OJO, en realidad la intuición humana no se elimina de forma absoluta porque el diseñador del sistema será quien especifique la forma de representación de los datos y qué mecanismos de interpretación y manipulación va a utilizar.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA: DESCUBRIENDO NUEVOS SENDEROS.

IV.1. La normativa como motor y las nuevas tecnologías como brújula y guía hacia la buena administración en Andalucía.

A la hora de reflexionar sobre el tratamiento normativo del procedimiento administrativo en nuestra Comunidad Autónoma debemos situarnos, como punto de partida, en el art. 31 del Estatuto de Autonomía; un artículo en el que se regula el derecho de los andaluces a una buena administración, entendiendo por tal el derecho a la actuación de la Administración autonómica proporcional y en armonía con sus fines, a potenciar fórmulas de participación ciudadana en las decisiones que pudieran afectar a la colectividad, así como en la toma de decisiones de forma objetiva, imparcial y en plazos razonables. Objetivos que se traducirían desde una perspectiva procedimental en la apuesta clara y directa por la simplificación, la agilidad y la racionalización de los procedimientos administrativos, en sintonía con el resto de principios generales de las Administraciones públicas hoy día recogidos en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (como desarrollo del artículo 103.1 de la CE), así como en el artículo 133 del propio Estatuto de Autonomía.

Las nuevas tecnologías se presentaron hace décadas como herramientas idóneas que ofrecían la oportunidad para agilizar la tramitación de los expedientes, “*oportunidades de mejora*” a la que se refería el legislador estatal en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, todo un referente en la implantación de las nuevas tecnologías en el quehacer de nuestras Administraciones públicas, y que a modo de legado recogerían los diferentes legisladores autonómicos y, entre ellos, el legislador andaluz en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía¹⁹. La eficacia, la transparencia, la colaboración y cooperación entre Administraciones públicas, la proximidad a la ciudadanía, la buena administración, la calidad de los servicios y la racionalización, simplificación y agilidad de los procedimientos,

¹⁹ El Gobierno autonómico ya era consciente años antes de la aprobación de la Ley sobre Administración andaluza en 2007 de la necesidad de aceptar los cambios derivados de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, afrontando los retos y aprovechando las oportunidades de aquella, como quedó reflejado en el documento elaborado desde la Consejería de la Presidencia andaluza en el año 2003, bajo el título *Andalucía Segunda Modernización. Estrategias y propuestas*, edit. Junta de Andalucía, Sevilla. Un alegato a favor del uso de las nuevas tecnologías por el sector público andaluz como herramienta indiscutible de una nueva sociedad que era fruto de la revolución digital. Un documento en el que se declaraba que derivado del protagonismo de la Administración sobre la vida de los ciudadanos y en la economía, la demanda de la simplificación tanto organizativa como procedimental era un objetivo preferente de actuación inmediata; premisa que llevaría al Ejecutivo autonómico a aprobar el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regulaba la información y atención al ciudadano y la tramitación de los procedimientos administrativos por medios electrónicos, hoy derogado por el Decreto 622/2019.

fueron algunos de los principios generales de organización y funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía que se incluyeron en la Ley; principios que nos resultarían familiares y que nos recordaban a la ya derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aprobada una década antes y en la que, como norma de desarrollo del artículo 103.1 de la Constitución, no habría ni rastro de digitalización ni referencia alguna a la administración electrónica entre sus preceptos. Sí en cambio en nuestra Ley reguladora del funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Junta de Andalucía, en la que se traslada el sentir que desde 2003 había impregnado la actuación administrativa. Recordemos que fue en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, en el que se regularon las primeras directrices sobre procedimientos administrativos electrónicos en el seno de la Comunidad Autónoma andaluza, debiendo cada una de las Consejerías ir aprobando las correspondientes Órdenes en las que se establecería la tramitación electrónica de diferentes procedimientos de su competencia, utilizando los medios que fuesen necesarios para reducir y simplificar su tramitación²⁰. Entre otras, la no aportación por los interesados de aquellos documentos que obraban en poder no solo de la Administración andaluza sino de cualquier Administración pública, debiendo preverse mecanismos de consulta y transmisión de datos entre órganos y unidades administrativas, así como la necesidad de suscribir los convenios que fuesen necesarios con terceras Administraciones para poder acceder y consultar sus respectivas bases de datos.

IV.2. Un nuevo impulso a la administración electrónica: el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre.

A finales de 2019 aprobaba el Gobierno andaluz el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (en adelante, el Decreto). Una norma en la que se regulan aspectos horizontales y comunes de la actuación cotidiana de la Administración andaluza con el objetivo último de conseguir agilizar su actividad, haciéndola más accesible y sencilla para el ciudadano y consiguiendo de esta forma resultados más eficientes. Un conjunto de principios y directrices orientadas a mejorar el servicio y que se han soportado sobre dos pilares esenciales: por un lado, establecer técnicas con las que poder conseguir la simplificación organizativa y de los procedimientos administrativos, fundamentalmente eliminando cargas procedimentales, y por otro lado, avanzar en la implementación

²⁰ Hasta ese momento, únicamente se había contemplado el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos para efectuar comunicaciones entre órganos administrativos e interesados, siempre y cuando así se hubiese contemplado en la norma reglamentaria correspondiente; un medio opcional, que no era de obligado cumplimiento ni para órganos administrativos ni para los propios ciudadanos. Posibilidad regulada en el Decreto 204/1995, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos (BOJA núm. 136, de 26 de octubre de 1995).

de la administración electrónica en el ámbito público andaluz. Dos loables objetivos que como veremos en estas líneas se complementan en su puesta en escena.

IV.2.1. Mejoras en el procedimiento administrativo y nuevas tecnologías: principios generales.

Acorde a los objetivos y finalidades del Decreto 622/2019 recogidos en los artículos 1 y 2, se consagran principios generales relativos a cada uno de los dos basamentos sobre los que se sustenta la norma: por un lado, los relativos a la simplificación organizativa y procedimental (que sin duda nos recuerdan al esquema seguido en su momento por el legislador estatal en la ya derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en su artículo 3), y por otro lado, se consignan principios orientados a la instauración de la administración electrónica. Entre los primeros se dan cita la eficacia y la eficiencia, el servicio efectivo a la ciudadanía, la celeridad, la economía procedimental y organizativa, la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, así como la transparencia administrativa. Unos principios que nos resultan familiares, acogidos desde hace décadas por legisladores, así como por Administraciones públicas entre normas reglamentarias sobre directrices de gobierno y administración. Aunque el tratamiento es similar al que se ha dispensado en la mayoría de las normas estatales y autonómicas, limitándose a plasmar a modo de lista los principios que deben imperar en el diseño de cómo han de organizarse las administraciones públicas y cómo deben funcionar, quizá hubiese sido una buena oportunidad, la que nos ha brindado el Decreto andaluz 622/2019, para incluir algunas indicaciones sobre cómo funciona cada uno de estos principios en un contexto novedoso como es el de la administración electrónica²¹. Entre los principios relativos a la administración electrónica se incluyen la accesibilidad y no discriminación, la eliminación de la brecha digital, la seguridad, la conservación, la interoperabilidad, la proporcionalidad, el impulso de la actuación administrativa automatizada (la triple “A”), y la usabilidad. Aunque

²¹ En este sentido podemos destacar la opción del legislador balear en la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de buena administración y buen gobierno de las Illes Balears, en la que se incluyen en su artículo 3, al tiempo de establecer los principios que deben informar la actuación administrativa, pequeñas pinceladas sobre su contenido. En cuanto al principio de servicio efectivo a la ciudadanía, el legislador autonómico nos dice que se tendrá por tal: [...] a) *Orientación a la ciudadanía: la ciudadanía y la satisfacción de sus necesidades reales son la razón de ser de la administración pública. Los servidores y las servidoras públicos tienen que actuar en el ejercicio de sus funciones con voluntad de servicio a la sociedad y tienen que perseguir siempre el interés general. Asimismo, mantendrán la imparcialidad y la equidad en el trato, el servicio y la administración de los intereses de la ciudadanía [...].* Muy significativo también la descripción de “simplicidad y comprensión” indicando que: [...] g) *Simplicidad y comprensión: la Administración de la comunidad autónoma utilizará las técnicas y los métodos que permitan la simplificación de trámites, la eliminación de procedimientos innecesarios y la disminución de los tiempos de respuesta. Las normas y los procedimientos administrativos tienen que ser claros y comprensibles para la ciudadanía. Además, los medios públicos de información de los servicios tienen que utilizar un lenguaje accesible [...].* La eficacia y la eficiencia, así como la transparencia y la celeridad son algunos de los restantes principios que el legislador balear incluye en su exposición.

bien podríamos echar de menos algunos otros principios a los que los legisladores estatal y autonómicos nos tienen acostumbrados, los del artículo 3 del Decreto son sin duda fruto de un ejercicio de razonamiento sosegado, con los que se deja entrever el anhelo por conseguir esa unidad mínima, de la que nos hablaba el profesor García de Enterría hace varias décadas, en el diseño de esta institución jurídica que es el procedimiento administrativo, y que hoy en día podemos incluir la del «procedimiento administrativo electrónico».

IV.2.2. *La simplificación y racionalización procedimental y organizativa de la Administración andaluza.*

IV.2.2.1. Nuevos parámetros y criterios de actuación.

Dividido en dos y sobre un mismo objetivo de simplificación, el artículo 6 del Decreto ordena por un lado las bases que deben considerarse relativas a las fases procedimentales, y por otro lado, directrices que afectan a las cargas derivadas de aquellas, con especial preocupación en mejorar las relativas a la aportación de documentos por los ciudadanos. A modo de lista de obligado cumplimiento se establecen en el artículo 6.2 las reglas que los titulares de la potestad normativa (legislador autonómico y ejecutivo) deberán seguir a la hora de diseñar nuevos procedimientos administrativos, así como al tiempo de revisar los existentes. La máxima de todos ellos será mejorar la relación Administración-ciudadano, haciéndola más ágil y diligente, en la que el uso de herramientas digitales y tecnológicas juegan un papel fundamental en pleno siglo XXI.

Sobre los principios del artículo 3 del Reglamento sobre administración electrónica en Andalucía se configuran nuevos criterios que las Administraciones deberán seguir en aras a alcanzar procedimientos más rápidos y sencillos, así como con el fin de reducir las cargas que de ellos se derivan y que caen sobre los interesados. Como materialización sólida de los principios de eficacia y eficiencia, la Administración andaluza deberá trabajar para eliminar aquellos procedimientos administrativos que no tengan ya utilidad, así como los trámites que supongan dilaciones procedimentales, e incluso unificar procedimientos que por sus características así lo permitan; criterios junto a los que se adhiere como regla la reducción de los plazos en la tramitación de un procedimiento, siempre que ello sea viable. Llegados a este punto quisiera lanzar al aire un interrogante que desde hace tiempo me conduce a la reflexión sobre uno de los elementos clave del procedimiento administrativo, máxime cuando este es electrónico, me refiero a los plazos. Dada la voluntad de los legisladores, tanto estatal como autonómicos por eliminar trámites presenciales y dirigir las actuaciones de los ciudadanos a un escenario completamente electrónico, sobre todo al establecer grupos/interesados que están obligados a priori y por disposición legal o/y reglamentaria a relacionarse con las

Administraciones públicas a través de medios electrónicos (art. 14 de la LPAC), quizá el régimen de plazos tradicional y la categoría de días inhábiles pierde sentido en aquellos supuestos en los que estemos ante procedimientos con este tipo de interesados; desde la perspectiva del ciudadano como actuante ¿qué sentido tendría mantener un calendario de días inhábiles en una relación jurídica en la que el particular deberá relacionarse a través de un medio digital que puede estar operativo las 24 horas de los 365 días del año como lo está el Registro electrónico?, o ¿por qué el legislador no ha cambiado la regla general del cómputo de días en un marco de actuación en el que predomina el procedimiento electrónico, primando los días naturales sobre los hábiles?, quizá este tipo de cuestiones estén aún germinando, máxime si se plantean desde la óptica de la Administración pública, cuyo personal sí está vinculado a un horario concreto, pero que podría ofrecer respuestas claras y bien diferentes cuando la Administración acoja actuaciones administrativas automatizadas con carácter general o incluso utilice algunas de las técnicas de inteligencia artificial a que nos referimos en líneas previas y que el sector privado viene integrando en su día a día.

La «proactividad administrativa», nos dice la norma, es otro de los criterios que la Administración andaluza deberá acoger en el diseño de sus procedimientos electrónicos, pero ¿qué es exactamente la «proactividad»?; según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, «proactivo» es “*aquél que toma activamente el control y decide qué hacer en cada momento, anticipándose a los acontecimientos*”, si lo trasladamos al quehacer administrativo podríamos encontrarnos con la necesidad de que nuestras Administraciones fuesen quienes “*tomasen la iniciativa*”, que actúen de oficio en procedimientos administrativos que hoy en día se inician a instancia de parte, esto es, que fuese ella y no el ciudadano el que alertase al sujeto cuando pudiese solicitar una ayuda o una subvención, pues sabría que cumple los requisitos para ello, que estaría en disposición de pedir una licencia para realizar “x” obras consideradas como necesarias dada la antigüedad de su inmueble, gestionase de oficio la devolución de ingresos indebidos, o alertase al joven que tendría la oportunidad de solicitar unos estudios concretos de Grado pues son los que más se ajustan a su perfil y a sus calificaciones, todo ello como resultado de cruzar los datos que obrasen en poder de la Administración. De esta forma la Administración podría hacer efectivos derechos de los que el sujeto es titular sin que medie solicitud previa; pensemos por ejemplo su utilidad en procedimientos reglados o en aquellos supuestos en los que se dan derechos preexistentes. La Administración pública pasaría de ser una mera servidora de los intereses generales a hacer la vida más fácil a los ciudadanos. Un objetivo para el que la utilización de herramientas digitales y el diseño de sofisticados programas informáticos serán la clave, sin los cuales difícilmente podría conseguirse su materialización. Un escenario en el que la tramitación de los procedimientos

causarían las mínimas molestias al particular, llegando en la prestación de servicios a niveles de excelencia (Almonacid, 2020).

Otro de los criterios que afectan al procedimiento en su fase de instrucción y que se incorpora entre las reglas de actuación en pro hacia la simplificación procedimental es la relativa al diseño de modelos con los que se facilitaría la elaboración de informes preceptivos que múltiples órganos administrativos deben emitir en no pocos procedimientos. Sin duda, un objetivo realmente interesante desde la óptica de la gestión interna, que sin duda agilizaría la respuesta por parte de órganos de consulta a la hora de elaborar y declarar su parecer en modo de informe.

La automatización en la actuación administrativa es otra de las grandes apuestas de la Junta de Andalucía reflejada en el Decreto, cuyo primer objetivo serán los procedimientos reglados. La agilización de las comunicaciones reduciendo tiempos de espera entre órganos administrativos, el protagonismo del principio de desconcentración en la organización administrativa derivando competencias en órganos jerárquicamente dependientes o la orientación a la ciudadanía son algunas de las restantes medidas en las que la Administración autonómica debe poner su atención y todo su esfuerzo, contando para ello con herramientas tecnológicas.

En el apartado 3º del artículo 6 del Decreto se incluyen los criterios orientados a la reducción de cargas derivadas de la soportada obligación en que consiste la entrega de documentos para el ciudadano, máxime cuando debemos hacerlo de aquellos que obran en poder de alguna Administración pública. En este punto será esencial fomentar la normalización documental, así como la declaración responsable y la comunicación, con estas últimas la entrega de documentos se podrá realizar en un momento considerado idóneo (en el trámite de audiencia, y ya no junto al escrito de solicitud), evitando la “acumulación” de documentos (aunque recordemos se ubicarán en archivos electrónicos) y la multiplicación de datos en manos de organismos públicos. La comunicación entre Administraciones públicas y la transmisión de datos entre ellas será fundamental; para ello, la seguridad en las comunicaciones, el acceso a estos datos exclusivamente por los funcionarios habilitados, la confidencialidad en su tratamiento, su conservación, la trazabilidad, o la interoperabilidad se convierten en requisitos de obligado cumplimiento con los que aseguraremos que el procedimiento administrativo electrónico sigue siendo paradigma de garantía (Gómez Puente, 2019)²².

²² Muy elocuentes las reflexiones del profesor Gómez Puente en su monografía sobre el procedimiento administrativo electrónico; entre ellas quisiera resaltar ahora el lugar destacado que el autor concede al tratamiento de la seguridad y la protección de datos de carácter personal en la puesta en marcha de la administración electrónica, en la que debemos articular mecanismos que garanticen los derechos y las libertades de los ciudadanos ante los posibles riesgos derivados de la acogida de las nuevas tecnologías.

Todo un conjunto de medidas y criterios que no solo deberán tenerse en cuenta en relación con las nuevas normas (disposiciones reglamentarias y anteproyectos de ley de nueva elaboración), sino también a la hora de dar cumplimiento a la revisión normativa a que se refiere el artículo 9 del Decreto. Al tiempo de elaborar un nuevo proyecto normativo recordemos que, de conformidad con el artículo 129 de la LPAC, deberán respetarse los principios de buena regulación; de esta forma, conforme al principio de proporcionalidad la propuesta deberá contener solo la regulación imprescindible, y en materia de procedimiento administrativo deberán establecerse únicamente los trámites que realmente fuesen necesarios, asumiendo la obligación de justificarlos cuando se incorporen nuevos trámites o diferentes a los contemplados en la normativa sobre procedimiento administrativo común. Tanto los proyectos de disposiciones reglamentarias como los anteproyectos de ley deberán ser informados por el órgano directivo central con competencia en materia de organización de los servicios públicos y simplificación administrativa, un informe que si bien no será vinculante tendrá carácter preceptivo. De esta forma reforzamos la garantía en el cumplimiento de los criterios de simplificación. En esta línea, resulta muy útil el «Manual para la simplificación de los procedimientos administrativos y agilización de trámites» a que se refiere el artículo 13 como guía de orientación para facilitar el análisis, diagnóstico y mejora de los procedimientos administrativos.

Paralelamente, la Consejería con competencia en materia de administración pública asume el compromiso y la obligación de elaborar, al menos cada cuatro años, los *planes de calidad y simplificación*. En orden al artículo 130 de la LPAC, en el que se regula la necesidad de que las Administraciones públicas revisen y adapten la normativa vigente a los principios de buena regulación, el Decreto andaluz consagra en el artículo 9, como instrumento de simplificación, los «Planes de Calidad y Simplificación Normativa»²³. Una figura que nos resulta familiar desde hace algún tiempo por su acogida a nivel estatal, pues desde antes incluso de que fuese aprobada la nueva Ley de Procedimiento, anualmente cada Ministerio elabora su propio «plan de simplificación y reducción de cargas» (que es como se denominan), plasmándose los resultados en un informe que se elabora desde el Ministerio con competencia en materia de administración pública (actualmente, el Ministerio de Política Territorial y Función Pública)²⁴. Pero no ha sido la única vez que el Gobierno andaluz adopta este tipo de herramientas de simplificación

²³ Simplificación y calidad normativa eran dos objetivos esenciales sobre los que se había estado trabajando en la fase preparatoria de las dos leyes estatales de 2015, de procedimiento y de Régimen Jurídico, como recordaba el legislador en el propio Preámbulo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: [...] la necesidad de dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, de acuerdo con el proyecto general de mejora de la calidad normativa que inspira todo el informe aprobado por la CORA.

²⁴ En octubre de 2014, por Resolución de 7 de octubre, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, se hacía público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de septiembre de 2014, por el que se tomaba conocimiento del Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Adminis-

normativa; aunque focalizado en la actividad económica, apenas unos meses más tarde, en marzo de 2020, se aprobaba el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía; en él se instaura el «Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía», que junto a la constitución de la Comisión Interdepartamental para la promoción de la industria en nuestra Comunidad, se trabajaría para identificar las barreras que determinados sectores de nuestra economía se encuentran al tiempo de relacionarse con la Administración y al objeto de poner en marcha su actividad, constatando la necesidad de agilizar y simplificar procedimientos administrativos relativos a varias materias: sector energético, medioambiental, salud, ordenación del territorio, y urbanismo, entre otras. En el marco del Plan de Mejora de la Regulación Económica, en marzo de 2021, se ha presentado un informe de “remodelación” normativa, proceso en el que se han revisado más de 440 procedimientos con incidencia en la actividad económica regulados en normativa autonómica, de los cuales se ha considerado que cerca del 20% de ellos tienen trámites que podrían ser objeto de simplificación²⁵.

IV.2.2.2. Registro y Catálogo de Procedimientos y servicios.

Desde el Decreto 622/2019, y relacionado con el objetivo de simplificación administrativa, se crea el «Registro de Procedimientos y Servicios», un inventario de procedimientos administrativos y servicios de cuyo mantenimiento se responsabiliza la Consejería de la Junta de Andalucía con competencia en materia de administración pública, encargada de la coordinación y del seguimiento de la calidad de la información²⁶. Estamos ante un registro único cuyos fines están

tración General del Estado, desde el que se instaura la figura de los denominados «Planes de simplificación administrativa y reducción de cargas»:

[...] Las Subsecretarías departamentales, en coordinación con los órganos, organismos, agencias y entidades de derecho público vinculados o dependientes de cada Ministerio, identificarán anualmente en un Plan de simplificación administrativa y de reducción de cargas, los procedimientos de su ámbito ministerial objeto de revisión en ese periodo, planificación que incluirá su análisis y, en cada caso, posterior propuesta de reducción de cargas, con las decisiones y propuestas normativas que correspondan, junto con los plazos temporales para su consecución. Al finalizar enero de cada año, y con referencia al Plan anual inmediatamente anterior, las Subsecretarías remitirán a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos) información de las propuestas y decisiones adoptadas y de las ejecutadas en aquel periodo. Su esencia daría contenido sin duda al que sería, un año más tarde, el artículo 130 de la LPAC.

²⁵ Durante el año 2021 se ha estado trabajando para agilizar los mecanismos de intervención de la Administración en la actividad empresarial, para eliminar trámites de intervención pública considerados innecesarios, y que hacen referencia a las autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. La idea que impera es la de sustituir las autorizaciones por declaraciones previas o comunicaciones, trasladando el control de la Administración a posteriori en lugar de hacerlo a priori. Sobre esta opción que baraja el grupo de trabajo de simplificación hay posiciones contrapuestas entre los estudiosos del Derecho administrativo, pues mientras hay quienes consideran que la labor de control se garantiza de igual forma que en las autorizaciones con el uso de cualquier de las otras dos figuras, hay voces que sostienen que en determinadas actividades el control posterior al inicio de la misma puede tener consecuencias negativas e incluso difíciles de reparar.

²⁶ Cada Consejería deberá gestionar en el Registro la información de los procedimientos de su competencia, así como de los de sus agencias y consorcios, asumiendo la responsabilidad de la integridad, veracidad y actualización de los datos que aparecen en él.

bien definidos en la propia norma: servirá para identificar y conocer todos los procedimientos administrativos y los servicios existentes en el ámbito de la Administración autonómica, se dará homogeneidad en cuanto a la información de cada procedimiento y de cada servicio; se facilitará la gestión administrativa de aquellos, y con él y con el Catálogo de procedimientos y servicios a que se refiere el artículo 11 del Decreto se da cumplimiento a la obligación de publicidad que tiene la Administración pública andaluza sobre esta materia²⁷. Instrumentos de información a los que hoy en día tenemos acceso a través de la web de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía de la Junta de Andalucía, aunque bien es cierto que el Registro no es público, por lo que únicamente como particulares podremos acceder a información muy básica relativa a su funcionamiento y su estructura²⁸. Sí en cambio podemos obtener información de los procedimientos administrativos, así como de los servicios de la Administración autonómica, a través del Catálogo. Este último se presenta como instrumento de publicidad activa, que en palabras del legislador autonómico se tendrá por tal aquella información que obra en poder de los poderes públicos y cuya difusión le corresponde por propia iniciativa (Exposición de motivos de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía)

²⁷ El artículo 21.4 de la Ley 39/2015, establece que las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizados en su portal web, a efectos informativos, la relación de procedimientos de su competencia, así como los aspectos fundamentales de dichos procedimientos. En el ámbito andaluz, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía ya recogía este compromiso por parte de las administraciones andaluzas en el artículo 14: **Información sobre procedimientos, cartas de servicios Y participación ciudadana.** Las administraciones públicas andaluzas publicarán la información relativa a:

- El catálogo actualizado de los procedimientos administrativos de su competencia, con indicación de su objeto, trámites Y plazos, así como en su caso los formularios que tengan asociadas. Se indicará específicamente aquellos procedimientos, total o parcialmente, tramitación electrónica.*
- Las cartas de servicios elaboradas con información sobre los servicios públicos que gestiona la comunidad autónoma Andalucía, los informes sobre el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos, así con la información disponible que permita su valoración.*
- Una relación de los procedimientos en los que sea posible la participación de la ciudadanía mientras se encuentran en trámite.*

²⁸ Los procedimientos en el registro se clasifican en familias. Actualmente está dividido en 12 familias, que son las siguientes:

- Comunicaciones previas, autorizaciones, acreditaciones e inscripciones registrales.
- Subvenciones, becas y premios.
- Evaluación y certificación.
- Operaciones con bienes, expropiación y reversión.
- Económicos y financieros.
- Sancionadores.
- Conciliación, mediación y arbitraje.
- Información, quejas, sugerencias y agradecimientos.
- Elaboración de disposiciones.
- Recursos humanos.
- Prestaciones sociales y sanitarias y protección de menores.
- Convenios, responsabilidad patrimonial y revisión de la actuación administrativa.

Los distintos órganos públicos de la Junta de Andalucía sí podrán acceder a la información contenida en el Registro, para ello será necesario solicitar la conexión por la persona titular del servicio o unidad TIC, utilizando el formulario que aparece en la web de la Consejería, y dirigirla a la Dirección General de Transformación Digital.

(Lafuente, 2017)²⁹. La información del Catálogo de procedimientos administrativos se recoge directamente y de forma automática del Registro, estando actualmente a disposición del ciudadano en el «portal de atención a la ciudadanía». Estamos ante herramientas que considero muy adecuadas en un marco como el actual y que ya han sido acogidas por otras Comunidades Autónomas ofreciendo buenos resultados³⁰. Actualmente, en el Catálogo hay 2.080 recursos disponibles, de los cuales al cierre de este estudio (septiembre de 2021) solo 1.451 están disponibles (abiertos).

IV.2.2.3. Formularios, información básica y seguridad jurídica.

Sin duda, una forma de facilitar a los ciudadanos su relación con la Administración puede ser ofreciéndoles formularios para la realización de trámites en el seno de un procedimiento administrativo (Núñez, 2020)³¹. Aunque como regla general en la LPAC sigue primando el derecho del ciudadano a configurar su propio documento para relacionarse con la Administración, y que será aceptado siempre y cuando aquél tenga un contenido mínimo establecido (como en el caso de las solicitudes del art. 66.1 de la LPAC - información considerada esencial para dar inicio al procedimiento de que se trate), en el año 2015 el legislador estatal, al tiempo de regular el procedimiento administrativo común, da un paso más respecto a la regulación predecesora. Si bien es cierto que en la Ley de 1992 ya se obligaba a las Administraciones públicas a diseñar y establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se tratase de procedimientos masivos, esto es, que implicasen resoluciones numerosas, en ningún momento a lo largo de la

²⁹ La publicidad activa se diferencia de la información pública en que en esta última es la ciudadanía la que solicita de los poderes públicos los datos y la información que está en su poder. Aunque a priori podría parecer que solo en este último caso estaríamos ante un verdadero derecho de los administrados, el derecho a acceder a esa información, en muchos supuestos es la propia norma la que instrumentaliza la publicidad activa como un derecho a disponer de cierta información, que se deriva de la obligación misma que tiene la Administración a dar publicidad de aquella; como sería el caso del Catálogo de procedimientos administrativos y servicios.

³⁰ Igual que la Comunidad Autónoma andaluza, las restantes Comunidades Autónomas han ido aprobando y creando sus propios registros y/o catálogos de procedimientos administrativos y servicios, indicando el nivel de digitalización en el que se encuentran cada uno de aquellos. En este sentido, el Parlamento de Canarias aprovechó la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, para instaurar la necesidad de que la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias pusiese en marcha el catálogo de procedimientos administrativos (art. 23). En la recién estrenada Ley aragonesa 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, también se regula el Catálogo de procedimientos administrativos y Servicios prestados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin duda una opción acertada desde la óptica de la transparencia de nuestras Administraciones.

³¹ Sin perjuicio de que, como han advertido algunos estudiosos, en los términos en los que se redactado el artículo 12 del Decreto andaluz podría llegar a limitarse la capacidad de expresión de los interesados, puesto que como se verá más adelante estamos ante la imposición en su uso cuando así se hayan establecido los formularios en procedimientos administrativos específicos. Sobre ello, son muy elocuentes las palabras de la profesora Núñez Lozano en el Informe que sobre el mismo elaboró al tiempo de su entrada en vigor, recordando que el mantenimiento en el propio texto de las referencias a posibles situaciones de error o equívoco en el uso por parte de los interesados de los formularios correctos durante la tramitación de un procedimiento, y la posibilidad de subsanación previo requerimiento de la administración actuante, en los términos que aparecían en la redacción inicial del mismo, hubiesen fortalecido las garantías de los interesados; juicio, este último, con el que estamos completamente de acuerdo.

norma el legislador llegó a exigir su uso al ciudadano, dejando que fuese este quien eligiese si utilizarlos o no, una opción similar a la que ha mantenido el legislador en la LPAC, como podemos ver en el artículo 66.4, conservando la obligación de las Administraciones a establecer modelos normalizados para los supuestos de solicitudes masivas, pero recordando, esta vez de manera expresa, que su uso es voluntario. Junto a esta regla general, nos encontramos con que en el artículo 66.6 de la Ley 39/2015, se establece la posibilidad de que las normas que regulen los procedimientos administrativos puedan crear modelos específicos para la presentación de solicitudes, en cuyo caso serán de uso obligatorio por los interesados, una premisa que debemos hacer extensiva al resto de trámites de un procedimiento. Como vemos, al tiempo de regular un procedimiento cuando el legislador o la administración, esta última por vía reglamentaria, especifiquen el uso de formularios en diferentes trámites que se integren en él, deberán ser utilizados obligatoriamente por los interesados, difuminándose la regla general de la libertad de elección e imponiéndose la especificidad. Quizá la opción acogida por el legislador no sea la más aceptada o la más popular desde la óptica del ciudadano, pero tal vez sí que es la más coherente en un escenario con un procedimiento administrativo electrónico en el que el sujeto irá adentrándose en un sistema informatizado, utilizando soluciones informáticas, en las que se irán incorporando formularios electrónicos específicos para realizar los diferentes trámites de ese procedimiento, agilizando de esta forma la comunicación con la Administración.

Una regulación que ha sido completada en el ámbito andaluz en el artículo 12 del Decreto. Los formularios tendrán que inscribirse en el Registro de Procedimientos y Servicios, deberán configurarse utilizando un lenguaje inclusivo, ser redactados de forma clara, incluir las instrucciones de cumplimentación y que esta sea intuitiva para el interesado, en ellos además, deberá incorporar una cláusula con la que se garantice la protección de datos de carácter personal, e indicar qué documentos son de aportación obligatoria, debiendo permitir a los interesados manifestar su oposición expresa a la consulta de aquella información conforme al art. 28 de la LPAC³². Deberá incluirse un espacio en el que el interesado pueda indicar el medio elegido para hacer efectivas las notificaciones, salvo que el sujeto estuviese obligado a relacionarse por medios electrónicos (art. 14 de la LPAC); igualmente para indicar una dirección de correo electrónico o dispositivo electrónico para recibir los avisos de las notificaciones. Cuando los formularios tengan carácter obligatorio porque así se establezca expresamente en la norma de aprobación deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

³² En relación a la entrega de documentos, recordemos que en el artículo 28 de la LPAC se establece que el interesado tiene derecho a no aportar documentos que ya obren en poder de la Administración actuante o de otra administración, pudiendo recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello.

IV.3 El impulso de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo y en la gestión documental.

La segunda gran apuesta del Gobierno andaluz en el Decreto de 2019 ha sido la utilización de medios electrónicos en el desarrollo y la gestión de su actividad diaria, así como en la prestación de servicios a la ciudadanía. Para ello, será fundamental ir acogiendo los medios adecuados evitando cualquier tipo de discriminación, a la que ya tuvimos la oportunidad de referirnos más arriba. Una discriminación tecnológica, derivada del uso de las TIC, que deberá prevenir la Administración andaluza llevando a cabo para ello distintas acciones con las que evitar situaciones de «exclusión digital». En relación a este último, aunque estamos ante un concepto “joven”, el de «exclusión digital», no es la primera ni la única vez que se utiliza entre la normativa andaluza³³; poco antes de que se aprobase el Decreto 622/2019, en la Ley 4/2018, de 8 de mayo, del Voluntariado de Andalucía, el legislador hacía una llamada de atención sobre este concepto, al tiempo de establecer los diferentes tipos de voluntariados en el art. 7; de esta forma, se incluía la exclusión derivada del uso de las nuevas tecnologías entre las causas de rechazo social que debían ser objeto de atención por Administraciones y ciudadanía. En la letra l) del art. 7.1 referido el legislador nos decía que: *1. Se consideran ámbitos de actuación del voluntariado, entre otros, los siguientes: l) Voluntariado digital, con la función de acercar la tecnología a poblaciones con riesgo de exclusión digital que pretende mejorar las competencias digitales de las personas que por diferentes motivos no tienen posibilidad de acceder a la tecnología, evitando la «brecha digital» que los separa de la nueva sociedad de la información.* Toda una apuesta por la eliminación de las barreras tecnológicas³⁴.

Una de las herramientas electrónicas que desde la óptica del ciudadano considero que deberíamos incluir entre las más interesantes del nuevo marco tecnológico, y que evidenciarían que nuestra administración electrónica goza de buena salud, es la «Carpeta Ciudadana»³⁵. Un instrumento con mucho potencial al que se le

³³ La primera vez que se utiliza a nivel normativo el término de «exclusión digital» sería en el ámbito de la Unión Europea, concretamente en la Decisión 2001/48/CE, de 22 de diciembre, del Consejo, por la que se adopta un programa plurianual comunitario de estímulo y el uso de contenidos digitales europeos en las redes mundiales y de fomento de la diversidad lingüística en la sociedad de la información (DOL de 18 de enero de 2001, núm. 14). En ella ya se hacía alusión a una de las grandes preocupaciones que los Estados miembros destacaron en el Consejo Europeo de Lisboa, que era la de evitar la exclusión digital en la naciente sociedad de la información. Ya dentro de nuestras fronteras, la Comunidad Autónoma de Castilla y León sería la pionera al recogerlo en su Acuerdo núm. 117/2005, de 20 de octubre, por el que se suscribía la *Declaración de Principios para construir la Sociedad de la Información, con motivo de la primera celebración del Día de Internet* (Boletín Oficial de Castilla y León de 25 de octubre de 2005, núm. 206).

³⁴ Comunidades Autónomas como Cantabria han dado un paso más otorgando legitimación jurídica a la noción de «área con riesgo de exclusión digital» o también llamadas «zonas blancas». En la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, también se habla de «exclusión digital», concretamente en el artículo 97 al regular las políticas de impulso de los derechos digitales, en las que se establece como uno de sus objetivos fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital.

³⁵ A la que se le han dado otras denominaciones, como la “Mi Carpeta” en el País Vasco.

venía dando muy poco valor a nivel usuario, pero cuya realidad poco a poco se ha ido transformando desde el comienzo de la pandemia, incrementándose tanto el conocimiento como la utilización de aquella por los ciudadanos. Con un nivel de desarrollo óptimo, esta facilitaría sin duda el ejercicio de nuestros derechos ante la Administración. El Gobierno de la Junta de Andalucía incluye algunas pinceladas entre el articulado del Decreto sobre la «Carpeta Ciudadana» en el ámbito autonómico: su acceso a través del punto de acceso general electrónico, de las sedes electrónicas e incluso de las aplicaciones móviles que se han diseñado al efecto; qué tipo de información nos brinda esta carpeta, y cómo poder acceder de manera segura (medios de identificación electrónica), así como los órganos responsables de su gestión, de su puesta en marcha y supervisión tecnológica³⁶. Para dotar a aquella de cierto contenido conceptual, pues en el Decreto no se incluye una definición, esto es, ¿qué es realmente la «Carpeta Ciudadana»? , podemos acudir al 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. Si bien es cierto que ni el artículo 7, en el que nos vamos a fijar en primera instancia, ni el artículo 8 en el que se regula expresamente la carpeta ciudadana del sector público estatal, tienen carácter básico, reparar en ellos es inevitable. Del artículo 7.3 del Real Decreto 203/2021, podríamos extraer una buena descripción de qué es una carpeta ciudadana: *[...] un área personalizada a través de la cual cada interesado, mediante procedimientos seguros que garanticen la integridad y confidencialidad de sus datos personales, podrá acceder a su información, al seguimiento de los trámites administrativos que le afecten y a las notificaciones y comunicaciones en el ámbito de la Administración Pública competente.* Por lo tanto, en ella la esencialidad será su propio contenido, esto es, la información que de nosotros tienen las Administraciones públicas y que de forma segura han volcado en esta carpeta y ponen a nuestra disposición con las máximas garantías de seguridad. En un escenario como el nuestro en el que del diseño territorial y del principio de descentralización administrativa surge una pluralidad de Administraciones públicas, así como de nuestro sistema de distribución de competencias, por ello, y ante la ausencia de un único sistema que unifique todos nuestros datos en uno, nos vamos a encontrar con diferentes “carpetas ciudadanas” en cada una de las Administraciones públicas, tengamos o no relación con ellas, esto es, tendremos tantas carpetas como administraciones públicas hayan activado este servicio.

Otro de los grandes retos tecnológicos por parte de nuestras Administraciones, y que desde el primer momento llamó mi atención, no tanto por el despliegue tecnológico que supondría, sino desde mi humilde posición como jurista

³⁶ La Consejería con competencia en materia de administración pública se encargará de la gestión y supervisión de la carpeta ciudadana en Andalucía, y del soporte tecnológico lo hará la Consejería competente en materia digital (apartado 4 del art. 38 del Decreto).

por el efecto que su consagración normativa supondría en las relaciones interadministrativas, una verdadera apuesta por el principio de colaboración entre Administraciones públicas, y cuya materialización es realmente complicada en infinidad de ocasiones (Rivas, 2019: 178). Me refiero a la puesta en acción de plataformas y sistemas electrónicos de intermediación de datos, tales como la Red SARA a nivel estatal o la Red NEREA en Andalucía, para conseguir que la “no aportación de documentos” que se consagra como pilar del modelo de administración electrónica, pueda hacerse realidad. La transmisión de información de unas a otras, la obtención de datos en poder de terceras Administraciones, la verificación y comprobación de documentos o información que transfiere el interesado en el desarrollo de un procedimiento pero de la que no dispone el órgano actuante, etc., son sin lugar a dudas nuevas situaciones a las que debemos hacer frente desde el Derecho Administrativo del siglo XXI.

Otro de los desafíos principales que tenemos encima de la mesa en relación con el procedimiento administrativo electrónico es la digitalización de los documentos. Sin duda, la conversión digital de miles y miles de documentos que llegan a las dependencias administrativas debería ser aprovechado para agilizar los procedimientos administrativos, máxime en un formato electrónico en el que se convierte en necesidad. Con ellos, la Administración recibe de un ciudadano información y datos, que deberá reutilizar en futuros procedimientos que se tramiten con esa misma Administración o con otra. De la entrega de documentos digitalizados deberían extraerse además datos básicos, esenciales y reutilizables que irán desde el domicilio, la Dirección Electrónica Habilitada, en caso de tenerla, el teléfono, la dirección de correo electrónico, la edad, el lugar de nacimiento, estado civil, número de hijos, nivel de estudios, experiencia laboral, etc. con los que la Administración pública podrá ser poco a poco proactiva, en cuyo caso podrá dirigirse al ciudadano para ofrecerle servicios y prestaciones de las que pudiera ser beneficiario, y cumpliendo de esta forma con uno de sus principales objetivos. Para la digitalización y gestión de documentos la Junta de Andalucía debe seguir fomentando el desarrollo de soluciones y programas informáticos que den soporte a estas funciones; en este punto, el Decreto de 2019 en su artículo 37 establece que los sistemas de información que produzcan o custodien documentos electrónicos deberán inscribirse en el Registro General de los Sistemas de Información de la Junta de Andalucía, pues desde él se podrá realizar el seguimiento y el control de la producción y custodia de documentos electrónicos de la administración autonómica, así como de las obligaciones y responsabilidades que conlleva³⁷.

³⁷ Del mantenimiento del Registro General de Sistemas de Información de la Junta de Andalucía se encarga a día de hoy la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABARCA MONTERO, J.G (2013), “¿Preparados para el e-Government?, consideraciones en torno al procedimiento administrativo electrónico”, *Ars Bonit et Aequi* (año 9), núm. 2.
- ALMONACID LAMELAS, Víctor (2020) en “La administración proactiva: actuaciones de oficio como salvaguarda de los derechos reglados de los ciudadanos”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 227.
- CASTELL, M. (2006), “Internet y la sociedad red”, *Contrastes: Revista cultural*, núm. 43.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016), “El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción”, en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 2-104.
- CRIADO, J.I. (2021). “Inteligencia Artificial (y Administración Pública)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20.
- ESTEVE PARDO, José (2011) , *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, editorial Marcial Pons.
- GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coordinadores) (2008): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Navarra, Thomson / Aranzadi.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2009) “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor”, en *Revista de Administración Pública* núm. 179.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, edit. Cívitas, 12ª edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R (2004), *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen II (novena edición), Madrid, editorial Cívitas.

GOMEZ PUENTE, M. (2019), *La administración electrónica. El procedimiento administrativo digital*, Thomson Reuters-Civitas, 1ª ed.

GRANADOS, Ignacio (2002): “Utopías y realidades del gobierno electrónico en España. Mapa descriptivo”, *Cultura & Política @ Ciberespacio, 1er Congreso Online del Observatorio para la CiberSociedad, Comunicaciones – Grupo 8, Democracia y participación ciudadana en la sociedad interconectada*.

LAFUENTE BENACHES, M. (2017) “Publicidad activa y medios propios de la Administración pública”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 45, Iustel.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2017) en «Relaciones interadministrativas por medios electrónicos», en la obra colectiva coordinada por los profesores VALERO, FERNÁNDEZ RAMOS y GAMERO, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998) *Servicio Público y Mercado. Volumen II: las telecomunicaciones*, edit. Cívitas, Madrid.

NAVARRO BELTRÁ, M (2009), “La brecha digital de género en España: cambios y persistencias”, en *Feminismo/s* núm. 14, Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad de Alicante.

NUÑEZ LOZANO, M.C (2020) “Avances en la simplificación administrativa y administración electrónica: Informe”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 106.

ORTEGA, Luis (1993): “Nuevas tecnologías y procedimiento administrativo”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* (nº 18 Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común): pp. 211 – 218.

PEDRAZA BUCIO, Claudia Ivette (2021), “La brecha digital de género como vértice de las desigualdades de las mujeres en el contexto de la pandemia por Covid-19”, en *Revista de Filosofía*, vol. 49, núm. 136.

PÉREZ LUÑO, A. E (1996), *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona.

PICÓN MARTÍN, E., CEBRIÁN BARRANCO, S., y MORALES GARCÍA, J.J, (2016) “Las TIC y la cronicidad: panorama español”, en la obra colectiva *Administración pública y nuevas tecnologías* (Dirigida por Ariana Expósito Gázquez), Almería, edit. ACCI y Universidad de Almería.

RIVAS CASTILLO, M.I (2019), “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en la obra colectiva ZAMBONINO PULITO, M. (directora): *Buen Gobierno y buena administración. Cuestiones clave*, Madrid, edit. Iustel, 1ª ed.

RODRÍGUEZ-ARANA Muñoz, Jaime (2009): “El derecho administrativo en el siglo XXI”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)* (nº 13): pp. 627 – 643.

SANCHEZ BRACO, A. (2003), “Derecho de la Informática”, *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*, edit. Iustel.

SANJUÁN GARCÍA, Pablo (2010): “La E-Administración: ¿es común el procedimiento administrativo electrónico?”, *Lex Nova: La revista* (Nº 59): pp. 18 – 21.

VALERO TORRIJOS, Julián (2004): *El régimen jurídico de la E-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo* (Granada, Editorial Comares).

VALERO TORRIJOS, J. (2019), “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración” en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58.

LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS.

Lourdes de la Torre Martínez¹

I. INTRODUCCIÓN.

La notificación es el mecanismo por el que se da traslado al interesado del contenido de un acto administrativo, y está relacionada directamente, por tanto, con el concepto de seguridad jurídica y del derecho a la defensa, reconocido en el art. 24 CE (Ramos, 2017: 221). Por ello es necesario que el administrado sea informado del contenido del acto en el que es interesado para que pueda adoptar las medidas precisas para su efectividad y para ejercitar su derecho de defensa, tanto en caso de actos favorables como desfavorables. La notificación constituye, por un lado, un deber de la Administración y, por otro, una garantía para el administrado, que necesita de cierta colaboración de éste para su perfeccionamiento².

Partiendo del concepto tradicional de notificación administrativa, iniciamos el estudio de la notificación electrónica, en el entorno del reconocimiento de

¹ Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén
ORCID: 0000-0001-5295-0807
lotorre@ujaen.es

² Si bien, quien se niegue a recibir una notificación puede estar causándose un perjuicio a sí mismo, ya que, tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial esa resistencia deliberada a ser notificado va a tener consecuencias que van a perjudicar sus derechos, entre otras, se va a tener por practicada igualmente la notificación, le van a precluir plazos por lo que perderá la oportunidad de realizar actuaciones dentro del procedimiento que puedan beneficiarle y, en vía judicial, se le declarará en rebeldía, posición nada ventajosa (Cerdá, 2020: 92-93). Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional ha declarado, por un lado, que el régimen de las notificaciones forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, garantizada por el art. 24.1 CE (STC 113/2001, de 7 de mayo, FJ 6) y, por otro, que el administrado podrá invocar la existencia de indefensión cuando, de manera injustificada, vea cerrada la posibilidad de proteger sus derechos o intereses legítimos con el consiguiente perjuicio real y efectivo (STC 130/2006, de 24 de abril, FJ 6).

un derecho a una buena administración digital³. En particular, nos centramos en los supuestos en los que determinados sujetos tienen obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y en el análisis de un caso particular: qué sucede cuando se notifica en papel a estos sujetos y qué validez tiene esa notificación.

II. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DIGITAL.

En España el punto de partida en la regulación de la denominada Administración electrónica⁴ data de la aprobación de la, ya derogada, Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que recogía un conjunto de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos (art. 6).

Por su parte, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en 2010 contempla el “derecho a una buena administración” y consiste en el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable (art. 41)⁵.

En la actualidad, de un lado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) recoge un conjunto de derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas y distingue cuándo hay y cuándo no hay obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (arts. 13 y 14 respectivamente). De otro lado, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de

³ No puede perderse de vista que nos encontramos ante una época especialmente vertiginosa en el mundo entero y en la cual, a juicio de JIMÉNEZ-BLANCO, “parece haberse perdido la menor esperanza de previsibilidad: todo o casi todo se encuentra dislocado o incluso abiertamente hecho trizas. La tecnología (la ‘digitalización’, con su arsenal de palabras nuevas: *bitcoin*, *block chain*, *Smart cities*, ...) se ha aliado con la globalización para dar lugar a un mundo que (ahora sí) no es más que un pañuelo y en el que las cosas interactúan, pero en el que, en revancha, han vuelto a aparecer, espoleados por los movimientos migratorios, toda suerte de nacionalismos, aldeanismos y tribalismos, que han alcanzado incluso a los países anglosajones, los modernos, el Reino Unido y USA, que hasta ahora parecían mostrarse adalides del cosmopolitismo y estar situados a resguardo de este tipo de virus”. (Jiménez-Blanco, 2019: 16.).

⁴ Una visión general sobre la nueva de la Administración electrónica puede verse en: (Martínez, 2016). Un conjunto de reflexiones generales sobre algunos de los aspectos problemáticos que plantea la regulación del uso de los medios electrónicos contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) lo encontramos en (Martín, 2018: 1-47).

⁵ En concreto este derecho incluye: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones (art. 41, apartado 2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea). Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) de 30 de marzo de 2010. Algunos autores hablan incluso de éste derecho como “derecho fundamental a una buena Administración.” (Martínez, 2007: 250).

actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, también contempla el derecho y la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (art. 3)⁶.

Por último, en 2021 se ha aprobado la Carta de Derechos Digitales que, aunque no tiene carácter normativo, pretende fijar un marco de referencia para la acción de todos los poderes públicos. En particular, recoge, entre otros, los “derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas”. En particular, se promoverán los derechos de la ciudadanía en relación con la inteligencia artificial, reconocidos en la citada Carta, en el marco de la actuación administrativa, reconociéndose en todo caso los derechos a que las decisiones y actividades en el entorno digital respeten “los principios de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital”⁷.

En Andalucía, el Estatuto de Autonomía para Andalucía⁸ reconoce el derecho a una buena administración, incluyendo todos los aspectos que se constituyen como instrumentos para el efectivo ejercicio de otros derechos igualmente reconocidos en el propio Estatuto de Autonomía (art. 31). Este derecho también se recoge en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 5)⁹. De igual modo, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, está inspirado en el reconocimiento del derecho a la buena administración en el entorno de la Administración electrónica, como pone de manifiesto su Exposición de Motivos.

⁶ Sobre el derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración puede verse (Cotino, 2011: 177-344).

⁷ Carta de Derechos Digitales de 14 de julio de 2021 (XVIII. 6 a) https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

⁸ Aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El art. 31 establece que se garantiza el “derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca”.

⁹ El art. 5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía contempla el “Principio de buena administración” desde dos puntos de vista: 1. En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena Administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a: a) Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines; b) Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva; c) Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido; d) Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía; e) Participar en los asuntos públicos; f) Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación; g) Obtener información veraz; h) Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca; 2. En la organización y gestión de los servicios públicos se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad.

En cualquier caso, el actual marco jurídico administrativo vigente de la Administración electrónica en general, y de las notificaciones electrónicas en particular, ha de contener y estar inspirado, en el derecho a la buena Administración electrónica, así como en la imposición de un criterio de interpretación favorable para el administrado electrónicamente¹⁰. Así pues, hoy en día está plenamente aceptado y reconocido el derecho, y en su caso la obligación, de relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos, así como el derecho a una buena administración. En consecuencia, de la mezcla de ambos –de la Administración digital y la buena administración¹¹– surge la buena Administración digital, así denominada primero por la doctrina¹² y ahora en la Carta de Derechos Digitales.

III. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO REGULADOR DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS, EN ESPECIAL LAS OBLIGATORIAS, Y SUS GARANTÍAS.

III.1 Sujetos obligados a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

La LPAC desde su Exposición de Motivos pone de manifiesto que “en el entorno actual, 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” (apartado III). Por tanto, como punto de partida, se concibe a la Administración por defecto como electrónica, o e-Administración, y se da “una vuelta de tuerca” a la obligación de relacionarse por medios electrónicos, en la medida en que ya no es necesario el consentimiento de los ciudadanos para la relación electrónica (como se contemplaba en la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos). No obstante, las personas físicas tienen derecho a elegir y modificar, en cualquier momento, si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que

¹⁰ COTINO HUESO mantiene que de la actual regulación de la relación jurídico administrativa se deriva sin duda una presunción de *favor civis* favorable a los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con la Administración general, con singular proyección en la relación electrónica para incertezas y cuestiones no abordadas o no bien resueltas por el legislador (Cotino, 2021: 5-6).

¹¹ Sobre la Administración digital y la buena administración, así como el mal funcionamiento de la Administración digital puede consultarse (Cerrillo, 2016: 84-88). En materia de inteligencia artificial, VALERO TORRIJOS admite que esta modalidad de la innovación tecnológica, por sus características, hace que no tenga un encaje suficientemente adecuado en el vigente marco normativo sobre el uso de medios electrónicos por parte de las Administraciones públicas. Por ello, el autor se plantea cómo el derecho administrativo debería abordar su regulación y qué criterios deberían tenerse en cuenta para asegurar la efectividad de las garantías jurídicas (Valero, 2019: 92-96).

¹² Un estudio completo sobre el derecho a la buena administración electrónica (Sánchez, 2016).

estén obligadas. El derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas se contempla en el art. 14 LPAC¹³ y se desarrolla en el art. 3 del 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 (Reglamento 203/2021). Se produce un tránsito destacado del derecho a la obligación de comunicarse electrónicamente con la Administración, casi por defecto (Cotino, 2021). En la misma línea, la LPAC ha cambiado radicalmente la naturaleza de la notificación, que pasa de ser garantía a ser carga (Fernández, 2015: 365), o lo que es lo mismo, se ha transfigurado el derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber (Gamero, 2016: 15-27).

El art. 14.2 LPAC contempla la obligación de relacionarse con la Administración electrónicamente para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo a cinco grupos de sujetos: 1) Las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica; 2) las personas que ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, solo para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. La LPAC incluye en este grupo a los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles; 3) Los empleados de las Administraciones Públicas, también sólo para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público y en la forma en que se fije por cada Administración mediante reglamento; 4) Las personas que representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; 5) Para ciertos colectivos de personas, reglamentariamente, las Administraciones pueden establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos, cuando “por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios”¹⁴. De este modo, queda en manos de la Administración la decisión sobre si la capacidad económica, la capacidad técnica, la dedicación profesional o cualquier otro motivo acredita suficientemente o no el acceso y la disponibilidad de los medios electrónicos

¹³ Un análisis general del art. 14 LPAC puede consultarse en (Cotino, 2017: 501).

¹⁴ Para BOIX PALOP, la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tiene una consecuencia obvia: quienes así hayan de relacionarse con los poderes públicos también habrán de ser notificados por vía electrónica –como por otro lado señala expresamente el artículo 41.3 LPAC–. Además, el artículo 41.1 LPAC permite extender la obligación de recibir notificaciones electrónicas a otros colectivos que por capacidad económica, técnica o dedicación profesional se estime razonable –en lo que parece una previsión más complementaria que coincidente con el 14.3 LPAC, pues en tal caso sería innecesaria: parece apuntar a que podrá haber casos de sujetos no obligados a relacionarse electrónicamente para los que, sin embargo, excepcionalmente, sí pueda establecerse la obligación de ser notificados electrónicamente– (Boix, 2019).

necesarios¹⁵. Se trata, por tanto, de una decisión discrecional de la Administración con los requisitos y límites del artículo 14.3 LPAC (Cotino, 2021: 22).

Esta regulación ha sido completada por el Reglamento 203/2021 respecto de las comunicaciones administrativas a las personas obligadas a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, como novedad y de acuerdo con lo previsto en el art. 14 LPAC, -en garantía del administrado y como obligaciones para la Administración- recoge un conjunto de aspectos que serán objeto de comunicación al interesado por medios electrónicos (art. 41)¹⁶.

También la LPAC regula la otra cara de la moneda: el deber de las Administraciones Públicas de garantizar que los interesados puedan relacionarse con ellas por medios electrónicos, que se manifiesta en la puesta a su disposición de los canales de acceso que sean necesarios y de los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen (art. 12.1 LPAC), así como el deber de las Administraciones Públicas de asistir en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en el art. 14.2 y 3 LPAC que así lo soliciten, en especial, en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas. Resulta, cuanto menos llamativo, que la LPAC no contemple ese deber de asistencia de la Administración justo respecto de los sujetos que están obligados a relacionarse con ella electrónicamente.

¹⁵ MARTÍN DELGADO insiste en la idea de que la imposición por vía reglamentaria de la obligación de relacionarse con la Administración por medios electrónicos, con carácter general o para determinados trámites concretos, podrá ser objeto de impugnación por parte de los sujetos afectados. Si bien ha de considerarse que, dada la habilitación legal de carácter general contenida en el art. 14 y reiterada en los arts. 16 y 41 para registros y notificaciones, resulta suficiente con norma de rango reglamentario, no menos cierto es que el derecho fundamental a la defensa conlleva la necesidad no sólo de motivar adecuadamente el tipo de colectivos obligados, sino de justificar que, efectivamente, tienen acceso y disponibilidad de medios electrónicos no sólo por su capacidad económica, sino también técnica. De este modo, cabrá presentar recurso contencioso-administrativo frente al reglamento o recurso indirecto frente al acto administrativo de aplicación del mismo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia a la hora de resolver numerosas impugnaciones en el ámbito tributario, por ejemplo, en la Sentencia del TS de 22 de febrero de 2012 (Rec. 7/2011), en la que se vio llamado a pronunciarse sobre la legalidad del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se imponía la obligación de relacionarse por medios electrónicos con la Agencia Tributaria a todas las personas jurídicas, con independencia de su naturaleza jurídica y entidad (Martín, 2018: 13).

¹⁶ En particular se refiere a: a) La fecha y, en su caso, hora efectiva de inicio del cómputo de plazos que haya de cumplir la Administración tras la presentación del documento en el registro electrónico, de acuerdo con el art. 31.2.c) LPAC; b) La fecha en que la solicitud ha sido recibida en el órgano competente, el plazo máximo para resolver el procedimiento y para la práctica de la notificación de los actos que le pongan término y los efectos del silencio administrativo, art. 21.4 LPAC; c) La solicitud de pronunciamiento previo y preceptivo a un órgano de la Unión Europea y la notificación del pronunciamiento de ese órgano de la Unión Europea a la Administración instructora, según el art. 22.1.b) LPAC; d) La existencia, desde que se tenga constancia de la misma, de un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución y la finalización de dicho procedimiento según el art. 22.1.c) LPAC; e) La solicitud de un informe preceptivo a un órgano de la misma o distinta Administración y la recepción, en su caso, de dicho informe, de acuerdo con el art. 22.1.d) LPAC; f) La solicitud de previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, cuando este sea indispensable para la resolución del procedimiento y el contenido del pronunciamiento cuando la Administración actuante tenga la constancia del mismo según el art. 22.1.g) LPAC; g) La realización del requerimiento de anulación o revisión de actos entre Administraciones previsto en el art. 22.2.a) LPAC y su cumplimiento o, en su caso, la resolución del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En definitiva, la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la Administración por el grupo de colectivos citado, al ser muy amplio cada uno de ellos, debe ser objeto de análisis cada caso concreto a la luz de otros factores, que pueden llevar incluso a causar la indefensión. La combinación de todos estos factores hace prever una mayor extensión a no muy largo plazo de los casos en que las notificaciones serán exclusivamente electrónicas, con independencia de que lo quiera o no así el ciudadano afectado (Míguez, 2016: 220-232).

III.2 Régimen jurídico aplicable a las notificaciones electrónicas.

III.2.1 Notificación electrónica como regla general.

Antes de exponer de forma breve las novedades más significativas que introduce la regulación vigente en materia de notificaciones electrónicas es preciso advertir que ésta materia está estrechamente vinculada a otros dos ámbitos: uno, el de la eficacia del acto administrativo; y, dos, el de las garantías de los derechos que corresponden a los interesados en el procedimiento administrativo¹⁷. En cualquier caso, sobre notificaciones, en general¹⁸, y electrónicas, en particular¹⁹, existe una jurisprudencia importante que puede dar luz en algunas de las controversias suscitadas en la práctica²⁰ e incluso, como veremos, sobre otras cuestiones que aún están pendientes de resolución.

¹⁷ Como mantiene BOIX PALOP, en el nuevo sistema de las notificaciones electrónicas hay cambios sustanciales que afectan al efectivo equilibrio de las posiciones jurídicas de los ciudadanos y de la Administración tras la transformación del procedimiento a electrónico operada por la reforma de 2015. Un sistema de notificación que pasa a ser el que será empleado por defecto (Boix, 2019).

¹⁸ La finalidad de la notificación es que el contenido del acto llegue a conocimiento del interesado para que este pueda ejercitar los derechos que le correspondan, tal y como tiene declarada reiterada jurisprudencia tanto del TC como del TS. La STC 155/1989, de 5 de octubre FJ 2 (2861/1989), establece que los actos de notificación “cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar los medios que estime más eficaces para sus intereses”. La STS 14/10/1992, (RJ 8467) afirma que la “finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, en una fecha indubitada susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho” (Cerdá, 2020: 92-93).

¹⁹ La Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016 (n. 4991/2016) recuerda que lo electrónico “en modo alguno ha supuesto, está suponiendo, un cambio de paradigma, en cuanto que el núcleo y las bases sobre las que debe girar cualquier aproximación a esta materia siguen siendo las mismas dada su importancia constitucional” (FJ 3).

²⁰ Respecto de la carga de la prueba de la Administración y del administrado respecto de la notificación electrónica puede consultarse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2016, que afirma que: “Nadie discute la legalidad de la ‘notificación electrónica’, pero precisamente por su carácter de garantía esencial, la Administración tiene la carga de probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez y, acreditados dichos extremos, es la recurrente al que le corresponde probar la existencia de hechos impositivos que haya, materialmente, imposibilitado la notificación. (...) acreditada, por la Administración, el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de la notificación, hay una presunción iuris tantum de realización válida de la notificación que, en su caso, debe ser desvirtuada por el administrado”. En cuanto a la debida diligencia de la Administración para que la notificación se produzca exitosamente, puede verse la STS de 3 de marzo de 2016 que señala expresamente que “la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene

La regulación de las notificaciones electrónicas se encuentra en los arts. 40 a 46 LPAC, y en los arts. 41 a 45 Reglamento 203/2021, que vienen a desarrollar las previsiones legales. En Andalucía, la encontramos, además, en los arts. 30 a 35 del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (Decreto andaluz 622/2019).

La LPAC advierte que merecen una “mención especial las novedades introducidas en materia de notificaciones electrónicas, que serán preferentes y se realizarán en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, según corresponda. Asimismo, se incrementa la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones como: el envío de avisos de notificación, siempre que esto sea posible, a los dispositivos electrónicos y/o a la dirección de correo electrónico que el interesado haya comunicado, así como el acceso a sus notificaciones a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración que funcionará como un portal de entrada”. (Exposición de Motivos, apartado V).

Si bien el art. 41.1 LPAC establece, como regla general, que las notificaciones se practicarán “preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía”. Lo cierto es que parece más bien una declaración de buenas intenciones, pues, como ya sabemos, existe un conjunto de sujetos obligados al empleo de la vía electrónica y que, en consecuencia, serán notificados electrónicamente, según se desprende del citado precepto. A diferencia de los demás sujetos, no obligados, para los cuales, la notificación electrónica será una opción, ya que, “podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos”. Ahora bien, en el caso de que el sujeto opte por dicha opción será vinculante para la Administración. En este sentido se

ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación”. Así pues, “no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia” (Sentencia del TSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2015, FJ 3). Por su parte, el TS en la Sentencia 47/2018, de 17 de enero, afirma que “Es una regulación razonable porque pretende aprovechar al máximo las posibilidades que en la actualidad ofrece la notificación electrónica para alcanzar, en relación con personas jurídicas o colectivos que tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, las más altas cotas en lo que concierne a la meta de eficacia administrativa proclamada por el art. 103 de la CE”. Respecto a la posibilidad recogida en el art. 3.3 Decreto 203/2021 de establecer mediante reglamento la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente por las Administraciones Públicas para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas, en la Sentencia del TS 635/2021, n. 150/2020, de 6 de mayo de 2021, el TS anula la obligación de relación electrónica, porque no consta “que se haya verificado o constatado la razón de ‘capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos’ que acrediten que los participantes en el proceso selectivo en cuestión tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios” (FJ 7).

generan una serie de obligaciones para la Administración: de un lado, cuando ésta realice notificaciones en papel, “deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria” (art. 42.1 LPAC); y, de otro lado, la Administración deberá ofrecer al interesado la posibilidad de realizar las notificaciones electrónicamente, cuando éste accediera al contenido de la notificación en sede electrónica (art. 42.3 LPAC). Ahora bien, como indica el Reglamento 203/2021, con independencia de que el interesado no esté obligado a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas o de que no haya comunicado que se le practiquen notificaciones por medios electrónicos, su comparecencia voluntaria –ya sea, como veremos, en sede electrónica o a través de la Dirección Electrónica Habilitada única (DEHU)– y el posterior acceso al contenido de la notificación o el rechazo expreso de esta, como novedad, “tendrá plenos efectos jurídicos” (art. 42.2 Reglamento 203/2021).

III.2.2 La práctica de las notificaciones: sede electrónica y dirección electrónica habilitada única.

En cuanto a la práctica de la notificación electrónica, el art. 43 LPAC prevé dos sistemas únicos y válidos: comparecencia en la sede electrónica de la Administración actuante -a la que se accede a mediante el Punto de Acceso General Electrónico de la Administración-²¹ y a través de la dirección electrónica habilitada única (DEHU)²² o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración²³. Es decir, será la Administración actuante la que elija uno de ellos. De este modo, se elimina la posibilidad, contemplada en la anterior normativa, de notificar mediante correo

²¹ La comparecencia electrónica consiste en que la Administración pone a disposición del ciudadano la notificación en un entorno controlado por ella misma, en sus servidores, de modo que queda garantizado en todo momento que dispone y controla toda la información respecto de si se accede o no a ella, por quién y cuándo. Para que un ciudadano acceda a esta, la Administración con anterioridad habrá debido establecer un sistema de identificación –de los previstos por la propia ley en el artículo 9.2 LPAC– que permita el acceso de la persona, física o jurídica, en cuestión (Martín, 2017: 2123-2206).

²² Para BOIX PALOP, la dirección electrónica habilitada, que además ahora la ley pretende que sea “única” es también un sistema donde la Administración controla en sus servidores si la notificación se recibe y se abre. Consiste más o menos, en una pasarela tecnológica que vincula el correo electrónico del ciudadano con un buzón electrónico instalado en los servidores de la propia Administración, que es donde se envían las notificaciones y al que ha de acceder el ciudadano para ser notificado. En general, está siendo poco o nada empleada por parte de otras Administraciones públicas (Boix, 2019: 349).

²³ A juicio de BOIX PALOP, ambos sistemas están regulados de un modo, escaso, poco garantista y deficiente. Además, los dos plantean problemas. Para que funcionen bien, requieren de una actuación previa del ciudadano, que debe dar de alta la DEHU e, idealmente, vincularla con una cuenta de correo electrónico habitual, para garantizar que los avisos lleguen a su receptor y no le pasen inadvertidos; o bien aceptar un sistema de claves para entrar en el sistema de comparecencia electrónica, en el segundo caso, sin la cual es dudoso que puedan ser útiles para informar efectivamente a un ciudadano del inicio del mismo y que se pueda dar por notificado (Boix, 2019: 349-350).

electrónico, en la medida en que hubiera constancia del momento de entrega en el buzón del destinatario y del de acceso a su contenido²⁴.

En cuanto al primer sistema, el art. 44.3 LPAC reconoce a los interesados el derecho a “acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico (PAGe) de la Administración, que funcionará como un portal de acceso”²⁵.

Respecto del segundo sistema citado, la DEHU, en el supuesto de que una incidencia técnica imposibilite el funcionamiento ordinario de ésta, una vez comunicada dicha incidencia a los órganos emisores, que la utilicen como medio de notificación, estos “podrán determinar una ampliación del plazo no vencido para comparecer y acceder a las notificaciones emitidas. En caso de que también pongan a disposición las notificaciones en su sede electrónica o sede electrónica asociada, deberán publicar también en esta tanto la incidencia técnica acontecida en la Dirección Electrónica Habilitada única como la ampliación concreta, en su caso, del plazo no vencido” (art. 44.4 Reglamento 203/2021).

Por su parte, el art. 42.2 del Reglamento 203/2021 añade que en la práctica de las notificaciones ha de quedar constancia de la fecha y hora del acceso al contenido de la misma, o del rechazo de la notificación. En el supuesto de que la Administración lleve a cabo la puesta a disposición de las notificaciones por ambos sistemas, “para el cómputo de plazos y el resto de efectos jurídicos se tomará la fecha y hora de acceso al contenido o el rechazo de la notificación por el interesado o su representante en el sistema en el que haya ocurrido en primer lugar”. Con tal fin, “se habrá de disponer de los medios electrónicos necesarios para sincronizar de forma automatizada en uno y otro sistema la información sobre el estado de la notificación con objeto de garantizar la eficacia y seguridad jurídica en la tramitación del procedimiento”. La pregunta que surge es ¿quién? Entendemos que serán, de un lado, la Administración que ha de disponer de los medios electrónicos necesarios para efectuar la citada sincronización, y de otro lado, el interesado para el correcto acceso al contenido de la notificación²⁶.

²⁴ Sobre la negativa a aceptar el correo electrónico como medio de notificaciones en la nueva ley puede verse (Martín, 2016: 273-274). Un análisis acerca de si tienen validez las notificaciones electrónicas realizadas mediante correo electrónico puede consultarse en (Cubero, 2017: 133-163).

²⁵ En la práctica esta garantía se ha articulado creando en la sede electrónica del PAGe un área personalizada través de la cual cada interesado, mediante procedimientos seguros que garanticen la integridad y confidencialidad de sus datos personales, puede acceder a su información, al seguimiento de los trámites administrativos que le afecten y a las notificaciones y comunicaciones en el ámbito de la Administración titular de dicha sede electrónica (art. 7.3 Reglamento 203/2021) (Bueno y Pizarro, 2021: 136).

²⁶ COTINO HUESO afirma que en el análisis particular de cada supuesto hay que valorar que el administrado ha cumplido con el mínimo deber de diligencia en la recepción de la notificación electrónica. La ponderación y valor concreta de la debida diligencia del interesado es una apreciación de hechos, ahora bien, contextualizados a la realidad de la implantación de la Administración electrónica y las capacidades y destrezas de los administrados. La diligencia exigible al administrado electrónicamente no puede ser ajena al contexto social y tecnológico. “La prueba del conocimiento efectivo de la comunicación no puede

III.2.3 El aviso de puesta a disposición de la notificación y el acuse de recibo.

A lo anterior se suma la previsión de que el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que sirva para el envío de los avisos previstos en el art. 41 LPAC, pero no para la práctica de notificaciones.

Por tanto, distinto y adicional a la notificación, ya sea en papel o electrónica -y al citado acuse de recibo- la LPAC atribuye otra obligación a las Administraciones Públicas: la de enviar “un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única” (art. 41.6 LPAC). Esta obligación a cargo de la Administración pierde fuerza en la medida en que, para el caso de que la Administración no realice el citado aviso, ello “no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida” (art. 41.6 LPAC). En definitiva, su incumplimiento por parte de la Administración no tiene aparejada consecuencia jurídica alguna. Es decir, si no se produce el aviso, la notificación puede ser considerada válida²⁷. Este aviso debe distinguirse de la notificación en sí, en la medida en que únicamente se le advierte al interesado de que aquella se encuentra a su disposición. De este modo, puede afirmarse que, pese a que ha existido el aviso, no puede afirmarse que la persona interesada esté en condiciones de acceder a la notificación. Por ello, en principio, no puede tener otros efectos distintos a los meramente informativos²⁸.

basarse -y especialmente en los años anteriores- en la irrealidad de un ciudadano o persona jurídica con altas capacidades tecnológicas, que obligatoriamente ha de estar hiperconectado todo el tiempo, obligado a acceder constantemente a los múltiples buzones o direcciones habilitadas de las muchas administraciones. Y todo ello, para más inri, sin que sea preciso contar con un aviso y además, con una notificación que desaparece antes de que transcurra el plazo, sin que ni siquiera quede constancia de la notificación habida. Aun admitiendo la constitucionalidad de un sistema que parece diseñado contra los derechos del interesado, resulta obligatoria la ponderación de las circunstancias habidas en cada caso, pues son variables, para determinar la posible indefensión”. (Cotino, 2021: 12-13).

²⁷ Lógicamente, la notificación no se entenderá válidamente practicada hasta que el interesado no acceda a su contenido. A juicio de BUENO ARMIJO y NEVADO PIZARRO, se trata de una decisión acertada, que refuerza la seguridad jurídica del interesado, por lo que sorprende que el propio legislador la desactive estableciendo que “la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida” (art. 41.6 LPAC). (Bueno y Pizarro, 2021: 136). Por su parte, COTINO HUESO mantiene que “no se imponga para la validez de la notificación el aviso ‘resulta inaceptable’ ‘mas aún en el caso de los sujetos obligados’. La garantía fundamental pasa por la confianza de que recibirá un aviso complementario de la notificación. Que la falta de aviso no sea invalidante de la notificación’. ‘Suprimir los efectos invalidantes de la notificación en ausencia de este aviso -ni siquiera se exige excepcionalidad en la omisión- es, sencillamente, poner en situación de indefensión al interesado cuando esto ocurra, sobre todo si se tiene en cuenta que no hay motivos técnicos ni jurídicos para no practicarlo. Efectivamente, el uso de los medios electrónicos en la gestión interna del procedimiento administrativo es obligatorio; las Administraciones disponen de medios -gestores de expedientes- que permiten tal posibilidad; el ciudadano confía en su práctica; no hacerlo produce indefensión e implica imponer sobre el interesado una carga desproporcionada” Es decir, que la indefensión no es causa de invalidez. Y eso es contrario al art. 24 CE. Este precepto rompe esa conexión, con lo que bien podría ser considerado inconstitucional. (Cotino, 2021: 26).

²⁸ Un análisis de la distinción entre avisos y notificaciones lo encontramos en: (Cubero, 2017: 144-146).

Como novedad en la regulación de las notificaciones electrónicas se introduce una nueva obligación de la Administración en estos casos de notificación por comparecencia -en la sede electrónica o a través de la DEHU- de poner a disposición del interesado “un acuse de recibo que permita justificar bien el acceso al contenido de la notificación, bien el rechazo del interesado a recibirla” (art. 42.3 Reglamento 203/2021). Dicho acuse contendrá, como mínimo, la identificación del acto notificado y la persona destinataria, la fecha y hora en la que se produjo la puesta a disposición y la fecha y hora del acceso a su contenido o del rechazo.

El art. 43.1 Reglamento 203/2021 añade a la regulación contenida en la LPAC que el interesado “se hace responsable, por la comunicación a la Administración” de que dispone de acceso al dispositivo o dirección de correo electrónico designados. Además, prevé que para el supuesto de que dejen de estar operativos o pierda la posibilidad de acceso, “el interesado está obligado a comunicar a la Administración que no se realice el aviso en tales medios”. El incumplimiento de esta obligación por el interesado no conlleva responsabilidad alguna para la Administración por los avisos efectuados a dichos medios no operativos. Este aviso sólo se practicará en caso de que el interesado haya comunicado a la Administración un dispositivo electrónico o dirección de correo electrónico al efecto. En consecuencia, de lo anterior se desprende que el Reglamento 203/2021, de un lado, ha cargado las tintas sobre el administrado, que es responsable de realizar la citada comunicación a la Administración o de que no están operativos y, de otro, ha eximido de responsabilidad a la Administración por el incumplimiento de la obligación de efectuar el citado aviso a los medios que no estén operativos.

Con el fin de que la Administración pueda realizar estos avisos, el Reglamento 203/2021 introduce que podrá “crear bases de datos de contacto electrónico para la práctica de los avisos de puesta a disposición de notificaciones en su respectivo ámbito” (art. 43.3 Reglamento 203/2021). Además, como novedad, el Reglamento establece que, cuando el interesado sea un sujeto obligado a relacionarse electrónicamente y la Administración emisora de la notificación “no disponga de datos de contacto electrónicos para practicar el aviso de su puesta a disposición”, en los procedimientos iniciados de oficio la primera notificación que efectúe la Administración “se realizará en papel”, según dispone el art. 42.2 LPAC, advirtiendo al interesado en esa primera notificación que las sucesivas se practicarán en forma electrónica -por comparecencia en la sede electrónica o, en su caso, a través de la DEHU, según haya dispuesto para sus notificaciones la Administración- dándole a conocer que, según lo previsto en el art. 41.1 LPAC, puede identificar un dispositivo electrónico, una dirección de correo electrónico o ambos para el aviso de la puesta a disposición de las notificaciones electrónicas posteriores. Advertimos, por tanto, que sólo respecto de estos avisos –y no de las

notificaciones- en los procedimientos iniciados de oficio por interesados obligados a relacionarse por medios electrónicos y en los que la Administración no disponga de datos de contacto electrónicos para practicar el aviso de su puesta a disposición, la primera notificación que efectúe la Administración se realizará en papel.

III.2.4 Validez de la notificación.

El art. 41.1 LPAC contempla previsiones que se aplicarán indistintamente para las notificaciones efectuadas en papel o las electrónicas. De este modo, las notificaciones serán válidas “siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma”. En caso contrario, cuando no se practiquen en las condiciones indicadas del art. 41.1 LPAC habrá que entender que esa notificación es inválida y que el acto administrativo resulta ineficaz. Sin olvidar, respecto del contenido de las notificaciones, con carácter general, que el art. 40.3 LPAC, indica que será: el contenido el texto íntegro del acto y en el caso de que omitiesen alguno de los requisitos previstos en el art. 40.2 LPAC, “surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda”²⁹.

Ahora bien, las notificaciones electrónicas se entenderán practicadas en el momento en el que se produzca el acceso a su contenido. Así, la notificación en sede produce efectos desde el acceso por el interesado o su representante, debidamente identificado, al enlace que conduce a la resolución administrativa objeto de notificación; la notificación a través de dirección electrónica única habilitada también producirá efectos a partir del momento de acceso al mensaje ubicado en el buzón. La notificación electrónica habrá que entenderla rechazada “cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido” (art. 43.2 LPAC) y, por tanto, se tendrá por efectuado el trámite y el procedimiento continuará su curso, perjudicando la posición del interesado³⁰. De este modo, una vez notificado el interesado de forma correcta

²⁹ A juicio de MARTÍN DELGADO será muy difícil en la práctica podrá atacar la falta de eficacia de un acto administrativo notificado deficientemente por medios electrónicos cuando haya sido conocido por el interesado y éste haya actuado en consecuencia (Martín, 2018: 29).

³⁰ En este sentido MARTÍN DELGADO afirma que se incorporan dos particularidades que pueden pasar desapercibidas pero que tienen importantes efectos: 1) se omite la exigencia de que exista constancia de la puesta a disposición; 2) se elimina la facultad de romper la presunción de rechazo si el interesado puede demostrar la imposibilidad técnica o material del acceso. No se contempla expresamente el deber de que, incluso aunque se haya producido el rechazo por transcurso del tiempo, el mensaje o la disposición continúen disponibles durante un tiempo para que su destinatario pueda conocerlo. De este modo, se perjudica gravemente la posición del interesado. Se señala que se entenderá cumplida la obligación de

por medio de comparecencia electrónica, transcurridos 10 días, la notificación se considera rechazada y no hace falta ni siquiera reintentarla ni la publicación alternativa del art. 44 LPAC para poder dar por cumplido el trámite.

El Reglamento 203/20201 prevé que, el interesado, antes de acceder al contenido de la notificación puesta a disposición del interesado, en sede electrónica o en la DEHU, será informado por la Administración de que, según lo dispuesto en los arts. 41 y 43 LPAC, dicho “acceso al contenido, el rechazo expreso de la notificación o bien la presunción de rechazo por haber transcurrido el plazo de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin acceder al contenido de la misma, dará por efectuado el trámite de notificación y se continuará el procedimiento”, además de hacerse constar en el expediente tales circunstancias. Para dar por efectuado el trámite de notificación “a efectos jurídicos”, en la sede electrónica o en la DEHU, respectivamente, debe quedar constancia, con indicación de fecha y hora, del momento del acceso al contenido de la notificación, del rechazo expreso de la misma o del vencimiento del plazo de acuerdo con el art. 43.2 LPAC (art. 44.6 y art. 45.1 y 2 Reglamento 203/2021). En cualquier caso, el estado del trámite de notificación en la sede electrónica se sincronizará automáticamente con la DEHU, y viceversa –según dónde se haya realizado- si la notificación también se hubiera puesto a disposición del interesado en aquella (art. 44.6 y art. 45.2 Reglamento 203/2021).

Por último, el Reglamento 203/2021 dispone que, de acuerdo con el art. 43.3 LPAC, se entenderá cumplida la obligación de notificar en plazo por parte de la Administración del art. 40.4 LPAC, con la puesta a disposición de la notificación en la sede o en la DEHU (art. 45.3).

Finalmente, puede suceder que el interesado sea notificado por distintos medios. Para ello, el art. 41.7 LPAC prevé que “se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar”.

En cualquier caso, una interpretación adecuada de la nueva regulación de las notificaciones electrónicas no puede perder de vista la búsqueda del equilibrio

resolver en plazo con la simple puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, pero se evita blindar la obligación de comunicar tal hecho al destinatario de la notificación al establecer, que la omisión –voluntaria o involuntaria– del aviso complementario no tendrá efectos sobre la validez de la notificación y al no regular qué ocurre en los supuestos en los que falla la sede o el sistema de gestión de la DEHU. Se establece pues, de manera encubierta, la obligación del interesado de acceder a las sedes electrónicas o a su dirección electrónica habilitada única en muy cortos espacios de tiempo para comprobar si tiene alguna notificación, lo cual es poco realista. De este modo, a juicio del autor, queda en manos de la Administración la implementación de sistemas garantistas que, de manera automatizada, envíen aviso complementario de notificación en el mismo instante de la puesta a disposición de ésta en uno de los mencionados sistemas (Martín, 2018: 30-31).

entre la eficacia del acto administrativo y el derecho de defensa, en su vertiente material, del interesado³¹.

III.2.5 Peculiaridades en Andalucía.

El Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (Decreto andaluz 622/2019)³², según indica su propia Exposición de Motivos, considera la simplificación administrativa y el impulso de la Administración electrónica como “oportunidades que le permiten implementar instrumentos para mejorar el ejercicio de sus derechos por la ciudadanía, sin mengua de la plena satisfacción de los intereses públicos comprometidos en el ejercicio de cada actividad”. De este modo, el Decreto andaluz contempla un conjunto de técnicas orientadas “a simplificar los procedimientos administrativos, agilizar su tramitación y reducir las cargas administrativas que pesan sobre la ciudadanía; además se adoptan acciones orientadas a lograr la plena aplicación e implementación de la administración electrónica, cuidando muy especialmente la preservación de los derechos y garantías de la ciudadanía en su conjunto”.

El Decreto trata de impulsar los medios electrónicos (art. 36) y para ello la Administración debe adoptar las medidas adecuadas para su implementación en la gestión de su actividad administrativa, en las comunicaciones, relaciones, trámites y prestaciones de servicios con la ciudadanía, así como en sus comunicaciones internas. Hasta tal punto, que su aplicación “en ningún caso podrá implicar la existencia de restricciones o discriminaciones de cualquier naturaleza en el acceso de la ciudadanía a la prestación de servicios públicos o a cualquier actuación o procedimiento administrativo”. Con tal fin, se prevé que la Administración andaluza

³¹ BOIX PALOP considera que “el nuevo sistema es francamente insatisfactorio desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos, a los que deja en una situación de vulnerabilidad jurídica potencial notable. A cambio, resulta muy conveniente para unas administraciones públicas que es prácticamente imposible que no notifiquen correctamente un acto administrativo y que, por ello, podrán aspirar a que estos sean ejecutivos con muchas más facilidades, y más rápidamente, que con el régimen anterior”. A su juicio, no se entiende que no haya en la norma habilitación legal para indagar la obtención de un correo electrónico de contacto o un dispositivo móvil al que enviar el aviso y mucho menos que, cuando sí se dispone de esta información la LPAC no prevea, junto a la obligación del aviso, que su no realización suponga la nulidad de la notificación. Esta regulación, según BOIX PALOP, habría de ser tenida por inconstitucional por afectar a sus derechos de defensa e, indirectamente, de tutela judicial efectiva. El autor, trae a colación el sistema de notificaciones electrónicas en la jurisdicción laboral, en este caso, el Tribunal Constitucional en STC 6/2019 ya ha considerado, de forma muy criticable para el autor, que no se aprecia tacha de constitucionalidad alguna en una regulación que prevé un aviso obligatorio pero que no deduce de la ausencia de la misma consecuencia jurídica alguna (Boix, 2019: 351).

³² Este Decreto andaluz toma en cuenta en su regulación: 1) el Decreto 70/2017, de 6 de junio, por el que se modifica el Decreto 1/2011, de 11 de enero, por el que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía; 2) el Acuerdo de 1 de agosto de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos de la Junta de Andalucía. Y pretende constituir “un plan normativo unitario y sistemático que integra la regulación de materias distintas, pero estrechamente conectadas, y que reciben en cada caso el instrumento normativo más adecuado a su respectivo contenido” (Exposición de Motivos).

promoverá acciones que contribuyan a eliminar cualquier riesgo de exclusión digital. En cualquier caso, el uso de medios electrónicos a procedimientos y servicios que con carácter previo han sido tramitados en papel requerirá por parte de la Administración competente de un estudio previo de rediseño funcional y simplificación en el que se considerarán en especial los criterios de simplificación y agilización (art. 37).

El Decreto andaluz 622/2019 dedica el Capítulo VI a regular las notificaciones electrónicas, en particular, los arts. 30 a 35.

La Administración de la Junta de Andalucía puede practicar las notificaciones electrónicas a través de dos medios: a) en el sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía regulado en el art. 31 y en el Anexo IV; b) en la sede electrónica o dirección electrónica habilitada de otras Administraciones Públicas, previa firma del correspondiente convenio por parte de la Consejería competente en materia de transformación digital. Ambos medios pueden utilizarse de forma alternativa o conjunta y será eficaz la actuación “a partir de la primera notificación que tenga lugar” (ambos medios se recogen en el art. 30 del Decreto andaluz).

Para el empleo del sistema de notificaciones electrónicas, los ciudadanos puede darse de alta, en cualquier momento, accediendo al sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía, usando alguno de los medios de identificación previstos en los arts. 21 y 22. En el caso de ser personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración se puede realizar de oficio al alta en el citado sistema y, también cuando, sin estar obligadas, tengan la condición de interesadas en un procedimiento administrativo. El art. 31.4 identifica a la Consejería competente en materia de transformación digital como “responsable del mantenimiento y funcionamiento del sistema de notificaciones electrónicas, y coordinará la articulación de sus contenidos y servicios”. Los distintos órganos a los que se le aplica el Decreto andaluz, los del art. 2.1, tienen la obligación de aportar la información necesaria para su funcionamiento y gestionar la puesta a disposición de las notificaciones electrónicas en el sistema.

El sistema de avisos de notificaciones se regula en el art. 32 y los ciudadanos, con tal fin, pueden indicar una dirección de correo electrónico y, opcionalmente, dispositivo electrónico para la incorporación de estos datos. En cualquier caso, los medios de envío del aviso de notificación indicados por el interesado en un procedimiento tendrán carácter preferente y la falta de práctica del aviso no impide que la notificación sea considerada plenamente válida.

A continuación, el Decreto andaluz regula de forma separada la notificación a personas obligadas (art. 33) y las no obligadas (art. 34) a relacionarse electrónicamente con la Administración.

En el primer caso, notificación a personas obligadas, el interesado en un procedimiento iniciado de oficio y que no esté dada de alta en el sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía, se procederá a su alta de oficio, cuando se conozcan los datos para realizar el aviso de notificación del art. 32.1. De igual modo, cuando, en la apertura de un periodo de información o actuaciones previas al inicio de oficio de un procedimiento, se compruebe que el interesado obligado a relacionarse por vía electrónica con la Administración no esté dada de alta en el sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía, y no se conozcan los datos para realizar el aviso de notificación, los órganos del art. 2.1 podrán enviarle una comunicación en papel con un aviso previo, recordándole su deber de relacionarse por medios electrónicos y la necesidad de darse de alta en el sistema de notificaciones electrónicas citado, indicándole cómo proceder a su alta y manifestándole que dispone para ello de un plazo de diez días, incorporando sus datos para la remisión de avisos. Se le advertirá que, transcurrido dicho plazo sin que haya procedido a ello, se le dará de alta de oficio en el sistema de notificaciones electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía sin datos para la remisión de avisos, y que en lo sucesivo podrá ser utilizada para la práctica de notificaciones electrónicas en todos los procedimientos en que tenga condición de interesado.

En el supuesto de que no se haya realizado el alta en el sistema de notificaciones electrónicas citado porque no se disponga de la dirección de correo electrónico o dispositivo electrónico en el que recibir avisos de notificaciones electrónicas por alguno de los medios citados, y no se haya enviado la comunicación con el aviso previo regulado, “el órgano gestor del procedimiento realizará la primera notificación del procedimiento en papel, incluyendo los contenidos de dicho aviso”.

En cualquier caso, las comunicaciones y notificaciones contenidas en el art. 33.2 y 3 no procederán cuando el inicio del procedimiento se produzca mediante convocatoria publicada en el BOJA, a la que deban concurrir los interesados presentando obligatoriamente escritos de solicitud por medios electrónicos. En este caso, el alta en el sistema de notificaciones electrónicas se realizará de oficio con los datos que consten en la solicitud.

En el segundo caso, el de las notificaciones a personas no obligadas a relacionarse por medios electrónicos y que no hayan optado por la notificación electrónica, en línea con lo dispuesto en el art. 42.1 LPAC, las notificaciones que se practiquen en papel a personas no obligadas a relacionarse con la Administración por medios electrónicos y que no hayan optado por recibir la notificación por estos medios se pondrán a su disposición a través de los medios previstos en el art. 30.1 del Decreto andaluz para que puedan acceder a su contenido de forma voluntaria, ofreciendo la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios

electrónicos. Cuando el interesado fuera notificado por distintos medios, se tomará como fecha de notificación la de aquella que se hubiera producido en primer lugar, según lo dispuesto en el art. 41.7 LPAC.

Es novedoso, respecto a la regulación estatal de las notificaciones electrónicas, el art. 35 del Decreto andaluz que regula las “Garantías de constancia y permanencia de la notificación electrónica y de su rechazo” y afirma que “Los medios de notificación electrónica implantados por la Administración de la Junta de Andalucía preservarán las garantías necesarias en la práctica de las notificaciones administrativas, a cuyo fin satisfarán las exigencias establecidas en este artículo, además de las generales de aplicación.” Además, éstos medios tienen que expresar “claramente la fecha y hora de puesta a disposición de cada notificación electrónica, con independencia del estado en que dicha notificación se encuentre en cada momento”. De hecho, el Decreto andaluz dispone que la notificación electrónica puede encontrarse en cuatro estados: 1) No leída: cuando una notificación sea puesta a disposición del destinatario, mientras no cambie su estado durante el plazo previsto en la normativa básica para practicar la notificación”; 2) Leída: cuando el destinatario acceda al contenido de la notificación, quedando constancia de la fecha y hora en la que se produjo dicho acceso; 3) Rechazada: cuando el destinatario rechace la notificación, quedando constancia de la fecha y hora en que se produjo dicho rechazo. En el caso de que el destinatario esté obligado a relacionarse electrónicamente o haya elegido ese medio de forma voluntaria, la notificación se entenderá rechazada transcurridos diez días naturales desde la fecha de su puesta a disposición sin acceder a su contenido, continuándose con la tramitación del procedimiento conforme a lo establecido en la LPAC. Podrá accederse al contenido de las notificaciones rechazadas con efectos informativos; 4) Caducadas: cuando la notificación tenga por destinatario una persona no obligada a relacionarse electrónicamente que no haya elegido este medio de forma voluntaria, una vez transcurrido el plazo previsto en la normativa básica para practicar la notificación sin que la persona interesada haya accedido a su contenido. “Las notificaciones caducadas no estarán disponibles para su acceso, sin que por ello se entiendan por rechazadas”.

Con carácter previo a que el destinatario acceda al contenido de la notificación, se le indicará que puede rechazarla y se advertirá de que, en tal caso, se entenderá practicada.

Por último, las notificaciones, con independencia del estado en que se encuentren, “permanecerán en el sistema como mínimo un plazo de cinco años, y solo serán eliminadas de oficio por razones técnicas de mantenimiento del sistema o cuando el volumen de notificaciones acumulado suponga un coste desproporcionado, constanding en el sistema su trazabilidad y la fecha de eliminación”.

IV. POLÉMICA A DILUCIDAR POR EL TS SOBRE LA VALIDEZ DE LAS NOTIFICACIONES REALIZADAS EN PAPEL A SUJETOS OBLIGADOS.

IV.1 Planteamiento general.

Recordemos que el art. 41.1 de la LPAC establece la obligación para las Administraciones Públicas de realizar sus notificaciones preferentemente utilizando medios electrónicos, añadiendo “en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía”. En consecuencia, los sujetos obligados del art. 14.2 LPAC³³ no podrán ser notificados por otro medio, en principio, salvo en los dos supuestos excepcionales previstos en el mismo artículo: la comparecencia espontánea del interesado, o cuando resulte necesaria realizar una entrega directa por medio de un empleado público. En cualquier caso, el elemento de obligatoriedad respecto de sujetos muy amplios, como puedan ser las personas jurídicas es cuestión que debe ser tenida en cuenta en el análisis de cada caso concreto en combinación con otros factores, que pueden llevar a la indefensión o afectación de derechos (Cotino, 2021: 24). Como ya hemos dicho, hay una clara apuesta del legislador de instaurar un régimen general de notificaciones electrónicas en el ámbito administrativo general.

El TS ha admitido, mediante Auto de 14 de julio de 2021 (recurso 2918/2021), el recurso de casación planteado por Volkswagen Group España Distribución, S.L.³⁴. En particular, la cuestión que presenta interés casacional, a juicio del TS, consiste en interpretar los arts. 14.2 y 41.1 LPAC, “a los efectos de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de una notificación efectuada a una persona jurídica en formato papel, y no a través de medios electrónicos.”

IV.2 La postura de los Tribunales Superiores de Justicia: una doctrina contradictoria.

El TS en el citado Auto parte de la base de que existe una doctrina contradictoria entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en la interpretación y aplicación del ordenamiento citado. De este modo, el TS mantiene que “mientras unos tribunales,

³³ Son las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, quienes representen a un interesado ante las Administraciones siempre que éste sea uno de los sujetos obligados legalmente, y los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites que realicen en su condición de empleado Público. Según MARTÍN DELGADO, “la ampliación de la obligación de relacionarse por medios electrónicos a todas las personas jurídicas –el hecho de serlo no garantiza la disponibilidad de medios-, y la exclusión de todos los colectivos obligados de la titularidad del derecho de asistencia en el uso de los mismos también ha de ser valorado negativamente” (Martín, 2017b: 172-173).

³⁴ Dicho recurso se interpuso frente a la sentencia de 26 de enero de 2021, dictada por el TSJ de Galicia, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la citada sociedad.

como es el caso del que dicta la sentencia de instancia, consideran que el defecto de la falta de notificación por medios electrónicos, que la Administración estaba obligada a utilizar, queda validado por la notificación en papel (al entender que el destinatario ha tenido conocimiento suficiente de ella); otros tribunales, como el de Canarias (STSJ Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de octubre de 2019, dictada en el recurso n.º 66/2019) consideran que, en los casos en que la Administración esté obligada a notificar por vía electrónica, no puede defenderse la validez de la notificación efectuada en papel. Se aprecia, por tanto, que existen sentencias que, en supuestos sustancialmente iguales, efectúan una interpretación contradictoria de las normas de derecho estatal en las que se fundamenta el fallo, lo que hace necesario un pronunciamiento de este Tribunal Supremo tendente a esclarecer estos extremos.”

IV.3 ¿Surte efectos la notificación en papel practicada de forma correcta?

Se trata de un Auto relevante, pues el TS debe evaluar si la Administración puede notificar en papel a los administrados obligados a relacionarse electrónicamente con ella y, en última instancia, si dichas notificaciones realizadas en papel, a sujetos obligados a recibirlas por vía electrónica, son válidas o si, por el contrario, no tienen efecto alguno.

El TSJ de Canarias, en la sentencia que cita el TS, negó toda validez a la notificación en papel realizada, a pesar de que ésta fue recogida por un empleado en la sede de la empresa³⁵. El TSJ recuerda que la LPAC reconoce en el art. 41.1 que: “Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía”. Además, como sabemos, dentro de esos interesados obligados a recibir las notificaciones por medios electrónicos se encuentran, según el art. 14.2.c) LPAC: “Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.” En este supuesto, el TSJ parte de que las sanciones impuestas a la recurrente están vinculadas con su actividad profesional, no con la privada, por ello concurre el presupuesto de hecho del art. 14.2.) LPAC. El TSJ mantiene que “La administración no puede optar libremente por practicar la notificación electrónicamente o en

³⁵ Se trata de un recurso contencioso administrativo por parte una farmacéutica, titular de una Oficina de Farmacia, que solicita que se declare contrario a Derecho una Orden del Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por ella; y, en consecuencia, se revoque el acuerdo declarando que procede la estimación del recurso de alzada y procediendo a retrotraer el procedimiento administrativo hasta el dictado de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se incoa procedimiento sancionador, a los efectos de su correcta notificación.

papel, no se trata, para ella, ni de una obligación alternativa ni de una obligación facultativa, sino de un deber *ex lege*. Si el particular no siempre está obligado a recibir notificaciones electrónicas (aunque sí en este caso), la administración sí está siempre obligada a hacer de la notificación electrónica su medio preferente y sólo podrá apartarse de ella en los casos expresamente establecidos por la ley misma” (FJ 1). Y a continuación enumera tales supuestos, que son los previstos en el art. 41.1, párrafo segundo LPAC, -que aquí no concurren-y hace referencia al art. 41.2 LPAC. En consecuencia, a juicio del TSJ: “la administración pública actuante estaba obligada a notificar por vía electrónica, y la interesada a aceptarlo así, y sin embargo no se hizo. Y no puede defenderse la validez de la notificación realizada en papel a un empleado de la oficina de farmacia porque, (...), no concurre ninguno de los supuestos legales en que resulta admisible la notificación no electrónica. Esta infracción del artículo 41 de la LPACAP determina la disconformidad a Derecho de la resolución administrativa recurrida y, por tanto, implica la estimación de la pretensión principal de la demanda en los términos interesados (art. 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)” (FJ1).

Con esta interpretación, el TSJ de Canarias pone en tela de juicio y cuestiona la aplicación a este caso particular de la doctrina general sobre notificaciones, que entiende que lo importante es que la notificación llegue a conocimiento del interesado. Y ello, con independencia de que se haya practicado correctamente o no³⁷. En consecuencia, una notificación mal practicada podría tener plenos efectos jurídicos si hay evidencia de que llegó a conocimiento del interesado. Y, al revés, una notificación formalmente bien practicada, podría no tener ningún efecto si se acredita que no llegó a ser conocida por su destinatario.

Por tanto, aún está por ver la decisión última del TS para estos supuestos, en el ámbito del procedimiento administrativo, que podría suponer la posibilidad de considerar defectuosas notificaciones realizadas en papel, a los sujetos obligados a recibirlas electrónicamente, aunque dichas notificaciones en papel se practiquen correctamente, desde el punto de vista formal. Distinto del supuesto anterior, es cuando tenga lugar en el proceso judicial, dónde ya existe una doctrina importante del TC sobre notificaciones electrónicas judiciales³⁸.

³⁶ El TS en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008 (recurso n. 6310/2004) mantiene que “los defectos formales en que pueda incurrir la notificación solo adquieren relevancia cuando impiden que la misma llegue a cumplir con dicha finalidad, afectando al conocimiento del acto por el interesado y al ejercicio de las posibilidades de reacción contra el mismo que el ordenamiento jurídico le ofrece. Como dice la sentencia de 10 de diciembre de 1998, sólo puede estimarse la notificación como defectuosa cuando sus imperfecciones redundan en perjuicio del notificado, le producen indefensión, limitan las posibilidades del ejercicio de sus derechos, pero no en el caso en que no concurren estas circunstancias anómalas.”

³⁷ El 28 de mayo de 2019, el Ministerio de Justicia, ha comunicado a los secretarios de gobierno de los TSJ, la AN y el TS la obligación de notificar la citación o primer emplazamiento a las sociedades y demás personas jurídicas demandadas de forma presencial en su domicilio, y no de manera telemática a través de la DEHU facilitada por el Ministerio de Hacienda para recibir las notificaciones de los diferentes organismos

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOIX PALOP, A., “Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local”, *Revista Gallega de Administración Pública*, n. 58, julio-diciembre 2019, pp. 315-360.

BUENO ARMIJO, A., y PIZARRO NEVADO, R., “Eficacia y ejecución de los actos administrativos”, REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D., (Dir.), *Derecho Administrativo*, Tomo II, cuarta edición, Tecnos, pp. 130-154.

CERDÁ MESENGUER, J. I., “Las garantías constitucionales de las notificaciones electrónicas en los procedimientos judiciales y las singularidades en el ámbito Contencioso-Administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.106, enero-abril 2020, pp. 87-127.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., (Coord.), *A las puertas de la Administración digital. Una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2016, pp. 84-88.

COTINO HUESO, L., “El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 3 edición, 2011, pp. 177-344.

COTINO HUESO, L., “La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 57, 2021.

de la Administración General del Estado, tras la STC 47/2019 de 8 de abril. En esta sentencia, el TC estima un recurso de amparo de una empresa que fue citada para un acto de conciliación y el posterior juicio laboral en su DEHU, en lugar de hacerlo mediante correo certificado en su domicilio social. Al no haber advertido dicha comunicación telemática, los representantes de la empresa no comparecieron en el juzgado, lo que hizo que se estimara la demanda contra ella de uno de sus empleados. El TC establece en la sentencia que esa citación electrónica, teniendo en cuenta además la normativa procesal LEC, vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandada. En la Sentencia de 15 de marzo de 2021, Sentencia 58/2021, recurso de amparo 6502/2019, promovido por Euroinversiones Inmobiliarias Costa Sur, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Lorca en procedimiento de ejecución hipotecaria, se aplica la doctrina sentada por las anteriores sentencias del TC: 6/2019, 47/2019 y 40/2020 (FJ 1). En la doctrina: CERDÁ MESENGUER recuerda que, tras estas reformas recientes, las diversas interpretaciones que se han hecho de los artículos 4 y 17.2 del mencionado RD 1065/2015 por un lado; y de los artículos 155, 162 y 273 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, han dado lugar a situaciones en las que se han notificado las demandas a personas jurídicas, primer escrito iniciador del procedimiento, por medios electrónicos a través de la DEHU, portal 060. Esto ha ocasionado que en muchos casos esas empresas demandadas se hayan enterado de la existencia de la demanda tiempo después, en ocasiones han pasado meses, habiéndoles prelucido plazos para ejercitar sus derechos y articular su defensa y sus medios de prueba (Cerdá, 2020: 87-127). Sobre la jurisprudencia constitucional sobre la obligatoriedad de la primera citación no electrónica y el estudio del alcance limitado que ha de tener la Sentencia TC 6/2019, de 17 de enero, para el ámbito administrativo (Cotino 2021: 35-46).

COTINO HUESO, L: “El derecho y del deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14). Asistencia en el uso de los medios electrónicos a los interesados (art. 12)”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de Procedimiento Común y de Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 501 y ss.

CUBERO MARCOS, J. I., “¿Son válidas las notificaciones practicadas mediante correo electrónico?”, *Revista de Administración Pública*, 2017, n. 204, pp. 133-163.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 198, 2015, p. 365

GAMERO CASADO, E., “Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *REDA*, n. 175, 2016, pp. 15-27.

MARTÍN DELGADO, I., “Algunos problemas de la nueva regulación del uso de los medios electrónicos por las Administraciones públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2018, pp. 1-47.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Estudios (2014-2019), Global Law Press, Editorial Derecho Global, Allen and Overy, 2019, p. 16.

MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica”, VELSACO CABALLERO, F. (Coord.), *Régimen Jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales*, Instituto de Derecho Local UAM, 2016, pp. 273-274.

MARTÍN DELGADO, I., a), “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos: las notificaciones administrativas”, GAMERO CASADO, E. (Dir.), y FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2123-2206.

MARTIN DELGADO, I., b), “Una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”. MARTÍN DELGADO, I., (Dir.), *La reforma de la Administración Electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 172-173.

MARTÍN DELGADO, I., “Algunos aspectos problemáticos del uso de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica Comunidad de Madrid*, 2018, p. 1-47.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MARTÍNEZ SORIA, J., “Gobierno electrónico en Alemania y en Europa”, en Cotino Hueso, L., *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, (Colección Sociedad de la Información 13), 2007, Comares, Granada, p. 250.

MÍGUEZ MACHO, L., “Las notificaciones electrónicas”, ALMEIDA CERREDA, M., y MÍGUEZ MACHO, L. (Dirs.), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 220-232.

RAMOS ROMERO, S.: “El régimen jurídico de la notificación administrativa electrónica en la Ley 39/2015”, MARTÍN DELGADO, I., (Dir.), *La reforma de la Administración Electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, 2017, Madrid, p. 221.

SÁNCHEZ ACEVEDO, M. E., *Derecho a la buena administración electrónica*, Tesis doctoral defendida en la Universitat de València, 2016. Director: Lorenzo Cotino Hueso.

VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista catalana de dret públic*, n. 58, 2019, pp. 82-96.

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS

Agustí Cerrillo i Martínez¹

I. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración digital es aquella que utiliza la tecnología de manera intensiva para recopilar y analizar datos con el fin prestar servicios inclusivos, eficientes, resilientes, sostenibles y centrados en las personas. La administración digital es el resultado de un proceso de transformación de las Administraciones públicas basado en el uso innovador de los medios electrónicos y las tecnologías disruptivas para la automatización de su actividad y funcionamiento, la apertura a la ciudadanía, la recopilación y el análisis colaborativo de datos y la prestación de servicios digitales (Cerrillo i Martínez, 2021a).

La administración digital no es solo un nuevo estadio en el proceso de incorporación de los medios electrónicos en las Administraciones públicas. No obstante, sí que es tributaria de los avances producidos en las últimas décadas en el proceso de incorporación de los medios electrónicos en el funcionamiento y la actividad de las Administraciones públicas y en sus relaciones con la ciudadanía y las empresas.

En un primer momento, los medios electrónicos fueron utilizados principalmente para mejorar la eficiencia administrativa y como instrumento para canalizar las relaciones entre las Administraciones públicas y con la ciudadanía y las empresas.

¹ Catedrático de Derecho administrativo en la Universitat Oberta de Catalunya. Síndic de Greuges de la UOC. 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) (2021-2023).

ORCID: 0000-0002-1577-4194
acerrillo@uoc.edu

En esta dirección, las Administraciones públicas crearon portales de Internet para difundir información pública, registros electrónicos para comunicarse con la ciudadanía o sistemas para la notificación electrónica de los actos administrativos. Todo ello ha facilitado la relación entre las Administraciones públicas y la ciudadanía y las empresas 365 días al año 24 horas al día desde cualquier lugar.

Posteriormente, a medida que las tecnologías 2.0 (por ejemplo, blogs, wikis o redes sociales) se fueron extendiendo y fueron siendo usadas por las Administraciones públicas se diversificaron los canales utilizados por la ciudadanía para acceder a las Administraciones Públicas y para canalizar su participación en la toma de decisiones públicas o en la difusión de información del sector público a través de medios electrónicos.

En la actualidad, la incorporación al sector público de las tecnologías disruptivas, como la inteligencia artificial o el blockchain, está abriendo el camino a un nuevo modelo de Administración pública basado en el análisis de datos para aportar valor a la sociedad.

A lo largo de esta evolución, la automatización administrativa se ha venido realizando con diferente intensidad desde que las Administraciones públicas empezaron a utilizar los medios electrónicos. Inicialmente, las Administraciones públicas utilizaron los medios electrónicos para automatizar tareas rutinarias y repetitivas como gestionar nóminas, notificar actos administrativos o emitir certificados. En la actualidad, el uso de la inteligencia artificial permite la automatización de la toma de decisiones complejas o la automatización de la prestación de servicios públicos basados en el análisis de grandes volúmenes de datos.

Así se desprende, por ejemplo, del estudio elaborado por la Autoritat Catalana de Protecció de Dades sobre las decisiones automatizadas que muestra cómo son numerosas las aplicaciones que ya tiene la inteligencia artificial en la automatización de decisiones en la prestación de servicios sanitarios (por ejemplo, para entender o extraer información sobre enfermedades, sugerir diagnósticos o gestionar mejor los hospitales), en el ámbito de la justicia (por ejemplo, previendo la reincidencia criminal), de la educación (por ejemplo, para evaluar o para ayudar a estudiantes con dislexia o problemas de lectura) o de los servicios sociales (por ejemplo, para conceder ayudas a personas en situación de dependencia o problemas económicos) (Autoritat Catalana de Protecció de Dades, 2020).

Tanto los distintos usos de los medios electrónicos en las Administraciones públicas como, en particular, la automatización de la actividad pública ha ido teniendo su reflejo en una regulación que ha tratado de irse adaptando al desarrollo de la tecnología y a su impacto en las Administraciones públicas aunque no es suficiente para dar respuesta a los nuevos retos que genera.

Como muestra podemos traer a colación la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos que en su día reguló la actuación administrativa automatizada de manera innovadora. Sin embargo, la regulación que introdujo, que ha sido prácticamente reproducida en la actualmente en vigor, no es suficiente para dar respuesta al desarrollo tecnológico y, en particular a los usos de la inteligencia artificial en la automatización de las Administraciones públicas.

En las próximas páginas nos proponemos definir qué es la actuación administrativa automatizada a partir del análisis de la regulación vigente. A continuación, examinaremos las distintas manifestaciones de la automatización de la Administración pública y, en particular, el impacto que puede tener el uso de la inteligencia artificial. Posteriormente expondremos el impacto que puede tener la automatización de las Administraciones públicas en la protección de datos personales. Por último, haremos algunas reflexiones sobre la incidencia de la automatización de la actuación administrativa en el empleo público.

II. LA CONFIGURACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

La automatización es el proceso por el cual las Administraciones públicas adoptan actos o desarrollan sus actuaciones a través de medios electrónicos sin la intervención directa de personas.

El régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada ha sido recogido en distintas normas que, a pesar del desarrollo tecnológico producido en los últimos años y las oportunidades que ello ha ido abriendo para las Administraciones públicas, no han variado sustancialmente en su contenido.

La legislación básica de régimen jurídico y procedimiento administrativo reguló por primera vez la actuación administrativa automatizada en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta norma siguió en cierto modo el modelo ya incorporado en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que ya había previsto la posibilidad de que la administración tributaria actuase de forma automatizada para lo que debía garantizar la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que pudiesen interponerse (artículo 96) (Delgado García y Oliver Cuello, 2007).²

² Véase, asimismo, los artículos 84 y 85 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio

En la actualidad, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público define la actuación administrativa automatizada y determina sus principales elementos configuradores.

En desarrollo de la normativa básica, diversas normas autonómicas han perfilado la actuación administrativa automatizada concretando algunos de sus elementos configuradores.

II.1. Elementos basilares de la actuación administrativa automatizada

En la actualidad, el régimen básico de la actuación administrativa automatizada se encuentra definido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en 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 que definen sus elementos básicos, los requisitos de seguridad y el régimen de transparencia.

Junto a estas normas, tanto con carácter previo como posteriormente, distintas Comunidades Autónomas (por ejemplo, Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana o Galicia) han regulado con mayor detalle o precisión la actuación administrativa automatizada.

Resulta de interés observar cómo algunas de estas normas más allá de regular los requisitos que deben concurrir en la actuación administrativa automatizada, persiguen impulsar o fomentar la automatización de las Administraciones públicas. Así, la Ley 4/2019, de 17 de julio, de administración digital de Galicia prevé que la administración y el sector público autonómico promoverán las actuaciones administrativas automatizadas. Igualmente, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía establece que en materia de administración electrónica se tendrá en cuenta, entre otros principios, el impulso de la actuación administrativa automatizada (artículo 3.2.g) y se promoverá activamente la actuación administrativa automatizada (artículo 40).

Como punto de partida de nuestro análisis podemos traer a colación que la LRJSP define la actuación administrativa automatizada como “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” (artículo 41.1 LRJSP).

Como se desprende de la lectura de este precepto, la actuación administrativa automatizada se caracteriza por la concurrencia de tres elementos: actuación realizada a través de medios electrónicos; actuación en el marco de un procedimiento administrativo y actuación sin intervención directa de empleado público.

II.1.1. Actuación realizada a través de medios electrónicos

Según la LRJSP, la actuación administrativa automatizada es aquella que se realiza íntegramente a través de medios electrónicos.

A pesar de la claridad de este elemento, debemos advertir que la LRJSP no define en la actualidad qué debe entenderse por medio electrónico. Tampoco lo hace 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.

Sí lo hacía la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que ante la ausencia de una definición en la propia LRJSP y a la vista del concepto amplio utilizado puede resultar de utilidad. En particular, la Ley 11/2007, de 22 de junio definía el medio electrónico de una manera muy amplia al referirse a cualquier “mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras”.

En los últimos años, algunas Administraciones públicas están incorporando en su funcionamiento la inteligencia artificial que también está empezándose a usar en la actuación administrativa automatizada.

II.1.2. Actuación en el marco de un procedimiento administrativo

La actuación administrativa automatizada es una actuación formalizada desarrollada en el marco de un procedimiento administrativo.

En este sentido, los medios electrónicos pueden ser utilizados para llevar a cabo automáticamente distintos trámites que integran las diversas fases que conforman el procedimiento administrativo: desde el inicio del procedimiento a su resolución pasando por los actos de ordenación y de instrucción.

Sin embargo, como ha destacado Valero, “la regulación de 2015 se sigue centrando en la actividad administrativa formalizada y, en particular, en el acto y el procedimiento administrativos como paradigmas de las garantías subyacentes” lo que, advierte, es “un enfoque manifiestamente insuficiente desde la perspectiva de la transformación digital que se demanda del sector público” (Valero Torrijos, 2019, 85).

A pesar de ello, consideramos que más allá de la automatización de los trámites realizados en el marco de un procedimiento administrativo según lo dispuesto en la LRJSP, la automatización a través del uso de los medios electrónicos puede

abarcar también las actuaciones materiales de la Administración, por ejemplo, en la prestación de servicios públicos. Así, como hemos tenido ocasión de analizar en detalle en otra ocasión, en las ciudades inteligentes se prestan de manera automatizada multitud de servicios relacionados con la movilidad y el transporte, la seguridad ciudadana, el turismo o la sostenibilidad (Cerrillo i Martínez, 2020b).

La LRJSP no limita el tipo de actuaciones que se desarrollan durante la tramitación de un procedimiento administrativo que pueden ser automatizadas y, por lo tanto, a priori tampoco las potestades que pueden ser ejercidas a través de medios electrónicos sin la intervención de una persona. Ello abre el debate, al que nos referiremos a continuación, sobre si existe, o debe ser limitada, la posibilidad de automatizar el ejercicio de determinadas potestades.

II.1.3. Actuación sin intervención directa de empleado público

La principal característica de las actuaciones administrativas automatizadas es que deben realizarse íntegramente a través de medios electrónicos, es decir, sin intervención humana. Sin embargo, esta característica no implica que en la actuación administrativa automatizada no haya ninguna participación de una persona.

A) La ausencia de intervención humana en la actuación administrativa automatizada

La ausencia de intervención de los cargos o empleados públicos es el tercer elemento definidor de la actuación administrativa automatizada y tal vez el que entraña mayores consecuencias y ha sido objeto de mayores controversias.

En efecto, como observaba Martín Delgado, “la total la ausencia de intervención de persona física en la adopción de una resolución administrativa parece no encajar en la construcción dogmática” de la teoría del órgano y del concepto de acto administrativo (Martín Delgado, 2009, 356). En esta dirección, por ejemplo, Parada negaba la posibilidad de que un acto administrativo pudiese dictarse sin la intervención de una persona puesto que estos son “manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos” (Parada Vázquez, 1999, 174).

Sin embargo, hoy en día, la ausencia de intervención humana en la actuación administrativa automatizada está ampliamente aceptada y, como concluía Martín Delgado hace unos años, “la actuación administrativa automatizada resulta perfectamente compatible con la teoría del órgano y con el concepto actual de acto administrativo” (Martín Delgado, 2009, 357).

A pesar de ello, en la actualidad el debate se ha situado alrededor de las decisiones que pueden automatizarse y, en particular, si existen algunas decisiones públicas

que únicamente pueden ser tomadas por personas o que deben tomarse con una intervención fundamental de una persona.

En relación con esta cuestión, para algunos autores si bien es posible automatizar la toma de decisiones regladas, la respuesta no puede ser positiva respecto al ejercicio de potestades discrecionales (Valero Torrijos, 2007, 75); (Alamillo Domingo y Urios Aparisi, 2011, 94-95), debiendo reservar la actuación administrativa automatizada a “actos sencillos que no requieran una labor de ponderación” (Bauzá Martorell, 2017, 740). En esta dirección, respecto al uso de la inteligencia artificial en la automatización de la Administración pública, Ponce se refiere a la necesidad de establecer “una reserva para la toma de ciertas decisiones a humanos, lo que denominaremos aquí una reserva de humanidad” recomendando a su vez “la prohibición del uso de la IA en relación con ejercicio de potestades discrecionales” (Ponce Solé, 2019).

La lectura de las normas autonómicas que han regulado esta cuestión parece confirmar esta posición y limitar la automatización al ejercicio de potestades regladas. Así, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña dispone que las Administraciones públicas “pueden realizar actuaciones automatizadas para constatar la concurrencia de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, declarar las consecuencias previstas, adoptar las resoluciones y comunicar o certificar los datos, los actos, resoluciones o los acuerdos que consten en sus sistemas de información, mediante la utilización del sistema de firma electrónica que determinen” (artículo 44). También la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón que dispone que “no se considerará actuación administrativa automatizada cuando sea necesario aplicar criterios subjetivos de decisión, bien de forma individualizada o colectiva, ni la ejecución de procesos fragmentados dentro de un mismo acto o actuación administrativa” (artículo 43). A su vez, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía prevé que el impulso de la actuación administrativa automatizada se llevará a cabo, entre otros usos, en “la adopción de un acuerdo o decisión administrativa mediante la aplicación de fórmulas matemáticas y otros procesos puramente mecánicos en los que se utilicen valores cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras y porcentajes” o “la constatación puramente mecánica de requisitos previstos en la normativa aplicable y la posterior declaración, en su caso, de la consecuencia jurídica prevista en la misma” no siendo posible “realizar mediante actuación administrativa automatizada actividades que supongan juicios de valor” (artículo 40).

De este modo, de la lectura de estas normas parece desprenderse que el legislador está pensando principalmente en el uso de las actuaciones administrativas automatizadas en el ejercicio de potestades regladas.

Sin embargo, la lectura de las propias normas parece permitir también la posibilidad de automatizar la adopción de algunos actos ejerciendo algunas potestades a través de medios electrónicos que pueden entrañar cierto grado de discrecionalidad. Así, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña ciñe la actuación administrativa automatizada únicamente a “los actos que puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos” (artículo 44) lo que puede llegarse a producir en determinadas decisiones discrecionales. Asimismo, la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón remite a que reglamentariamente se fijarán “los criterios de modelización de algoritmos, de publicación de los árboles de decisión y los códigos fuente, de almacenaje, de identificación de los responsables, así como los criterios éticos de actuación en el tratamiento de la información”, lo que abre la puerta al uso de la inteligencia artificial y, de este modo, a la automatización del ejercicio de decisiones discrecionales.

Precisamente, en la dirección que parecen apuntar de manera sutil algunas de las normas autonómicas y que no descarta la legislación básica, otros autores se han mostrado partidarios de utilizar los medios electrónicos para automatizar el ejercicio de potestades discrecionales, por ejemplo, siempre y cuando sea de baja intensidad como sucede en el caso de la conocida como discrecionalidad técnica (Martín Delgado, 2009, 369-370).

En otros casos, el potencial derivado del uso de la inteligencia artificial ha llevado a más autores a reconocer la posibilidad de utilizar estos medios en el ejercicio de potestades discrecionales. En esta dirección, autores, como Huergo Lora, consideran que “es perfectamente posible y válido que la Administración utilice, entre otros factores, predicciones algorítmicas” en el caso de potestades discrecionales (Huergo Lora, 2020). Incluso algunos autores señalan que será en las decisiones discrecionales donde la inteligencia artificial puede suponer una ganancia cualitativa superior (Boix Palop, 2020). Por último, más allá de nuestras fronteras, se ha llegado a acuñar la expresión discrecionalidad digital para hacer referencia al uso de los medios electrónicos en el ejercicio de potestades discrecionales ofreciendo alternativas o reemplazando al decisor a través de la automatización (Busch y Henriksen, 2018, 4) con lo que incrementar significativamente la calidad de las decisiones.

Como hemos tenido oportunidad de analizar con detalle en otra ocasión, a nuestro entender no cabe una respuesta única y general a esta cuestión por lo que la automatización del ejercicio de las potestades discrecionales será posible siempre y cuando los medios electrónicos sean capaces de tomar decisiones de igual o mayor calidad que las que puedan adoptar las personas (Cerrillo i Martínez, 2020a).

En esta dirección, podemos observar que los medios electrónicos y, en particular, la inteligencia artificial, puede ser mucho más eficiente que las personas para tomar decisiones de calidad en entornos de baja complejidad incluso donde haya cierta incertidumbre. En cambio, cuando los entornos en los que deben adoptarse las decisiones sean complejos, el nivel de incertidumbre sea alto o los datos disponibles sean escasos o de baja calidad, los medios electrónicos pueden tener un menor papel en la toma de decisiones debiéndose atribuirse a las personas. Asimismo, si la decisión exige desarrollar procesos analíticos puede ser eficiente el uso de la tecnología sustituyendo a las personas, mientras que sí comporta la realización de un proceso racional complejo, como realizar juicios o ponderaciones, no lo será. En última instancia, hoy en día, en la medida en que los algoritmos carecen de empatía o sentido común, que pueden ser fundamentales en la toma de decisiones públicas, la toma de decisiones deberá reservarse a las personas si ello es fundamental para garantizar su calidad.

De este modo, la respuesta a la pregunta de si las Administraciones públicas pueden automatizar la toma de decisiones discrecionales, que debe estar necesariamente presidida por el principio de precaución, pasa por analizar el tipo de decisión que debe adoptarse, el entorno en el que deba adoptarse, la disponibilidad de datos y su calidad y la necesidad de estar dotado de determinadas capacidades personales para poder adoptar una decisión de calidad. Junto a este análisis deberá conocerse el nivel de desarrollo de la tecnología para poder contrastar su adecuación a lo anterior (por ejemplo, ya existen algoritmos que son capaces de realizar juicios o ponderaciones complejos, como los que rigen los coches automatizados, o capaces de analizar emociones).

Por lo tanto, cuando el nivel de discrecionalidad sea alto y de este modo la complejidad o la incertidumbre mayor, los juicios o ponderaciones más complicados, se requieran no solo criterios técnicos o sean necesarias determinadas capacidades personales, los medios electrónicos pueden ser un instrumento de apoyo a la toma de decisiones por las personas, pero no un instrumento para la automatización de la toma de decisiones discrecionales sustituyendo de este modo a las personas que serán capaces de tomar decisiones de mayor calidad. Sin embargo, esta conclusión no es absoluta ni permanente en el tiempo por lo que se deberá ir actualizando a medida que vaya evolucionando el desarrollo de la tecnología. En última instancia, será recomendable realizar un análisis de los riesgos que la automatización pueda suponer en relación con otros principios y bienes (Cerrillo i Martínez, 2020a).

B) La supervisión humana de la actuación administrativa automatizada

Las actuaciones administrativas automatizadas si bien se caracterizan por la ausencia de intervención humana no están exentas de toda participación de las personas.

Desde un punto de vista general consideramos que cualquier decisión automatizada debería contar con algún tipo de supervisión humana que pueda garantizar la fiabilidad de los resultados de la automatización (Cerrillo i Martínez, 2020a). De esta manera, como destaca Gamero en relación con el uso de la inteligencias artificial en la automatización de la Administración pública, “la supervisión del sistema y su auditoría son, por tanto, el primer y muy relevante mecanismo de control que debe existir sobre la inteligencia artificial en el sector público” (Gamero Casado, 2021).

En esta dirección, debemos recordar que la fiabilidad ha sido reconocida como un principio ético que debe guiar el desarrollo de la inteligencia artificial con el fin de garantizar la licitud del uso de la inteligencia artificial; en su eticidad y en su robustez (Comisión Europea, 2020); (Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, 2019).

La fiabilidad del uso de los medios electrónicos y en particular de la inteligencia artificial en la automatización de las actuaciones administrativas, puede garantizarse a través de la supervisión humana. Esta supervisión se puede concretar a través de la aprobación de las especificaciones técnicas de los algoritmos, la identificación de los mecanismos de supervisión y control o la valoración de su impacto en los principios de funcionamiento de las Administraciones públicas y en los derechos y libertades de las personas.

La supervisión también puede ser realizada por las personas limitando el alcance de la actuación administrativa automatizada a la elaboración de propuestas que sirvan de base para las decisiones que finalmente adopten las personas, es decir, que se reserve la actuación administrativa para emitir actos de trámite, por ejemplo, en el ejercicio de determinadas potestades discrecionales.

Asimismo, la supervisión humana también se puede llevar a cabo a través de la monitorización de las decisiones que se adoptan de manera automatizada con mayor o menor posibilidad de que sean frenadas (Wieringa, 2020, 3). En esta dirección, la supervisión se puede llevar a cabo a través de distintos mecanismos como el control humano de las decisiones que adopta el algoritmo, la evaluación del funcionamiento del algoritmo, el seguimiento de la actividad desarrollada por la inteligencia artificial en su conjunto para poder decidir cómo y cuándo se utilizan los algoritmos.

Todo ello podría verse reforzado con la creación de una gobernanza de la inteligencia artificial diseñada para garantizar la fiabilidad, o sea, la seguridad -jurídica y tecnológica-, la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de

los algoritmos en la automatización de las Administraciones públicas a través de la puesta en funcionamiento de un organismo que vele por la incorporación de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas y por la transparencia de los algoritmos y el control de su diseño, funcionamiento y aplicación (Cerrillo i Martínez, 2019b, 22 y ss.).

La LRJSP ha previsto algunos mecanismos para la supervisión de la automatización a través de la intervención de personas en diferentes momentos (artículo 41.2).

En primer lugar, con carácter previo a la automatización de una actuación administrativa será necesario que se determine el órgano u órganos al que se atribuya la competencia para definir las especificaciones de la actuación administrativa automatizada, su programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad de la actuación administrativa automatizada. También puede preverse la auditoría del sistema de información y de su código fuente.

En segundo lugar, también se prevé la intervención humana al resolver los recursos contra las decisiones automatizadas. Al respecto, la LRJSP exige que la Administración pública defina el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

Junto a esta norma, aunque sin carácter básico, el Real Decreto 203/2021 ha añadido respecto a lo que dispone la LRJSP que la resolución por la que determine que una actuación administrativa sea automatizada deberá establecer las medidas que sean adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas (artículo 13).

II.2. La seguridad de la actuación administrativa automatizada

Las Administraciones públicas deben adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar la identidad del órgano al que se imputa la decisión automatizada, que la decisión automatizada responde a la voluntad de la propia Administración y que esta no ha sido alterada.

En esta dirección, la LRJSP prevé que cada Administración pública determine los supuestos y sistemas de firma electrónica que se utilizarán en el ejercicio de competencias de manera automatizada (artículo 42 LRJSP). De este modo, de la dicción del artículo 42 LRJSP se desprende que las Administraciones públicas podrán no sólo escoger entre los dos posibles sistemas de firma electrónica, sino también decidir que determinadas actuaciones administrativas automatizadas no requerirán el uso de ningún sistema de firma electrónica.

En particular, los sistemas de firma electrónica previstos son:

- Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. Como se recoge en anexo del Real Decreto 203/2021, el certificado cualificado de sello electrónico es aquel “certificado de sello electrónico que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo III del Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones, electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE”.
- Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente. Según el anexo del Real Decreto 203/2021, el Código Seguro de Verificación (CSV) es el “código que identifica a un documento electrónico y cuya finalidad es garantizar el origen e integridad de los documentos mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente; el carácter único del código generado para cada documento; su vinculación con el documento generado, de forma que cualquier modificación del documento generado dará lugar a un nuevo documento con un código seguro de verificación diferente; la posibilidad de verificar el documento en la sede electrónica como mínimo por el tiempo que se establezca en la resolución que autorice la aplicación de este procedimiento; así como un acceso al documento restringido a quien disponga del código seguro de verificación”.

II.3. La transparencia de la actuación administrativa automatizada

Una de las principales preocupaciones que con frecuencia se ha puesto de manifiesto en relación con la actuación administrativa automatizada es la opacidad que puede entrañar, es decir, la imposibilidad de conocer cómo se ha realizado el trámite o se ha tomado la decisión sin la intervención de una persona que pueda explicar el proceso lógico seguido o los datos que ha tenido en cuenta al hacerlo.

Esta inquietud se ha incrementado cuando las Administraciones públicas han empezado a utilizar la inteligencia artificial en la automatización de sus actuaciones al darse la circunstancia de que en ocasiones los algoritmos que utilizan son como

cajas negras (Pasquale, 2015). En efecto, como ha sido ampliamente estudiado, el contenido de los algoritmos puede ser inescrutable a los ojos de las personas para las que es imposible o muy costoso explicar cómo el algoritmo ha tomado una decisión o qué datos ha tenido en cuenta para ello. También puede ser opaco porque su conocimiento puede afectar a la propiedad intelectual o a la confidencialidad de la información que debe ser protegida. Asimismo, puede suceder que las Administraciones públicas no dispongan de información sobre los algoritmos porque este haya sido creado por una empresa externa o que aún disponiendo de la información no la difundan para evitar la elusión de la aplicación del algoritmo (por ejemplo, por parte de un defraudador de impuestos respecto a los algoritmos que luchan contra el fraude). Esta opacidad puede generar que ni las personas interesadas ni tampoco las propias Administraciones públicas puedan saber cómo ha tomado el algoritmo la decisión o los motivos que le han llevado a ella (Cerrillo i Martínez, 2021c).

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común contemplaba en su artículo 45 que “los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características” (apartado 4). Sin embargo, esta obligación fue reiteradamente incumplida durante su vigencia de modo que la Ley 11/2007, de 22 de junio, optó por suprimirla.

En la actualidad, la LRJSP reconoce con carácter general el principio de transparencia de la actuación administrativa (artículo 3). Sin embargo, no contempla en su articulado ningún mecanismo específico para transparentar las actuaciones administrativas automatizadas más allá de los mecanismos habituales de publicidad de los actos administrativos, por ejemplo, a través de la notificación.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno si bien prevé que las Administraciones públicas deben difundir información pública a través de los portales de transparencia y facilitar el acceso a la información que haya sido solicitada por la ciudadanía, no prevé específicamente la difusión proactiva de información relacionada con las decisiones administrativas automatizadas.

La aprobación del 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 ha supuesto una novedad relevante en relación con esta cuestión. En efecto, al regular el contenido y los servicios de las sedes electrónicas prevé que se pondrá a disposición de las personas interesadas a través de la sede electrónica,

entre otros contenidos, información relativa a las actuaciones administrativas automatizadas (artículo 11.1.i).

En primer lugar, las sedes electrónicas deben difundir la relación actualizada de actuaciones administrativas automatizadas. En relación con las actuaciones, llama la atención que no son únicamente aquellas relacionadas con los procedimientos o los trámites, como se desprende del artículo 41 LRJSP, sino también de los servicios disponibles que, en general, prestan de manera automatizada las Administraciones públicas a través de la sede electrónica.

En segundo lugar, respecto a cada una de las actuaciones administrativas automatizadas, debe difundirse la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje.

Finalmente, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo también prevé, respecto al ámbito estatal, que se publicará en la sede electrónica la resolución de autorización de una actuación administrativa automatizada (artículo 13.2).

Junto a ello, podemos advertir como algunas de las normas autonómicas que regulan la actuación administrativa automatizada también prevén que “las resoluciones de las actuaciones se ubican en la sede electrónica de la Administración de la Generalitat” (artículo 54.2 Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital). En particular, estas resoluciones se dictarán con carácter previo a la puesta en funcionamiento de la actuación automatizada y deberá incorporar 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 así como el órgano responsable a los efectos de impugnación de la actuación administrativa automatizada. Igualmente lo ha previsto la Ley 4/2019, de 17 de julio, de administración digital de Galicia al establecer que “se publicará en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en el «Diario Oficial de Galicia» el texto íntegro de las resoluciones indicadas en el apartado anterior”.

III. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

Como se desprende de la definición de la actuación administrativa automatizada recogida en la LRJSP son muchas las actividades públicas que pueden realizarse por medios electrónicos sin la intervención de una persona. Tal y como se desprende de la LRJSP la determinación de las actuaciones administrativas que se automatizarán tienen carácter potestativo. En efecto, con carácter general y salvo los casos que se expondrán a continuación no se prevé ninguna obligación ni criterio que exija a la

Administración que una actuación se lleve a cabo de manera automatizada. Como ha puesto de manifiesto Tarrés, “ello es perfectamente compatible con el principio antiformalista del procedimiento administrativo” (Tarrés Vives, 2012, 457).

Asimismo, más allá de las actuaciones que se incluyan dentro de la noción que recoge la normativa básica de régimen jurídico vinculada al desarrollo de la actuación automatizada en el marco de un procedimiento administrativo, los medios electrónicos pueden sustituir a las personas en otras muchas actuaciones públicas.

III.1. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas

Las Administraciones públicas vienen desarrollando distintas actuaciones de trámite de manera automatizada.

En esta dirección, podemos observar cómo la LPACAP prevé la expedición automática de recibo por el registro electrónico de cada Administración pública (artículo 16). Este recibo consiste en la emisión de una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos.

La LPACAP también regula la comprobación automática de datos de la solicitud a partir de los sistemas normalizados de solicitud (artículo 66). Esta comprobación podrá realizarse respecto de datos almacenados en los sistemas de la propia Administración pública o de otras Administraciones. Asimismo, a partir de los datos, se podrán ofrecer formularios cumplimentados, en todo o en parte, a fin de que cada persona verifique la información, la modifique o la complete.

Además, la LPACAP prevé la digitalización y realización automática de copias de documentos (artículo 27.1).

Igualmente, la LPACAP dispone el impulso de oficio y a través de medios electrónicos del procedimiento administrativo (artículo 71).

Finalmente, la LPACAP regula la publicación de notificaciones y anuncios en el BOE previéndose que el Boletín Oficial del Estado pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas, un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación en el mismo (Disposición adicional tercera).

Además de estas actuaciones, existen otras que tradicionalmente también se han venido realizando de manera automática si bien no están explícitamente

previstas en la legislación básica (Alamillo Domingo y Urios Aparisi, 2011, 133 y ss.). Este sería el caso de la foliación automática de expedientes; la migración automática de documentos electrónicos o los intercambios automáticos de datos entre administraciones públicas. También el de la remisión automática de comunicaciones electrónicas a las personas interesadas.

Asimismo, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña dispone las actuaciones que podrán realizarse de manera automatizada las actuaciones automatizadas para constatar la concurrencia de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, declarar las consecuencias previstas, adoptar las resoluciones y comunicar o certificar los datos, los actos, resoluciones o los acuerdos que consten en sus sistemas de información.

Como se desprende de estos ejemplos, la mayoría de las actuaciones administrativa automatizadas responde a la realización de tareas que podrían calificarse como sencillas, rutinarias y masivas, es decir, no implican una actividad compleja de interpretación del ordenamiento jurídico, de razonamiento o de análisis de los hechos sino simplemente la comprobación de unos determinados datos o su comunicación a la persona interesada. Además, son actuaciones habituales en el conjunto de la actividad y el funcionamiento de las Administraciones públicas y, generalmente, afectan a un volumen alto de personas, si bien no en un único procedimiento, sí en procedimientos de un mismo tipo. En la mayoría de los casos, nos encontramos ante la automatización de actuaciones meramente materiales o, en algunos casos, ante actos reglados donde se automatiza únicamente la comprobación de elementos objetivos sin que en ningún caso comporte valoraciones o criterios discrecionales.

III.2. Los robots y la automatización de la administración³

En los últimos años, las Administraciones públicas están incorporando robots para automatizar sus actuaciones. Los robots son dispositivos que disponen de la capacidad de relacionarse con el entorno a través de sensores o del intercambio de datos, de analizar los datos a su disposición y de adaptar de manera autónoma su comportamiento al entorno.

Más allá de los robots que tienen un soporte físico, existen robots que no tienen un soporte físico ni interactúan con objetos sino que lo hacen con otras aplicaciones, pantallas o sistemas actuando con ellas como si fueran personas y que son conocidos como robots software (Gavilán, 2021).

³ Hemos tenido oportunidad de analizar en detalle el uso de robots por las Administraciones públicas en Cerrillo i Martínez, Agustí. 2021b. "Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas." *Revista galega de administración pública* 61:5-42. doi: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>.

Las Administraciones públicas utilizan robots software en la automatización de sus actuaciones. Los robots software son la 'fuerza de trabajo virtualizada' de la Administración pública (Alberth y Mattern, 2017). El uso de robots software por las Administraciones públicas reporta numerosos beneficios como, por ejemplo, ofrecer un servicio permanente e ininterrumpido 24 horas al día 7 días a la semana o suponer un ahorro importante al no requerir grandes inversiones en su implementación ni tener un coste durante su funcionamiento.

Los robots pueden ser utilizados para la automatización de los procesos que llevan a cabo las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad.

En primer lugar, la automatización a través de robots software puede focalizarse en determinados procesos. Es lo que se conoce como automatización robótica de procesos (RPA). En este caso, las Administraciones públicas utilizan programas diseñados para realizar un conjunto de acciones predefinidas en sistemas de información (Lindgren, 2020, 249). Los robots software se utilizan para automatizar tareas rutinarias, masivas o repetitivas basadas en reglas precisas y sencillas, fijadas previamente y con pocas excepciones. Estos robots no realizan ningún juicio cuando automatizan una actuación administrativa. En esta dirección, como explica Pastor Bermúdez "Actualmente la Seguridad Social está empleando la automatización robótica de procesos para sustituir tratamientos manuales en el proceso de alta de autónomos, consiguiéndose pasar de tiempos de tratamiento de minutos en el proceso realizado por personas a segundos en el proceso robotizado" (Pastor Bermúdez, 2021). En esta dirección, las Administraciones públicas utilizan los robots software para la automatización de procesos como el cálculo de impuestos, la gestión de solicitudes de autorización, el procesamiento de sanciones o la gestión de admisiones en centros educativos. También para iniciar la tramitación de procedimientos administrativos como se ha previsto en el recientemente modificado Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social para contemplar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en el orden social mediante la extensión de actas de infracción automatizadas.⁴

En segundo lugar, la automatización a través de estos robots puede destinarse a la interacción con personas. En este caso, las Administraciones públicas pueden utilizar los robots conversacionales que son aplicaciones diseñadas para que las personas puedan interactuar con dispositivos en lenguaje natural. De este modo, una persona puede relacionarse con un robot de manera oral o escrita y el robot

⁴ Artículo 53.1.a) modificado por el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Véase, en general, sobre la selección automatizada de sujetos a investigar (Todoli Signes, 2020).

puede no solo entender el mensaje sino actuar en consecuencia. Estos robots conversacionales han ido asumiendo funciones más complejas hasta el extremo de que en la actualidad pueden no solo facilitar información previamente guardada, sino que también pueden mantener una conversación con una persona o dar respuesta a las necesidades manifestadas por ella.

El Plan de digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025 que define la Estrategia en materia de Administración Digital y Servicios Públicos Digitales,⁵ aprobado por el gobierno en enero de 2021, contempla específicamente la automatización digital de procesos dentro del eje relativo a la transformación digital de la Administración General del Estado (medida 5). El plan también propone facilitar ayuda financiera a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales para la realización de proyectos como la automatización de procesos (medida 17).

III.3. El uso de algoritmos en la automatización de las Administraciones públicas

La inteligencia artificial se está extendiendo entre las Administraciones públicas y con ella la automatización de las actuaciones administrativas que hasta ahora se automatizaban a través de otros sistemas o dispositivos.⁶

Así se constata, por ejemplo, en relación con los robots software a los que nos acabamos de referir que tradicionalmente han basado su funcionamiento en la programación previa realizada por un ingeniero o informático. Sin embargo, en los últimos tiempos algunos robots software ya están utilizando inteligencia artificial en ocasiones de manera limitada o accesorio (por ejemplo, en el procesamiento del lenguaje natural o en la visión computerizada) pero en otras de manera principal. En esta dirección, hoy en día ya existen robots software que son capaces de entender y aprender, de adaptarse a distintas circunstancias, de gestionar entornos inciertos o cambiantes o de generar nuevos conocimientos a partir de la experiencia.

Ello posibilita que los robots conversacionales además de entender a las personas o contestarles a partir de una base de datos de respuestas predefinidas, sean capaces de generar nuevas respuestas adaptadas a la conversación que están manteniendo con la persona o en función del contexto en el que se produce o de la experiencia previa mantenida. Así, la inteligencia artificial está permitiendo que los robots

⁵ Accesible en: https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:ae43f87a-9cdb-4ed9-9d78-d665a5d8491a/20210127_Plan_Digitalizacion_AP_2021-2025.pdf (última consulta: septiembre de 2021).

⁶ En las próximas páginas utilizamos indistintamente las expresiones inteligencia artificial y algoritmos para referirnos a aquellos algoritmos que tienen la capacidad de aprender de los datos y de la experiencia y, a partir de ellos, formar nuevos criterios o tomar decisiones autónomas, es decir, ceñimos la noción de inteligencia artificial al aprendizaje automático o *machine learning*.

puedan ser utilizados no solo para automatizar actuaciones sino también para a partir de los datos generados por la automatización predecir situaciones o identificar perfiles o patrones.

Además, las Administraciones públicas utilizan la inteligencia artificial para automatizar la toma de decisiones sobre qué locales deben ser inspeccionados o qué personas tienen un mayor riesgo de volver a cometer un delito y deben ser incluidos en un programa de rehabilitación. También automatizan la personalización y prestación proactiva de servicios públicos (por ejemplo, en relación con el otorgamiento automatizado de ayudas y subvenciones). Asimismo, las Administraciones públicas ya están automatizando la supervisión y el control de la actividad tanto de las Administraciones públicas como la de la ciudadanía y las empresas (por ejemplo, a través del reconocimiento facial en las fronteras o identificar casos de fraude o corrupción). Incluso, la prestación de determinados servicios públicos se está empezando a automatizar a través del uso de la inteligencia artificial (por ejemplo, mediante el uso de vehículos autónomos para el transporte público).⁷

De este modo, el uso de la inteligencia artificial permite mejorar la eficacia y eficiencia de las Administraciones públicas, la calidad de los servicios que prestan o su prestación personalizada y proactiva. Asimismo, el uso de la inteligencia artificial permite incrementar la automatización de la actividad de las Administraciones públicas.

IV. RIESGOS DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas puede generar diversos riesgos que pueden traducirse en una vulneración de los principios que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas o de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a la ciudadanía (Cerrillo i Martínez, 2019a).

El primer riesgo al que podemos referirnos es a los errores. Es frecuente que los algoritmos tengan problemas de diseño. Como ha advertido Domingos “La gente se preocupa porque los ordenadores lleguen a ser demasiado inteligentes y puedan dominar el mundo, pero el problema real es que aun siendo demasiado estúpidos

⁷ Véanse una muestra de distintos usos de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas españolas y europeas en (Autoritat Catalana de Protecció de Dades, 2020); (AlgorithmWatch, 2019) y (Ernst & Young, 2020) y, en relación a la experiencia norteamericana, en (Engstrom, Ho, Sharkey et al., 2020, 10). A pesar de estos estudios, existe en general poca información sobre las aplicaciones de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas como, entre otros, ponen de manifiesto, (Criado Grande, Valero Torrijos y Villodre, 2020)

ya han dominado el mundo“ (Domingos, 2015). De este modo, es necesario que las Administraciones públicas aborden el proceso de automatización de acuerdo con el principio de precaución. En esta dirección, el Código de conducta ética para los ingenieros en robótica anexo a la Resolución del Parlamento Europeo incorpora entre otros el principio de precaución según el cual “las actividades de investigación en el ámbito de la robótica deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución, anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente”.

Un segundo riesgo son los sesgos que pueden derivar en discriminaciones (Soriano Arnanz, 2021). Desde un punto de vista general, Cathy O’Neil ha indicado que “Los algoritmos aumentan las desigualdades sociales” (O’Neil, 2018). En efecto, es frecuente que los algoritmos tengan sesgos de género, de raza o relacionados con personas con alguna diversidad física o funcional. Los sesgos de la inteligencia artificial pueden estar causados por los datos que utilizan los algoritmos para el aprendizaje automático. De hecho, como advirtió hace unos años la Executive Office of the President (2016, 6), “sería un error considerar que [los algoritmos] son objetivos simplemente porque se basan en datos”. Asimismo, los sesgos pueden ser el resultado del diseño del algoritmo que puede trasladar, de manera consciente o inconsciente, los sesgos de sus diseñadores, que con frecuencia como han puesto de manifiesto distintos estudios son hombres, blancos y sin discapacidad alguna (Buolamwini y Gebru, 2018).

Un tercer riesgo es la limitación de la autonomía y la libertad de las personas. Si bien la automatización de las actuaciones administrativas puede generar beneficios y, en particular, facilitar el disfrute de los servicios públicos, también puede limitar la capacidad de las personas para decidir qué servicios quiere recibir o cómo quiere que sean prestados. Como ha puesto de manifiesto la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las capacidades manipulativas de los procesos algorítmicos adoptada el 13 de febrero de 2019, la elaboración de perfiles “también facilita la microorientación de individuos basada en perfiles de maneras que puedan afectar profundamente su vida”. Así, las tecnologías basadas en datos “inevitablemente, priorizan determinados valores sobre otros, dando forma a los contextos y entornos en los que individuos, usuarios y no usuarios, procesan información y toman sus decisiones”. Todo ello, puede “tener efectos significativos sobre la autonomía cognitiva de los individuos y su derecho a formar opiniones y tomar decisiones independientes”.

La existencia de estos riesgos exige que las Administraciones públicas adopten las medidas necesarias para prevenirlos o, en el caso de que se materialicen, para limitar su impacto en los derechos o intereses de la ciudadanía.

V. EL USO DE DATOS PARA LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La automatización se basa en el uso de datos que con frecuencia serán datos personales relativos a una persona identificada o identificable. No obstante, como advierte la Agencia Española de Protección de Datos “en muchos casos no es sencillo determinar si durante una etapa del ciclo de vida de un sistema basado en IA se tratan o no datos personales” (Agencia Española de Protección de Datos, 2020).

La mayoría de los datos utilizados en la automatización de una actuación administrativa han sido obtenidos por las propias Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades o facilitados por las personas en cumplimiento de obligaciones legalmente previstas. Sin embargo, los datos utilizados por las Administraciones públicas en la automatización también pueden haber sido inferidos por algoritmos de otros datos de manera automatizada. Este proceso de inferencia de datos personales a partir de otros datos puede incidir negativamente en derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la privacidad o a la autonomía de las personas. Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Europa en su Declaración sobre las capacidades manipulativas de los procesos algorítmicos adoptada el 13 de febrero de 2019 “los medios computacionales permiten inferir información íntima y detallada sobre los individuos a partir de datos fácilmente disponibles. Esto favorece la ordenación de individuos en categorías, reforzando así diferentes formas de segregación y discriminación social, cultural, religiosa, legal y económica”.

Cuando las Administraciones públicas utilizan datos personales en la automatización de una actuación deben tener presentes los principios que regulan los tratamientos de datos personales previstos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) (artículo 5). Asimismo, deben dar respuesta a los derechos de las personas interesadas (artículos 12 y ss.). En última instancia, deben basar el tratamiento en alguna de las bases jurídicas que reconoce el RGPD (artículo 6).

Más allá de estos aspectos generales, de manera específica cuando los datos personales son utilizados para la adopción de una decisión automatizada, cabe tener presente que el RGPD prevé distintas obligaciones del responsable del tratamiento como la de facilitar información sobre la existencia de decisiones automatizadas así como información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia

y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado (artículos 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h).

Asimismo, el RGPD regula un derecho a no ser objeto de una decisión automatizada que produzca efectos jurídicos o que afecten significativamente de manera similar (artículo 22.1 RGPD). Sin embargo, estos tratamientos se podrán llevar a cabo cuando sean necesarios para formalizar o ejecutar un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; esté autorizado por el derecho de la Unión o de los Estados miembros que sea de aplicación al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los derechos y las libertades y los intereses legítimos del interesado o se base en el consentimiento explícito del interesado.

Además, la toma de decisiones automatizadas no podrá basarse en los datos personales especialmente protegidos relativos al origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos destinadas a identificar de manera unívoca una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física (artículo 22.4 RGPD).

Respecto al alcance del derecho, hay que tener en cuenta que el Grupo de Trabajo del artículo 29 afirmó que “el responsable del tratamiento no puede obviar las disposiciones del artículo 22 inventándose una participación humana”. Por ello, si no hay una influencia real, no se podrá entender que ha habido una intervención humana. Es necesario que el responsable del tratamiento tenga capacidad de supervisión sobre la decisión que se toma de manera automatizada. En esta dirección, el responsable del tratamiento deberá valorar con qué frecuencia la persona puede variar el sentido de la decisión adoptada por el algoritmo. El grado de participación debe ser significativo y no puede ser simbólico. Por otra parte, también considera que es necesario asegurar que la persona tiene la autoridad y la competencia para cambiar la decisión (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018 11051, 23).

Por lo que a qué decisiones producen efectos jurídicos en el interesado o le afectan significativamente de manera similar, resulta difícil dar una respuesta a todos los efectos del alcance de esta expresión. Para el Grupo de trabajo del artículo 29, “el límite de la importancia debe ser similar al de una decisión que produzca efectos jurídicos” que sean dignas de atención (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 24).

En los casos en los que sea posible la toma de decisiones automatizada para que estos tratamientos sean necesarios para formalizar o ejecutar un contrato o se

basen en el consentimiento explícito del interesado, el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos y las libertades y los intereses legítimos del interesado (artículo 22.3 RGPD). Estas medidas deben incluir como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, el derecho a expresar su punto de vista y el derecho a impugnar la decisión. Además, hay que tener presente que los interesados podrán ejercer su derecho de rectificación cuando los datos personales utilizados en la elaboración del perfil sean inexactas (artículo 16 RGPD). También se podría ejercer el derecho de supresión de los datos personales (artículo 17 RGPD).

Finalmente, el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el RGPD. Entre estas medidas para evaluar el cumplimiento normativo se encuentran las auditorías. Al respecto, la AEPD ha publicado un documento con los requisitos para auditorías de tratamientos que incluyan inteligencia artificial.⁸

En cualquier caso, como ha advertido Roig Batalla (2018) las garantías previstas en el RGPD pueden ser ineficaces cuando se lleven a cabo decisiones automatizadas. Así, de acuerdo con este autor, el derecho de información sólo es un primer paso hacia la protección efectiva respecto a los efectos de la toma de decisiones automatizadas. Asimismo, a su juicio, el derecho a la obtención de una intervención humana puede convertirse en un simple requisito formal sin efecto real en el procesamiento automatizado. Finalmente, considera que el derecho a expresar su punto de vista también tendrá un efecto reducido si tenemos en cuenta la dificultad de refutar una decisión automatizada sin una clara explicación de cómo se ha obtenido la decisión y con los conocimientos técnicos que pueda tener la mayoría de las personas.

VI. EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

No podemos finalizar esta aproximación a la automatización de la Administración sin exponer, aunque brevemente, el impacto que su extensión puede tener en el empleo público.

En efecto, como resulta evidente a estas alturas, la automatización de la Administración pública supone que los empleados y empleadas públicas dejen de realizar determinadas actividades que venían desempeñando para que estas pasen a ser realizadas por ordenadores u otros dispositivos.

⁸ Accesible en: <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf> (última consulta: septiembre de 2021).

De este modo, la automatización de las Administraciones públicas puede afectar al empleo público por lo que respecta a las tareas que realizan los empleados y empleadas públicas, a los sistemas de acceso al empleo público así como a las competencias que deberán tener.

En primer lugar, por lo que respecta a las tareas desarrolladas por los empleados y empleadas públicos, algunos estudios han calculado que el 47% de los trabajos actuales están en alto riesgo de ser automatizados en los próximos 10 o 20 años (Frey y Osborne, 2017, 38). Según otros estudios, esta automatización no afectará únicamente a aquellos trabajos rutinarios sino también a aquellos que tengan un carácter auxiliar, administrativo o técnico (Ramió Matas, 2018, 403-404). No obstante, como advierte Gorriti “hasta 2030 se va a poder someter a automatización los procesos rutinarios complejos, pero quedan lejos los manuales no rutinarios, y no digamos los que implican procesos no rutinarios complejos” (Gorriti Bontigui, 2021). Sin embargo, que la automatización afecte a determinadas tareas que hasta ahora han venido siendo realizadas por personas no debe valorarse exclusivamente como un elemento que afectará negativamente al empleo público ni que ha de comportar necesariamente la destrucción de empleos en el sector público sino que está llamada a impulsar un cambio en el modelo de empleo público.

En segundo lugar, respecto al acceso al empleo público, este nuevo modelo exige garantizar “el acceso de las personas más adecuadas a los perfiles de los puestos previamente definidos en sus tareas y competencias” (Galindo Caldés y Losa Muñoz, 2021, 233). De este modo, en los próximos años las Administraciones públicas deberán ser capaces de incorporar no solo personas con formación en ingeniería o informática o análisis de datos sino también en derecho o filosofía que puedan dar respuesta a los retos jurídicos y éticos que generará la automatización de la Administración pública.

Finalmente, en este nuevo modelo, los empleados y empleadas públicas deberán disponer de las competencias necesarias para desarrollar las tareas más complejas en las que puedan añadir mayor valor en vez de realizar actividades rutinarias o sencillas con bajo valor añadido y que pueden fácilmente ser automatizadas. Asimismo, los empleados y empleadas públicas también deberán potenciar competencias y habilidades que a día de hoy son difícilmente automatizables como la empatía, la creatividad, inteligencia emocional o capacidad de negociación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia Española de Protección de Datos. 2020. “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”.

Alamillo Domingo, Ignacio y Xavier Urios Aparisi. 2011. *Lactuació administrativa automatitzada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metodològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.

Alberth, Markus y Michael Mattern. 2017. “Understanding robotic process automation (RPA)”. *Journal of Financial Transformation* 46:54-61.

AlgorithmWatch. 2019. “Automating Society Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU”.

Autoritat Catalana de Protecció de Dades. 2020. “Intel·ligència Artificial. Decisions Automatitzades a Catalunya”. Barcelona: Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

Bauzá Martorell, Felio J. 2017. “Identificación, autenticación y actuación automatizada de las administraciones públicas” en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Vol. 1, editado por E. Gamero Casado, S. Fernández Ramos y J. Valero Torrijos. Valencia: Tirant lo Blanch.

Buolamwini, Joy y Timnit Gebru. 2018. “Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification.” en *Conference on fairness, accountability and transparency*: PMLR.

Busch, Peter André y Helle Zinner Henriksen. 2018. “Digital discretion: A systematic literature review of ICT and street-level discretion”. *Information Polity* 23(1):3-28.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2019a. “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”. *Revista General de Derecho Administrativo* 50.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2019b. “Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes”. *Revista Catalana de Dret Públic* 56:13-28. doi: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3277>.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2020a. “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”. *European review of digital administration & law* 1(1):18-36.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2020b. “Los servicios de la ciudad inteligente.” en *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones y retos. Libro de actas del Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo*, editado por C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2021a. “Presentación.” en *La transformación digital de la Administración local*, editado por A. Cerrillo i Martínez. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2021b. “Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas.” *Revista galega de administración pública* 61:5-42. doi: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>.

Cerrillo i Martínez, Agustí. 2021c. “La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas.” en *Anuario de Transparencia Local*, Vol. 3, editado por R. Camp Batalla. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Comisión Europea. 2020. “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final”.

Criado Grande, Ignacio, Julián Valero Torrijos y Julián Villodre. 2020. “Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system.” *Information Polity* 25:449–70. doi: 10.3233/IP-200260.

Delgado García, Ana Ma. y Rafael Oliver Cuello. 2007. “L'actuació administrativa automatitzada. Algunes experiències en l'àmbit tributari.” *Revista Catalana de Dret Públic* 35.

Domingos, Pedro. 2015. *The master algorithm: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world*: Basic Books.

Engstrom, David Freeman, Daniel E. Ho, Catherine M. Sharkey y Mariano-Florentino Cuéllar. 2020. “Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies”.

Ernst & Young. 2020. “Inteligencia Artificial en el Sector Público. Cómo se benefician 213 organizaciones públicas de la IA. Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes”. Madrid: Microsoft.

Executive Office of the President. 2016. “Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights”. Washington: The White House.

Frey, Carl Benedikt y Michael A Osborne. 2017. “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?”. *Technological forecasting and social change* 114:254-80.

Galindo Caldés, Ramon y Virginia Losa Muñiz. 2021. “Los retos del empleo público ante la transformación digital local.” en *La transformación digital de la Administración local*, editado por A. Cerrillo i Martínez. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Gamero Casado, Eduardo. 2021. “Compliance (o Cumplimiento Normativo) de desarrollos de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones administrativas”. *Diario La Ley* 50.

Gavilán, Ignacio G. R. 2021. *Robots en la sombra: RPA, robots conversacionales y otras formas de automatización cognitiva*. Madrid: Anaya.

Gorriti Bontigui, Mikel. 2021. “Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración pública del siglo XXI” en *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, editado por C. Ramió. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Grupo de trabajo del Artículo 29. 2018. “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679”.

Huergo Lora, Alejandro. 2020. “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo” en *La regulación de los algoritmos*, editado por A. Huergo Lora. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters.

Lindgren, Ida. 2020. “Exploring the Use of Robotic Process Automation in Local Government”. *EGOV-CeDEM-ePart 2020*:249.

Martín Delgado, Isaac. 2009. “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”. *Revista de Administración Pública* 180:353-86.

O’Neil, Catherine. 2018. *Armas de destrucción matemática*. Madrid: Capitán Swing.

Parada Vázquez, Ramón. 1999. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Madrid: Marcial Pons.

Pasquale, Frank. 2015. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Pastor Bermúdez, Andrés. 2021. “Innovando con servicios digitales en la administración pública” en *Administración digital e innovación pública. Repensando la Administración Pública*, editado por C. Ramió. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Ponce Solé, Juli. 2019. “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico.” *Revista General de Derecho Administrativo* 50.

Ramió Matas, Carles. 2018. “El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público.” *GIGAPP Estudios Working Papers* 98:401-21.

Roig Batalla, Antoni. 2018. “Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR).” *European Journal of Law and Technology* 8(3).

Soriano Arnanz, Alba. 2021. “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales” *Revista General de Derecho Administrativo* 56.

Tarrés Vives, Marc. 2012. “La actuación administrativa automatizada” en *La Ley 26/2010, del 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, editado por J. Tornos i Mas. Madrid: Iustel.

Todoí Signes, Adrián. 2020. “Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social” *Revista galega de administración pública* 59:313-37.

Valero Torrijos, Julián. 2007. *El régimen jurídico de la e-Administración*. Granada: Comares.

Valero Torrijos, Julián. 2019. “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración” *Revista Catalana de Dret Públic* 58:82-96. doi: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307>.

Wieringa, Maranke. 2020. “What to account for when accounting for algorithms: a systematic literature review on algorithmic accountability” en *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*.

LA SEGURIDAD EN EL USO DE LA TECNOLOGÍA Y COMUNICACIONES.

Jorge Fondevila Antolín¹

I. CONSIDERACIONES INICIALES.

Una de las cuestiones que actualmente presentan mayor importancia en el ámbito del desarrollo de la denominada “Administración Digital”, es la de la seguridad de la información y su tratamiento, con la finalidad de permitir su protección adecuada, esta materia fue objeto de regulación inicial por el artículo 42 de la hoy derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en adelante (LAE), desarrollado posteriormente por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, en adelante (ENS), si bien, en estos momentos el nuevo marco normativo vía Ley ordinaria es mucho más limitado, de manera que parece que formalmente se le otorga mucha menos importancia, así, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante (LPAC) las referencias a esta materia son de carácter puntual, como posteriormente comprobaremos, y solo el artículo 156.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante (LRJSP) realiza una mención expresa y mínimamente concreta al Esquema Nacional de Seguridad, manteniéndose afortunadamente en vigor las previsiones del ENS. Estas regulaciones constituyen un régimen jurídico de inmediata y directa aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas dado el carácter básico de las mismas, conforme determina la Disposición final decimocuarta de la LRJSP, y

¹ Jefe Asesoría Jurídica de la Consejería de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior (Gobierno de Cantabria). Doctor en Derecho; Funcionario de habilitación carácter nacional: Escala de secretaria; Funcionario del Gobierno de Cantabria: Cuerpo de Letrados y Cuerpo Técnico Superior. Las líneas de investigación desarrolladas son esencialmente empleo público, e-administración y contratación electrónica, en estas áreas ha publicado siete monografías y participado en diecinueve publicaciones colectivas, además de múltiples artículos en revistas jurídicas.

que como señalaba (Valero 2013: 179) con relación al anterior marco normativo, pero aplicable de igual manera al actual, constituyen “auténticas normas jurídicas cuya infracción no puede quedar simplemente en el ámbito del incumplimiento de buenas prácticas, hasta el punto de que podría afectar incluso a la validez de las actuaciones que se lleven a cabo utilizando medios electrónicos”.

Ahora bien, del examen de las previsiones tanto de la derogada LAE como actualmente de la LRJSP y el ENS se aprecia claramente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, un claro problema la ausencia de regulación del rango normativo que deberían tener los diferentes instrumentos de desarrollo de sus previsiones, en concreto, nos referimos a las denominadas Guías de seguridad, Instrucciones Técnicas, Normas de seguridad, procedimientos generales y específicos, y ello, por cuánto esta previa determinación de rango normativo condiciona directamente tanto el grado de vinculación “ad intra” como “ad extram” y, lógicamente, las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de un supuesto incumplimiento de sus previsiones, especialmente con relación a su vinculación como legislación básica para las Comunidades Autónomas.

Es decir, nos encontramos con un grave problema en la aplicación de las citadas previsiones legales (LPAC, LRJSP y ENS), ya que, del contenido de los citados cuerpos legales y a la vista de las disposiciones adoptadas por diferentes Administraciones Públicas (AGE, CC.AA y EE.LL.), nos encontramos ante la creación de unos instrumentos de dudosa naturaleza jurídica, en algunos casos (normas generales, procedimientos, etc.), con las lógicas consecuencias de inseguridad jurídica en el momento de su aplicación y en especial sobre su obligatoriedad y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, entre la que destaca especialmente la posible exigencia de responsabilidad patrimonial a la administración ante incumplimientos o inactividad en esta materia, ya que las mismas contienen en muchos casos, a título de ejemplo, medidas organizativas que afectan al régimen de desempeño de sus funciones como el disciplinario de los empleados públicos, y también, a cuestiones de gran importancia en el tratamiento de información y que puede afectar a los datos personales de ciudadanos.

Desde luego, de lo que no hay duda es que la totalidad de las Administraciones Públicas deben ajustarse a las citadas previsiones legales, y con independencia de la problemática que hemos señalado y que será objeto de un breve examen en este trabajo, también, es importante destacar otro problema, en concreto, la dificultad presupuestaria y organizativa para cumplimiento de estas obligaciones legales por parte de las Comunidades Autónomas, y lógicamente también por las Entidades Locales (Valero 2013: 180).

II. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA SEGURIDAD DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

II.1. Examen del Marco Normativo General de la Seguridad de la Información.

El régimen jurídico que regula la problemática de la seguridad de la información en nuestras Administraciones Públicas se encuentra regulado fundamentalmente por el siguiente conjunto normativo, debiendo indicar que para un examen más amplio y detallado de todos los temas expuestos en este apartado nos remitimos a nuestro trabajo (Fondevila 2017: 597- 674).

II.1.1. Examen de la legislación de carácter básico.

Recordemos que la legislación de carácter básico resulta de directa aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas. Efectivamente desde el momento en que han desplegado toda su eficacia jurídica tanto la LPAC como la LRJSP, y en especial, dado que esta última es la única norma que realiza una mención expresa a la figura del ENS en su artículo 156.2, como ya hemos indicado, nos encontraremos ante la derogación de las previsiones del artículo 2º de la LAE que delimitaba por reenvío del artículo 3º del ENS el ámbito de aplicación del mismo, por ello, resulta preciso reinterpretar el nuevo alcance subjetivo de esta fórmula de delimitación, tomando como referencia obligada la única norma que hace referencia al ENS de forma diferenciada como institución normativa, es decir, la nueva LRJSP, y por lo tanto, a nuestro juicio, debemos entender que el reenvío debe interpretarse en estos momentos referido al mismo ámbito de aplicación previsto para la LRJSP en su artículo 2º, de forma que, a nuestro juicio, este resulta de aplicación a las Administraciones Públicas territoriales (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), no existiendo alteración alguna con relación a la anterior situación y con relación al que denomina la LRJSP como “Sector Público Institucional”, el detalle de los organismos y entidades de derecho público, incluida la referencia a las entidades de derecho privado cuándo ejerzan potestades administrativas estimamos que tampoco altera el anterior ámbito de aplicación del ENS.

A) Legislación General.

Pues bien, debemos comenzar refiriéndonos a las previsiones que, con rango normativo de Ley, en primer lugar, nos encontramos ante la desaparición de los principios y requerimientos legales de seguridad de la información, que se encontraban regulados principalmente en la LAE en sus artículos 41 y 42, y por la también derogada Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección

de Datos de Carácter Personal (LOPD), que se aplicaban de forma concurrente (Valero 2010: 139).

Ahora este régimen legal se encuentra regulado por las nuevas previsiones de la LRJSP, y la LPAC, debiendo reiterar lo ya manifestado sobre la deficiente regulación de esta materia en las nuevas normas básicas a pesar de su importancia destacando en especial las siguientes cuestiones:

1. Llama la atención a este respecto la desaparición de cualquier referencia al principio de seguridad reconocido en el artículo 4º f) de la LAE, que como destaca (Martínez 2009, p. 259), la finalidad del mismo era asegurar el mismo nivel de garantías y seguridad para los ciudadanos en su relación con las Administraciones Públicas independientemente de que su expediente se sustancie en papel o electrónicamente, y ello unido a la necesidad de garantizar igualmente la correcta protección de datos de carácter personal, en el mismo sentido se manifiesta (Gamero 2015: 496), si bien, este lo conecta a las previsiones del artículo 4º d), con relación a la obligación de equivalencia de garantías en la gestión de los expedientes. Esta ausencia supone una manifiesta deficiencia legislativa, que por desgracia se extiende con relación al resto de los principios establecidos en la LAE que regulaban el orden axiológico de la e-Administración y que también han desaparecido del orden normativo. A lo anterior debemos añadir, que a nuestro juicio, el principio de seguridad tiene un alcance mayor aún del recogido legislativamente, en el sentido de que su carácter transversal supone que su incidencia se proyecte en otras áreas tan importantes como, por ejemplo, la interoperabilidad, o los contenidos de pliegos de prescripciones técnicas y administrativas en procesos de licitación tanto en el área informática como en otros ámbitos donde la prestación incida o gestione datos de las administraciones o de los ciudadanos, es decir, la seguridad no es una cuestión a predicar únicamente sobre ciertas actuaciones o sobre la configuración técnica de hardware y software de las administraciones, sino que la misma se constituye en un elemento esencial y determinante en la actual y futura configuración y desarrollo de la Administración Digital en su sentido más amplio.

2. Con relación a la cuestión de los principios de la e-Administración, entendemos que resulta necesario realizar una breve consideración, así, no podemos evitar la crítica a la ausencia de una regulación de los principios de actuación de la Administración (Martínez 2009: 256), con especial interés en su actuación electrónica. Y ello es así especialmente porque se derogan los principios del art. 4 LAE, muchos de los cuales tenían un importante contenido jurídico. Así, llama la atención la desaparición de cualquier mención a los principios de igualdad, accesibilidad, legalidad o inalterabilidad, proporcionalidad, responsabilidad y calidad y neutralidad tecnológica; además, de que debería haberse incluido otros

principios como los de innovación y adaptabilidad tecnológica, entre otros, resultando especialmente destacado también la ausencia de principios como la responsabilidad general por los contenidos, la inalterabilidad de la relación jurídica y el derecho –o principio– de gratuidad.

Por último, con relación a la cuestión del acceso efectivo a los servicios electrónicos y la no discriminación, parece que se deroga el importante principio de no discriminación del artículo 4 de la LAE, sobre la evitación de discriminaciones entre conectados y desconectados. Esta ausencia resulta muy preocupante dado que con ello desaparece uno de los instrumentos esenciales para todo ordenamiento jurídico, así (Rebollo, 2010: 1521) y también la jurisprudencia han establecido básicamente como criterio pacífico considerar que los principios generales ordenadores de cualquier norma se constituyen como fundamento de ese ordenamiento jurídico, también como orientadores en la interpretación de la norma por los operadores jurídicos y finalmente, como fuente en caso de insuficiencia regulatoria de la Ley. Por lo tanto, nos encontramos ante un ámbito material de la Ley que queda absolutamente huérfano de cualquier apoyo técnico jurídico para solventar las lógicas incidencias que su aplicación pueda originar, realmente estamos en presencia de otra manifestación de la mala calidad normativa de la norma y la dejadez del legislador, no sabemos si interesada o no.

3. En cuanto a las concretas previsiones de la nueva legislación (LPAC y LRJSP), a este respecto lo más importante es destacar que salvo las previsiones contenidas en el artículo 156.2 de la LRJSP, donde se procede a una remisión expresa al obligado cumplimiento por las Administraciones Públicas de las previsiones previstas en el ENS, el resto de las previsiones referidas a la “seguridad” de ambas normas son muy poco precisas e incompletas, en este sentido, a título de ejemplo, destaca la ausencia de referencia alguna a este principio en el artículo 70 de la LPAC que regula una institución tan importante como el expediente administrativo electrónico, y en el mismo sentido podemos referirnos al régimen legal de las notificaciones administrativas electrónicas.

Así, podemos resumir las referencias a la “seguridad”, en términos generales en el articulado de la LPAC a lo establecido en el artículo 13 h) derecho de los ciudadanos a la seguridad de sus datos; artículos 16 y 31 con relación a los Registros electrónicos; artículo 27.3 en cuanto al régimen de las copias auténticas de documentos administrativos, y finalmente la Disposición adicional segunda que exige a las Comunidades Autónomas y Entidades locales si no quieren adherirse a las plataformas del Estado central garantizar el cumplimiento de las exigencias técnicas del ENS.

Por otro lado, con relación a las previsiones de la LRJSP, nos encontramos ante una situación similar a la anteriormente relatada, con la excepción de las

previsiones contenidas en el artículo 156.2 de la LRJSP, donde se procede a una remisión expresa al obligado cumplimiento por las Administraciones Públicas de las previsiones previstas en el ENS, pero el resto del articulado responde al mismo esquema de la LPAC, en este sentido, artículo 3º en cuanto a las relaciones de interoperabilidad y la necesidad de garantizar la seguridad con relación a los otros sistemas; artículo 38.3 en cuanto a las sedes electrónicas; artículo 44.4 y los entornos cerrados de comunicaciones; artículo 46.3 sobre la seguridad de los archivos electrónicos; y finalmente los artículos 155.1 transmisiones de datos de interesados entre Administraciones Públicas, 157.3 y 158.2 sobre la reutilización de aplicaciones y transferencia de tecnología entre las Administraciones Públicas.

Como se puede apreciar estamos ante referencias puntuales y asistemáticas que entendemos demuestra una falta de interés del legislador por una cuestión tan importante tanto para los ciudadanos como para la propia organización de las Administraciones Públicas como la seguridad de su información y datos, y más en los tiempos que corren.

B) Normativa reglamentaria: Comentario General.

Por otro lado, nos encontramos con el correspondiente desarrollo reglamentario de estas previsiones, también con el carácter de normas “básicas”, incluidos sus anexos, que, a pesar de las citadas modificaciones legislativas, mantienen su vigencia. En las mismas se concretan las medidas y controles de seguridad que deben obligatoriamente ser aplicados por todas las Administraciones Públicas, en función de los principios básicos y los ejes fundamentales de la seguridad de la información establecidos en los artículos 4 al 10 del ENS.

A todo esto debemos añadir, otro conjunto de regulaciones, a las que resulta muy discutible atribuir o no, naturaleza normativa a pesar de la denominación utilizada por el ENS, recordemos de carácter básico, y que constituirán una de las cuestiones esenciales de este trabajo, nos referimos tanto a la denominada “Política de seguridad” prevista en el artículo 11, como a las “Guías de Seguridad e Instrucciones Técnicas”, reguladas en el artículo 29 del ENS, y en una auténtica “ceremonia de la confusión normativa” dentro del denominado “marco organizativo”, previsto en el apartado 3º del Anexo II del citado Real Decreto, en concreto, nos encontramos en el apartado 3.2 lo que denomina “Normativa de Seguridad”, con una referencia a “una serie de documentos”, a los cuáles se les engloba dentro de un concepto que jurídicamente está acotado, pero en cambio no se especifica ni el instrumento jurídico de aprobación ni su naturaleza jurídica, lo que pone en cuestión su grado de vinculación jurídica y las consecuencias legales de su incumplimiento, y por último, en el apartado 3.3 los llamados “procedimientos de seguridad”, con el mismo problema. Esta falta de corrección técnico normativa está originando

regulaciones cuándo menos “peculiares” en nuestras Administraciones Públicas, como examinaremos posteriormente, que sin duda van a ser una fuente de conflictos a medio y largo plazo.

C) Examen de la naturaleza jurídica y función de los instrumentos (normativos/técnicos) de desarrollo del ENS.

En este apartado procedemos al examen de los diferentes instrumentos que reconoce expresamente el articulado del ENS como necesarios o adecuados para su desarrollo y aplicación, si bien, tanto su naturaleza normativa y grado de vinculación para el resto de las Administraciones Públicas, como la delimitación de su contenido material resulta en ocasiones inescrutable y conflictivo como apreciaremos a continuación.

Comenzamos nuestras consideraciones por el examen tanto de las previsiones del artículo 29 del ENS, que fue sido objeto de modificación, por cierto, nada afortunada, mediante el Real Decreto 951/2015, de 23 de octubre, y que se mantiene en el artículo 4 del Proyecto de Real Decreto del nuevo Esquema Nacional de Seguridad. A este respecto, debemos destacar que la redacción de este precepto se limita a regular de forma muy somera el instrumento de las “guías de seguridad”, encomendando al CCN la elaboración y aprobación de las mismas, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2. a) del Real Decreto 421/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional, este precepto nada dice sobre el grado de vinculación para otras administraciones de las previsiones contenidas en estas guías y tampoco establece si las mismas tienen carácter normativo o no, es decir, autismo absoluto, pero curiosamente la actividad de elaboración de las mismas ha sido motorizada en estos años.

a) Las Guías de seguridad.

Pues bien, tras la reciente reforma nos encontramos que la redacción del precepto con respecto a este instrumento no ha sufrido modificación alguna, es decir, seguimos con los mismos silencios e incógnitas que presentaba anteriormente, y que continúan en el proyecto, así, es importante destacar que el anexo IV (Glosario) del ENS no incorpora mención alguna al respecto, si bien, si hay un cambio, y que consiste en la posibilidad de resolver algunas de las lagunas del mismo por interpretación sistemática, tomando en consideración las previsiones del apartado 2º que regula el instrumento de las “instrucciones técnicas de seguridad”.

Así, la primera de las cuestiones que vamos a examinar es su naturaleza jurídica, y a este respecto, la primera referencia nos la aporta el apartado 2º, que parece reservar el “obligado cumplimiento” por parte de todas las Administraciones

Públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del ENS, a las instrucciones técnicas, luego a *sensu contrario*, debemos considerar que estas guías deben ser reconducidas a la categoría de las “Instrucciones u órdenes de servicio” en su sentido más estricto, y dada la ausencia de vinculación jurídica alguna (inexistencia de obligaciones) para las Administraciones Públicas consideramos que no nos encontramos ante normas jurídicas de carácter reglamentario, sino ante actos administrativos de naturaleza meramente informativa u orientativa de prácticas en la ejecución de la seguridad de la información, es decir, estamos ante unos simples textos de consulta sin vinculación legal alguna. Lo anterior supone que las Administraciones Públicas el elaborar y ejecutar sus políticas de seguridad no están obligadas a seguir ninguno de sus contenidos, de manera que cuentan con absoluta autonomía e independencia para orientar sus actuaciones bajo sus propios criterios, y ante una actuación que entre en contradicción con las indicaciones de las guías no se podrá exigir responsabilidad alguna ni efectuar tampoco ningún requerimiento por parte de la Administración General del Estado, por lo tanto, estamos ante unos instrumentos vacíos de contenido desde un punto de vista jurídico.

En cuanto al objeto material de estas guías nos encontramos ante un silencio normativo absoluto solo roto por el examen del contenido de las publicadas hasta este momento, de manera que al examinar las mismas se observa que estas desarrollan cuestiones de lo más variopintas, pero resulta importante destacar que algunos de sus contenidos (auditorias, incidentes de seguridad, adquisición de productos de seguridad, etc.). Pero lo más importante a estos efectos es que la referencia de ámbitos materiales de regulación que establece la disposición adicional cuarta del RD 3/2010 que puede colaborar a la delimitación, interpretando a *sensu contrario* los ámbitos reservados a las Instrucciones Técnicas.

Como conclusión de lo expuesto, debemos entender que el ámbito material de las guías debe delimitarse de forma concurrente mediante la utilización de dos criterios, a saber, en primer lugar, podríamos considerar que existe un objeto material general de contenidos que alcanza toda clase de cuestiones, y en segundo lugar, este criterio general podría quedar limitado por exclusión en la reserva material conforme la regulación establecida por la Disposición Adicional 4ª del ENS que determina una serie de materias para su regulación por medio de instrucciones.

Ahora bien, la siguiente pregunta sería si es posible la aprobación de guías informativas sobre estas materias reservadas, y en principio, nada se opondría a ello, siempre que estemos ante meras informaciones o reseña de buenas prácticas pero resultaría discutible la incorporación de criterios interpretativos cuándo estas guías carecen de eficacia jurídica en cuanto a su vinculación u obligación de

cumplimiento de sus previsiones para cualquier administración pública, es decir, no existe destinatario legal.

b) Las Instrucciones Técnicas de Seguridad.

Estamos aparentemente en presencia de otro instrumento de desarrollo de las previsiones del ENS, si bien, el anexo IV (Glosario) del ENS no incorpora mención alguna al respecto, lo que va a dificultar su distinción material con las otras clases de “instrucciones” que puede emitir el CCN, conforme establece el artículo 2.2. a) del Real Decreto 421/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional y el propio artículo 37.1 b) ENS, y su copia en el artículo 34.1. b) del proyecto.

1. Naturaleza Jurídica.

Dicho lo anterior, la primera cuestión que vamos a analizar es el de la naturaleza jurídica de estos instrumentos (normativa o simples actos administrativos), y a este respecto, la cuestión va a resultar muy complicada dada la alambicada y pésima técnica legislativa del precepto, en concreto, nos referimos al artículo 29.2 del ENS, así, el primer dato que nos puede ofrecer una respuesta, lo encontramos en la declaración de que estas instrucciones serán “de obligado cumplimiento”, por lo tanto, en una primera aproximación a la cuestión debemos deducir necesariamente su carácter normativo, nos remitimos en este punto a lo ya expuesto en apartados anteriores sobre la naturaleza de estas figuras, ya que, eso supone establecer un marco de obligaciones para terceros, pero para quién, la respuesta parece obvia a la vista de lo previsto en la Disposición final primera del ENS que declara el carácter de legislación básica de éste, es decir, en principio y como mínimo, para todas las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, fijadas las cuestiones previas comienza el calvario para cualquier jurista, ya que resulta inescrutable el contenido del precepto con relación a cuestiones tan esenciales como qué tipo de norma reglamentaria, procedimiento y órgano competente se debe utilizar para aprobar estas instrucciones, sin olvidar otra cuestión clave, en concreto, el condicionamiento que esto supone para poder declarar su contenido como básico, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

En cuánto, a la cuestión del tipo de norma reglamentaria que debe amparar la aprobación de estas instrucciones, nos encontramos ante un nuevo episodio de autismo, nada se dice, pero lo peor es lo que si se dice, ya que nos conduce a un laberinto de difícil salida. Efectivamente, el precepto (artículo 4 del proyecto de Real Decreto) declara que la aprobación se realizara por el Ministerio de

Asuntos Económicos y Transformación Digital, pero no precisa que órgano del mismo será el competente, podríamos en buena lógica deducir que el único posible sería el Ministro, y ello, al amparo de las previsiones del artículo 61.a) de la LRJSP, en concordancia con lo establecido en el artículo 24.1. f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), a lo que debemos añadir las previsiones de la disposición final segunda del proyecto ya citado, copia idéntica de la vigente actualmente, que establece: “Se autoriza al titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación, para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en el presente real decreto, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas de desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado.”

Por lo tanto, y como consecuencia de todo ello deberíamos concluir que el instrumento normativo de obligada utilización necesariamente sería la “Orden Ministerial”. Pero esta lógica conclusión se complica al encontrarnos con una nueva previsión, en concreto, la determinación de que por Resolución de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial se procederá a la publicación de la instrucción. Pues bien, si estamos en presencia de una Orden Ministerial de aprobación, esta previsión resultaría incomprensible legalmente, pues no existe regulación normativa (LRJSP) al respecto, que determine que esta deba ser publicada por resolución de la Secretaría de Estado, entonces qué sentido tienen incorporar esta previsión, la única explicación posible es que la voluntad del gobierno es que la aprobación no se realice por el Ministro, sino por otro órgano inferior, en este caso sería la Secretaría de Estado, pero entonces nos encontramos con un doble problema, pues, en primer lugar, la potestad reglamentaria se encuentra reservada en exclusiva al Gobierno, recordemos que la misma no puede ser objeto de delegación, conforme determina el artículo 9.2. b) de la LRJSP, de manera que estos órganos superiores, conforme establece el artículo 7 de la LG, en concordancia con el artículo 62 de la LRJSP, carecen de competencia normativa alguna, a lo sumo podrán dictar “instrucciones y ordenes de servicio”, que solo pueden afectar a su área material de competencias y con eficacia exclusiva *ad intra*, y que conforme hemos examinado anteriormente estas figuras carecen de eficacia normativa por principio, y en segundo lugar, no existe habilitación legal reglamentaria a este respecto, conforme determina la disposición final segunda del ENS.

Así, ante ese panorama debíamos preguntarnos a qué tipo de nueva norma se podía referir el precepto, la respuesta lógica y legal es que, a ninguna, pues resultaba imposible determinar a priori a que se estaba refiriendo el mismo hasta el momento en que se aprobará la primera instrucción. Así, buscando una interpretación sistemática del precepto la única explicación coherente era que estuviéramos en presencia de una difusa atribución competencial a la Secretaría de Estado para

aprobar y publicar una “Instrucción” (previa conformidad *ad intra* ministerial), reconducible a la competencia general atribuible a este órgano al amparo de las previsiones del artículo 6 de la LRJSP. Lógicamente esa posibilidad resulta absolutamente contradictoria con la pretensión legal de que estas instrucciones sean de obligado cumplimiento por todas las Administraciones Públicas, al carecer las instrucciones por exigencia legal del art. 6 LRJSP y doctrina jurisprudencial, de eficacia normativa, y recordemos que en los casos en que se reconoce esta clase de naturaleza normativa a las mismas, ello deviene por su contenido material pero al no haberse respetado el marco legal competencial y de procedimiento de elaboración en la mayor parte de los casos se ha declarado su nulidad. Parece que estamos ante un problema cada vez más generalizado en nuestras administraciones, donde por ciertos sectores se confronta la eficacia y eficiencia técnica con el marco legal de obligado cumplimiento, es decir, el Derecho se constituye en un obstáculo o problema para las exigencias de rapidez y eficacia que requiere los tiempos actuales en ciertos ámbitos como el informático, olvidando que una de las notas características del Derecho es la regulación de soluciones para toda clase de situaciones y conflictos, como se ha demostrado a lo largo de los siglos sin menoscabo alguno de la seguridad jurídica.

2. El Dudoso carácter Básico de las Instrucciones Técnicas de Seguridad.

Efectivamente, los problemas de este precepto no acaban con lo señalado anteriormente, ya que es preciso tomar en consideración que de sus previsiones resulta que este impone que su contenido debe considerarse como de carácter básico, pues las instrucciones técnicas de seguridad serán de “obligado cumplimiento”, lógicamente para todas las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del ENS, y es esta declaración la que origina que debamos enfrentarnos con otro conflicto, pues el instrumento utilizado para la aprobación (Resolución) resulta claramente inadecuado para la aprobación de cualquier instrumento de naturaleza normativa, pues recordemos que la utilización tanto de “Órdenes ministeriales” y más aún en el caso de simples “Resoluciones” o “Instrucciones” resultan inconstitucionales conforme la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto a los tipos de instrumentos normativos adecuados para el establecimiento de legislación cuyo contenido debe ser calificado como “básico” (SsTC 76/83 FJ 241, 33/84 FJ 2, 80/88, 248/88, 86/89, 132/89 y en especial resulta destacable al respecto la reciente Sentencia 7/2016 de 21 Ene. 2016, Rec. 5107/2013. pues bien, de la citada doctrina podemos extraer varias conclusiones:

- a) Que resulta respetuoso con el orden constitucional la regulación reglamentaria de materias básicas por parte del Gobierno, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Existencia de una habilitación legal expresa.
 2. Que su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características.
 3. Que la utilización de esta posibilidad de regulación reglamentaria tiene carácter excepcional, y por ello, deberán concurrir razones coyunturales que lo aconsejen por el carácter marcadamente técnico o provisional de las materias susceptibles de regulación normativa.
- b) Que solo excepcionalmente es posible utilizar otros instrumentos normativos, en concreto, las Órdenes ministeriales, pero siempre que estas cumplan los concretos requisitos reseñados anteriormente, si bien, por pura lógica la excepcionalidad de la utilización del instrumento de las órdenes ministeriales resulta más acentuada.

A la vista de lo expuesto, las previsiones del vigente artículo 29.2 y el artículo 4 del proyecto de Real Decreto del nuevo ENS, al regular las instrucciones técnicas de seguridad y su carácter de obligado cumplimiento por parte de todas las Administraciones Públicas, resultan siendo benevolentes de dudosa legalidad y constitucionalidad, por cuánto:

1. Como ya hemos visto el precepto no determina qué tipo de instrumento debe utilizarse para su aprobación, y desde luego parece que la finalidad del Gobierno se orienta más en el sentido de la figura de las “instrucciones” (artículo 6 LRJSP), que de la utilización de las órdenes ministeriales. Desde luego está claro que la figura administrativa de las instrucciones no cumple las exigencias jurídico formales establecidas por el Tribunal Constitucional.
2. En el caso de que al final el instrumento elegido resulte ser la correspondiente orden ministerial, conforme la habilitación legal establecida en la disposición final segunda del ENS, no encontramos las razones que puedan justificar ante la doctrina constitucional para la utilización generalizada de la aprobación de “instrucciones técnicas” por este medio, cuándo ese alto tribunal ha reiterado, ya como hemos visto, el carácter coyuntural y excepcional del uso del rango reglamentario para legislar con carácter básico, aunque el único punto a favor de su admisión podría ser su carácter técnico, si bien lo estimamos insuficiente por lo que expondremos a continuación.
3. Efectivamente, no hay que olvidar cuál es el sentido y alcance del concepto de legislación básica, así, dos son los criterios fundamentales que de forma pacífica son actualmente reconocidos tanto por la doctrina científica como por el propio Tribunal Constitucional (SsTC 32/1981, 1/1982, 80/1988, 147/1991, 172/1996, 197/1996, 37/1997 y destacando en especial la siguiente declaración

de la STC 103/1997, para la delimitación y precisión del concepto “básico”, en concreto: “...una norma merece tal calificativo (de básica) cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales; regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca, en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de constitucionalidad...”.

Así pues, como resumen de toda esta doctrina:

- a) Criterio Positivo: que considera que las bases no son sino la traducción normativa de los principios de unidad y de interés general nacional, es decir, las bases se identifican con una regulación mínima en todo el territorio nacional de una materia o sector de la realidad.
- b) Criterio Negativo: según el cual la regulación básica no puede llegar a tener una densidad tal que anule cualquier opción de regulación peculiar de desarrollo, es decir, una política legislativa propia por parte de la Comunidad Autónoma, de forma que las bases no pueden suponer en ningún caso una ordenación agotadora de la materia, siendo por ello, susceptible de diferentes regulaciones en tanto no se opongan o contradigan las previsiones de las bases.

Así pues, a nuestro juicio, esta normativa no implementa de forma adecuada los límites materiales de la legislación básica, de forma que esta regulación puede incidir e invadir ámbitos competenciales autonómicos, y por lo tanto, carecer de competencia al respecto, pues la declaración de los títulos competenciales citados en la disposición final primera no pueden constituir una carta blanca para toda clase de actuaciones o desarrollos estatales que pueden invadir claramente competencias de autoorganización de la Comunidad Autónoma.

II.1.2. La Autorregulación: mejores prácticas de seguridad.

Finalmente, como denomina (Alamillo 2013: 411) tenemos el “Nivel de autorregulación” en materia de seguridad, que supone la búsqueda de las mejores prácticas de seguridad, en este sentido podemos destacar las normas recogidas en la serie ISO/IEC 27000, sobre sistemas de gestión de la seguridad de la información, o la norma ISO 22301, sobre sistemas de gestión de la continuidad del negocio².

² La propia Norma ISO conecta el concepto de continuidad del «negocio» con la seguridad de la Sociedad, al efecto de aclarar que no se trata de una norma sólo aplicable a actividades mercantiles o lucrativas, sino a cualquier tipo de actividad y a juicio de Alamillo (2013, aplicable a la Administración Digital.

Dichas normas resultan aplicables a voluntad de la Administración como reconocía de forma indirecta el propio artículo 42.4 de la LAE, previsión que desaparece en la nueva regulación del artículo 156.2 de la LPAC, pero tampoco se puede negar que pueden completar algunas de las llamadas que el propio ENS realiza, en una particular colaboración del sector privado en lo regulatorio, si bien, volvemos a enfrentarnos con el problema del grado de vinculación jurídica de las mismas. Así, el artículo 13 del ENS determina que cada administración deberá establecer una propia gestión de riesgos por medio de un análisis y tratamiento concreto de los riesgos a los que se encuentre expuesto el sistema de tratamiento de la información y las comunicaciones.

En sentido similar, el artículo 26 del mismo cuerpo legal impone la obligación de actualizar y mejorar de forma continua la seguridad, admitiendo la utilización para ello de los criterios y métodos reconocidos en la práctica nacional e internacional relativos a gestión de las tecnologías de la información.

Finalmente, el artículo 34.4 del ENS, cuando regula la auditoría de la seguridad, admite que para su realización deberán utilizarse criterios, métodos de trabajo y de conducta generalmente reconocidos, así como la normalización nacional e internacional aplicables a este tipo de auditorías de sistemas de información.

En todos estos casos, puede verse con claridad como el legislador permite la existencia de un nivel de autorregulación para la aplicación de las mejores prácticas para el cumplimiento de los objetivos y mandatos reglamentarios. Dicho lo anterior, debemos disentir de (Alamillo 2013: 422), cuándo este autor considera correcta y adecuada esta práctica por suponer: *“...una orientación que resulta más flexible y pragmática que la incorporación constante de un cuerpo de práctica de seguridad a una disposición de carácter general que devendría de excesiva magnitud y fácil obsolescencia.”*

Y ello, por cuánto, si bien no resulta discutible sino incluso recomendable la incorporación de “buenas prácticas” en cualquier ámbito de gestión, no podemos olvidar que nos encontramos en el ámbito de una Administración pública, la cual por imperativo constitucional (artículo 103.1 C.E.) se encuentra sometida a la ley y al Derecho, lo que supone que todas sus decisiones y actuaciones necesitan de un instrumento normativo para que estas actuaciones administrativas cuenten con amparo legal, el resto es una simple “vía de hecho”, figura rechazada por nuestro ordenamiento jurídico, quizás la cuestión se deba centrar en la búsqueda de aquellos instrumentos normativos que permitan una gestión más ágil, pues adjudicar por principio a toda regulación normativa rigidez no responde a la realidad, sino más bien, en la mayoría de los casos a la ineficiencia de los procedimientos de toma

de toma de decisiones de los órganos directivos encargados de su elaboración y aprobación, o es que acaso una Norma ISO no lleva también un largo proceso de elaboración y aprobación, en este sentido destacamos el trabajo de (Moles 2013).

Finalmente, nos encontramos con otros instrumentos como las especificaciones técnicas metodológicas, operativas, mejores prácticas sectoriales y otras herramientas adecuadas para conseguir una práctica adecuada al objetivo de proteger la información, a partir de los principios y requerimientos legales, y de los controles obligatorios previstos en la reglamentación, en estos casos entendemos que el problema de la normatividad de la misma no existe, dada su naturaleza de meras ordenes de servicio, en términos jurídico administrativos.

III. BREVE APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA GENERAL SOBRE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN.

Con independencia de la normativa básica estatal a la que nos hemos referido anteriormente, existe otro mundo jurídico, aunque en estos tiempos parece que existe un especial interés en olvidarlo, nos referimos al ámbito competencial legislativo de las comunidades autónomas, ya que, nos encontramos en un Estado constitucionalmente descentralizado.

Efectivamente, debemos recordar que como ya hemos señalado anteriormente la normativa estatal solo tiene un alcance básico, la cual proviene de las previsiones establecidas en la Constitución Española. Esa atribución competencial tiene una configuración legal que alcanza tanto la delimitación de la potestad jurídica de actuación como el ámbito material sobre el que recae la misma, pues estamos en presencia de un Estado descentralizado donde la proyección de la competencia sobre la materia, constituye el eje clave del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas de conformidad con las previsiones de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española (CE). Y es en este punto, donde debemos recordar que la definición de lo que es básico o no, es un ámbito cerrado sobre las materias consideradas básicas y aunque exista un margen discrecional de decisión política, este nunca podrá superar o alterar ese límite, pues lo que no podría admitirse es que el legislador básico modificase sin límite alguno sus criterios sobre lo básico, ampliando o reduciendo el ámbito del mismo, es decir, existe un mínimo común uniforme o núcleo de lo básico sobre el que no es posible disponer (irrenunciabilidad de la competencia), lo que no supone cercenar en ningún caso los ámbitos de decisión de los legisladores, dado que ellos mismos se encuentran sometidos a los límites que la propia Constitución impone, salvo que estos procedan a acordar la modificación de la norma fundamental.

Asimismo, no existe duda con respecto a que el pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional al examinar el alcance y contenido de unas bases supone una delimitación definitiva (García 1996: 133), al menos, en la fijación del “*mínimo común uniforme*” en que se constituye esa legislación básica. De lo expuesto, solo podemos concluir que las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para el desarrollo normativo de las previsiones legales estatales básicas, pues su regulación no puede agotar el contenido material competencial, y en base a la concurrencia de los títulos competenciales del artículo 148.1.1º y 149.1.18 que no resultan en ningún caso excluyentes, cuestión diferente es que la actuación de la mayoría de las administraciones ha sido la del puro seguidismo sin discrepancia normativa alguna, de forma que se han limitado a trasladar a sus ordenamientos una copia casi mimética de la normativa estatal con mínimas adaptaciones organizativas a las necesidades y especialidades de cada administración.

Dicho lo anterior, en el marco normativo autonómico debemos destacar la existencia de normativas generales regulatorias de la “e-Administración” por parte de muchas Comunidades Autónomas que han procedido a realizar desarrollos normativos propios, y hay que destacar que los instrumentos normativos utilizados al efecto han variado desde el uso de las normas reglamentarias (Ordenes o Decretos) a la aprobación de la correspondiente Ley por parte de las Comunidades Autónomas, ahora bien, en esta concreta cuestión prácticamente se limitan a realizar un reenvío general a las previsiones del Esquema Nacional de Seguridad, renunciando a realizar un desarrollo normativo propio, al cual competencialmente están habilitadas como hemos visto.

Pero la cuestión se complica más cuando examinamos el desarrollo de las previsiones del apartado 3º del Anexo II del citado Real Decreto, apartado 3.2 “Normativa de Seguridad”, al que ya nos hemos referido, siguiendo de forma casi mimética los instrumentos aprobados por la AGE, para la configuración de esa peculiar “normativa”, aunque en estrictos términos jurídicos no merezcan esta calificación, lo que supone también una renuncia a su adecuación e integración en el régimen normativo en sus propios ordenamientos jurídicos, a estos efectos destaca la Comunidad Autónoma de Cantabria³, que a diferencia de las previsiones de otras Comunidades Autónomas, establece la obligación de que la aprobación de los diferentes instrumentos técnicos en esta materia se realice por medio de Decreto u Orden, es decir, se reconoce el carácter normativo de aquellos contenidos que por su naturaleza y efectos deben ser así considerados.

³ Decreto 31/2015, de 14 de mayo, por el que se aprueba la Política de Seguridad de la Información de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL SOBRE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

En este apartado vamos a realizar un examen del marco regulatorio general autonómico sobre la seguridad de la información y comunicaciones, así, analizaremos su adecuación al marco normativo estatal básico, así como su régimen organizativo, y finalmente expondremos algunas propuestas.

IV.1. El marco jurídico general autonómico sobre seguridad de la información y comunicaciones.

En este apartado nuestra exposición se limitará para un adecuado conocimiento y posible consulta por los lectores a una exposición general del marco normativo, organizativo y también de algunos documentos administrativos informativos u orientativos, pero que carecen de eficacia jurídica, si bien, se estima que estos desempeñan una función importante en la implementación de la seguridad de la información.

1. Régimen Jurídico General para la Administración Digital.

- Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía (BOJA 31-12-2019).
- Decreto 114/2020, de 8 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.
- Creación de la Agencia Digital de Andalucía por la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021.
- Decreto 128/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Digital de Andalucía (BOJA 8-4-2021).

2. Régimen Jurídico específico de la Seguridad de la Información y Comunicaciones.

- Decreto 99/1997, de 19 de marzo, que autorizó a la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía y al Instituto de Fomento de Andalucía para la constitución de la sociedad mercantil «Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), como empresa de la Junta de Andalucía (BOJA 6-05-1997).
- Decreto 1/2011, de 11 de enero, por el que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración

de la Junta de Andalucía (BOJA 18-01-2011), modificado parcialmente por el Decreto 70/2017, de 6 de junio (BOJA 12 junio 2017).

- Orden de 26 de noviembre de 2014, por la que se crea y regula la composición, atribuciones, funcionamiento y método de trabajo del Comité de Seguridad de las Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones (TIC).
- Orden de 9 de junio de 2016, por la que se efectúa el desarrollo de la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía.

3. Otros instrumentos no normativos.

- Acuerdo de 16 de noviembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Director de Seguridad de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía (2010-2013). (BOJA 30-11-2010).
- Plan de Seguridad y Confianza Digital Andalucía 2020 (Periodo 2014-2016). <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Plan%20de%20Seguridad%20y%20Confianza%20Digital%20Andalucia%202020%20para%20el%20periodo%202014-2016.pdf>
- Plan de Seguridad y Confianza Digital Andalucía 2020 (Periodo 2017-2020). <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Plan%20Seguridad%20y%20Confianza%20Digital%202017-2020.pdf>
- Programa de Seguridad Digital en Andalucía (Sedian). Alineado con el Plan de Seguridad y Confianza Digital Andalucía 2020. (Adjudicado en el año 2019).
- Resolución de 26 de enero de 2018, de la Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, por la que se establecen normas sobre integración en el Centro de Seguridad TIC AndalucíaCERT (BOJA 6-02-2018)
- Resolución de 22 de octubre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Código de Conducta en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación para profesionales públicos de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 27-10-2020).

IV.2. Examen del régimen autonómico en materia de seguridad de la información y comunicaciones.

En este punto del trabajo nos centraremos en la realización de un examen descriptivo jurídico material del vigente marco organizativo y normativo de la Junta de Andalucía sobre la seguridad de la información y comunicaciones.

IV.2.1. Los Ámbitos de Planificación y Organizativo.

Es preciso comenzar nuestra exposición destacando que la Junta de Andalucía se ha destacado por sus decisiones organizativas e implementación en materia de seguridad de la información desde fechas incluso anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 3/2010 (ENS), en concreto, nos referimos a la aprobación del Plan Director de Seguridad de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía (2010-2013), ello, ha supuesto que tanto normativamente como organizativamente esta administración ha tenido una implicación e interés destacado en esta materia, incorporando incluso instrumentos esenciales en la gestión de la seguridad como el grupo de resolución e incidentes de seguridad “AndalucíaCERT”, en directa coordinación con el CNN-CERT. Por otro lado, como veremos en fechas recientes se ha producido un cambio organizativo de gran importancia en la implementación y gestión de la seguridad de la información, al crearse la “Agencia Digital de Andalucía”, centralizando en esta toda la gestión de la administración digital, con excepción del Servicio Andaluz de Salud.

A) Planificación.

Dicho lo anterior, es preciso reseñar la existencia de un proceso de elaboración y planificación de la implementación de la seguridad de la información por medio de diferentes Planes estratégicos, que a nuestro juicio, resulta una decisión muy acertada y necesaria, y que muy pocas administraciones han desarrollado, en este sentido como ya hemos indicado anteriormente ya en el año 2010, se aprobó un Plan Director a este respecto, el cual ha tenido continuidad mediante dos Planes de Seguridad y Confianza Digital Andalucía, el último referido al periodo (2017-2020), que como se expone en el mismo, este persigue los siguientes objetivos:

- Potenciar la adopción de buenas prácticas en materia de seguridad digital en la administración autonómica y local de Andalucía
- Extender la cultura de confianza y seguridad digital, mediante programas de sensibilización, asistencia y formación, con especial atención a los menores
- Impulsar el mercado de la seguridad digital y la creación de empleo, mediante el estímulo de la oferta y la demanda de productos, servicios y profesionales de la seguridad digital
- Reforzar las capacidades de prevención, detección y respuesta a incidentes de seguridad en Andalucía (AndalucíaCERT)

Asimismo, las líneas de trabajo del Plan son:

1. Coordinación de la seguridad TIC en la Administración autonómica, potenciando la adopción de buenas prácticas y ofreciendo servicios de asesoramiento, apoyo y coordinación

2. *Formación y concienciación de los trabajadores del sector público, la ciudadanía y las empresas, y extensión de la cultura de confianza y seguridad digital*
3. *Impulso de la industria de la seguridad digital, mediante el estímulo de la oferta y la demanda de productos, servicios y profesionales de la seguridad digital, y promoción de la adopción de buenas prácticas y de la cultura de seguridad en el tejido empresarial andaluz*
4. *Coordinación con otras Administraciones y Organismos Públicos en materia de seguridad TIC*
5. *Protección frente a ciberamenazas, mediante la mejora de las capacidades de prevención, detección y respuesta a incidentes de seguridad en Andalucía (a través del centro AndalucíaCERT)*

Finalmente, debemos destacar la implementación del Programa de Seguridad Digital en Andalucía (Sedian), adjudicado definitivamente en el año 2020, el cual se desarrolla sobre tres líneas de actuación:

1. La promoción de buenas prácticas de seguridad digital en la administración autonómica y local de la mano de la Oficina de Apoyo a la Seguridad TIC.
2. La extensión de la cultura de confianza y seguridad digital al conjunto de la sociedad.
3. El refuerzo de las capacidades de prevención, detección y respuesta a incidentes de ciberseguridad, a través de “AndalucíaCERT”

B) Organización administrativa.

Debemos comenzar este apartado señalando que hasta este año 2021 donde se ha procedido a la creación de la Agencia Digital de Andalucía, las competencias sobre digitalización y la seguridad de la información han estado adscritas a diferentes Consejerías y entidades o sociedades públicas, de forma, que a pesar de existir como ya hemos visto, una estrategia de planificación global al respecto, su gestión no se encontraba centralizada, la utilización de este modelo de gestión ha sido objeto de consideración favorable por nuestra parte en otro trabajo (Fondevila 2020: 118-131). Efectivamente esta opción organizativa centralizada responde también a la consecución de los objetivos de lo que se entiende por “economías de escala”, es decir, el poder que tiene una organización cuando alcanza un nivel óptimo de producción para ir produciendo más a menor coste, es decir, a medida que la producción en una organización crece, sus costes por unidad producida, en este caso, el servicio prestado, se reducen y cuantos más servicios se prestan, menos cuesta prestar los mismos.

Así, podemos señalar las posibles actuaciones que se benefician de esta clase de modelo, en concreto:

1. Una mejora en la delimitación de los ámbitos de actuación competencial a desarrollar por un órgano directivo para una adecuada gestión de los sistemas de información transversales.
2. Recursos Humanos. Indudablemente, una de las áreas más importantes en la implementación de la innovación en la gestión electrónica de nuestras administraciones, es la intervención de los recursos humanos adecuados, tanto para su establecimiento como posteriormente su control y mantenimiento.

Así, la centralización en un único Departamento de todo el personal técnico responsable sobre sistemas de la información (Analistas, programadores, operadores, etc.), permite establecer una política común de gestión de la seguridad de la información sobre unos instrumentos tecnológicos que se caracterizan por su transversalidad, a este respecto, podemos citar: (gestor común de expedientes electrónicos, sistema de archivo electrónico único, sistemas de firma electrónica común, sistemas de seguridad de la información comunes, etc.).

Además, la adscripción funcional directa de esta clase de personal a unidades específicas de cada Departamento, generan de forma habitual la creación de espacios de gestión “autónoma” y “disfuncional” con el resto de los sistemas informáticos transversales, lo que provoca de forma generalizada conflictos y daños en los sistemas por problemas de seguridad informática, además de suponer normalmente la creación de un debate y colisión con el modelo general de sistemas de la información, al pretender instaurar aplicaciones individualizadas solo para el servicio de determinados operadores o gestores que no suelen responder a necesidades estratégicas sino a meros criterios tácticos de carácter temporal muy limitado, lo que supone un despilfarro de gasto público y recursos, salvo que en una gestión integradora se habilite su incorporación al sistema general, o bien, si esto no es posible se pueda garantizar que esos sistemas no interfieran en los sistemas generales.

3. Medios materiales: Contratación a gran escala de hardware y software: Eficiencia en el gasto público.
4. Implementación integral y coordinada de sistemas informáticos, de forma que se desarrolle una interoperabilidad interna de los mismos. En este caso, nos queremos referir a la cuestión de la interoperabilidad interna y la creación de sinergias entre sistemas, a este respecto, nos referimos, en concreto, a la implementación organizativa y técnica de la administración digital y la transparencia activa y, otra cuestión esencial, las comunicaciones electrónicas no procedimentales y sus efectos jurídicos, así como la intervención en los portales o páginas web, no integrados en la sede electrónica de la administración.

Pues bien, en estos momentos nos encontramos con una adscripción competencial integral a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior a la cual se adscribe la Agencia Digital de Andalucía, y asimismo, como ente instrumental la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), de manera que nos encontramos ante una reorganización competencial y funcional que estimamos puede mejorar de forma sustancial la gestión en materia de seguridad de la información y comunicaciones, por las razones ya expuestas.

A lo anterior, debemos añadir el programa gestionado por SANDETEL de gran importancia, y con una larga trayectoria, nos referimos a “AndalucíaCERT”, cuyos principales objetivos son:

- a) Proporcionar la capacidad de detección y respuesta eficaz y coordinada ante incidentes de ciberseguridad a la Administración general, Organismos y Entidades de la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Entre los servicios que se prestan destacamos:
 - Alerta temprana de ciberamenazas. Difusión a las entidades atendidas de amenazas publicadas en la comunidad y que puedan afectar gravemente a los sistemas informáticos.
 - Detección y respuesta a incidentes. Detección automatizada y recepción de notificaciones, análisis experto y asesoramiento en la respuesta a incidentes de seguridad en redes y sistemas informáticos, incluso se realiza el análisis forense tras la contención y resolución del ciberataque.
 - Información, formación y concienciación. Elaboración y distribución de boletines de ciberseguridad, de carácter divulgativo, sobre nuevas amenazas, tecnologías de seguridad, buenas prácticas y temas de actualidad del sector.

Ahora bien, en el momento que se elabora este trabajo se ha anunciado en prensa por la Junta de Andalucía la creación de un “Centro de Ciberseguridad de Andalucía”, que lógicamente puede alterar la situación descrita, no pudiendo especificar mayor detalle dado que estamos en presencia de una propuesta política pendiente de desarrollo e implementación administrativa.

IV.2.2. El Ámbito Jurídico material.

En cuanto al régimen jurídico material regulador de la seguridad de la información y comunicaciones, es preciso comenzar destacando que de forma temprana ya se aprobó un marco normativo autonómico que regulaba la Política de Seguridad de la Junta de Andalucía, en concreto, nos referimos al Decreto 1/2011, de 11 de enero,

por el que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía, objeto de alguna modificación puntual (Decreto 70/2017, de 6 de junio), pero que no afecta a su regulación esencial. Pues bien, nos encontramos ante un instrumento que resulta plenamente conforme con las exigencias del ENS, y que ha sido objeto de un desarrollo normativo que procedemos a examinar.

Efectivamente, la Orden de 9 de junio de 2016, por la que se efectúa el desarrollo de la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía, incorpora una serie de previsiones tanto organizativas como de implementación material de la seguridad que resulta destacables, en concreto:

- a) Se reitera la obligación legal, ya prevista en el Decreto 1/2011, de 11 de enero de que, por parte de cada Consejería como las entidades instrumentales, de aprobar su concreta “política de seguridad” que desarrolle en su ámbito la “Política de seguridad general”.
- b) Debe destacarse el establecimiento de una organización de la gestión de la seguridad, acorde y conforme con las previsiones del ENS, incluso conforme lo anticipado en el Proyecto de Real Decreto que debería sustituir el actual Real Decreto 3/2010 (ENS), en especial, la cuestión de la delimitación de funciones entre el responsable de seguridad y el responsable de sistema, cuestión sobre la que la Memoria del Proyecto de Real decreto del nuevo ENS hace especial hincapié, y que la regulación autonómica actual se encontraría perfectamente adecuada, a título de ejemplo nos remitimos al examen de la Orden de 30 de agosto de 2018, por la que se establece la política de la seguridad de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, así como el marco organizativo y tecnológico en el ámbito de la Consejería Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática.
- c) También es muy importante, a nuestro juicio, la previsión establecida en el artículo 2.4 que determina: “*Los procedimientos y guías técnicas tendrán carácter de recomendaciones y serán desarrollados, por cada organismo o entidad, con arreglo a los ámbitos en materia de seguridad de la información que se establezcan*”, que a diferencia de la normativa estatal (ENS), delimita la naturaleza jurídica de esta clase de instrumentos de la seguridad, de manera que nos encontramos ante “recomendaciones”, pero no ante disposiciones de carácter general obligatorias, lo que resulta concordante con la fórmula de aprobación. Esta regulación es de destacar pues aporta una seguridad jurídica de la que carece la legislación estatal, como ya hemos indicado en un apartado anterior.

d) Asimismo, esta Orden en su Capítulo II delimita de forma precisa los ámbitos materiales que serán objeto de desarrollo por medio de los “Procedimientos y Guías Técnicas”, lo cual supone también una mejora normativa con relación a la legislación estatal (ENS), la cual, en este punto, como ya hemos indicado, supone una regulación disfuncional y de manifiesta inseguridad jurídica.

Por otro lado, es preciso añadir que el mandato legal de aprobación por parte de cada Consejería como por las entidades instrumentales, de aprobar su concreta “política de seguridad”, se encuentra en estos momentos cumplimentada en su integridad por las Consejerías⁴, y gran parte de los entes instrumentales, lo que ha supuesto que se hayan obtenido las certificaciones de adecuación al ENS en la mayoría de los casos.

También resulta de interés y por ello, es destacable la regulación establecida por la “Resolución de 22 de octubre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Código de Conducta en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación para profesionales públicos de la Administración de la Junta de Andalucía”, regulación esencial a los efectos de la gestión de la seguridad de la información y comunicaciones, que sustituye a otra Resolución de 27 de septiembre de 2004, esta clase de previsiones todavía son muy poco usuales en las administraciones, a pesar de resultar de gran necesidad y utilidad. Destaca de la Resolución su amplio y detallado ámbito material de aplicación sobre toda clase de medios electrónicos de uso por los empleados públicos, o como los denomina la misma “profesionales”, aunque a nuestro juicio, la misma resulta incompleta y con algunas dudas con relación a su implementación obligatoria, cuestiones estas que analizaremos posteriormente.

IV.3 Una Valoración general y algunas propuestas sobre la implementación de la seguridad de la información y comunicaciones.

Alcanzado este punto, y tras el examen del marco normativo y organizativo en la Junta de Andalucía sobre la seguridad de la información y las comunicaciones, es preciso destacar que nos encontramos ante una implementación muy desarrollada y completa, destacando tanto el desarrollo estratégico mediante la aprobación de los correspondientes planes de actuación, como, asimismo, un amplio desarrollo normativo y finalmente, la creación de una estructura organizativa con amplia experiencia, y que en estos momentos parece haber optado por un modelo centralizado y transversal de la gestión digital y en especial de la seguridad de

⁴ A mero título de ejemplo, Orden de 30 de agosto de 2018, por la que se establece la política de la seguridad de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, así como el marco organizativo y tecnológico en el ámbito de la Consejería Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (BOJA 4-9-2018).

la información, lo que a nuestro juicio, como ya hemos indicado es el modelo adecuado para este ámbito.

Dicho lo anterior, vamos a formular algunas propuestas sobre el actual marco de la seguridad de la información y comunicaciones que estimamos quizás puedan ayudar a mejorar la actual situación:

Primera. Con relación a la Resolución de 22 de octubre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Código de Conducta en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación para profesionales públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, se estima realizar las siguientes recomendaciones, siguiendo la experiencia utilizada por la Comunidad Autónoma de Cantabria⁵, en concreto:

- Para establecer una mayor vinculación de carácter obligacional a los sujetos objeto de aplicación, se recomendaría utilizar un instrumento de carácter normativo, es decir, una Orden o Decreto.
- Efectivamente, en concordancia con lo anteriormente señalado, eso permitiría establecer de forma directa una regulación de régimen de responsabilidades disciplinarias y de medidas complementarias, como, por ejemplo, la suspensión de los servicios⁶.
- Por último, se recomendaría la extensión del ámbito subjetivo de aplicación también a los órganos directivos de la administración, y no solo a los empleados públicos, y más aun teniendo en cuenta que los riesgos de la seguridad de la información, son más complejos y extremos en las actuaciones administrativas desarrolladas por esa clase de personal.

Segunda. Se observa también, la ausencia de una regulación específica sobre la categorización del tipo de firma electrónica a utilizar por las autoridades y empleados públicos, esta cuestión afecta de forma directa y esencial a la seguridad de la información, de forma que existe una directa conexión entre el tipo de firma electrónica a utilizar y el régimen de seguridad exigible a la actuación administrativa, es decir, no es lo mismo la emisión de un informe preceptivo o la firma de una resolución, que la simple implementación interna de actuaciones de trámite en un gestor electrónico de expedientes, de forma que un proceso de categorización de la seguridad de la actuación administrativa permite una determinación del tipo de firma electrónica asignable a la autoridad o empleado público, a este respecto

⁵ Orden PRE/48/2016, de 22 de julio, por la que se regulan las normas de seguridad sobre utilización de los recursos y sistemas tecnológicos y de información en la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁶ A estos efectos nos remitimos a la consulta de los artículos 25 y 27 de la Orden PRE/48/2016, de 22 de julio.

nos remitimos al ejemplo del Decreto aprobado al respecto por la Comunidad Autónoma de Cantabria⁷.

Tercera. Finalmente, tras el examen de los pliegos tipo aprobados por la Dirección general de Patrimonio de la Junta de Andalucía, se comprueba, que si bien, resulta correcta la regulación sobre Protección de Datos Personales, se aprecia una ausencia regulatoria de la cuestión de la seguridad de la información, cuestión esta de gran importancia a nuestro juicio, y en este sentido es destacable que la disposición adicional tercera del Proyecto de Real Decreto del nuevo Esquema Nacional de Seguridad establece la obligación de incorporar las exigencias de cumplimiento de las previsiones del ENS en los Pliegos de cláusulas administrativas.

Pues bien, a este respecto, recomendamos la consulta de la experiencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en concreto, la “*Orden PRE/59/2018, de 2 de noviembre, por la que se regulan las condiciones sobre seguridad de la información y protección de datos personales a incorporar en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas en la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria*” (BOC 12-11-2018), que entendemos resulta muy ilustrativa, así que procederemos a realizar un breve examen de las que estimamos necesarias incorporaciones a los Pliegos reguladores de los procesos de licitación, de forma que la seguridad de la información tenga el adecuado reconocimiento y además, las administraciones públicas puedan garantizar la protección de la información y datos de los ciudadanos y de sus organizaciones, en los casos de intervención de terceros ajenos a estas como consecuencia de la ejecución de contratos públicos.

1. Delimitación de la información objeto de protección y tipos de tratamiento de la misma.

a) Sobre la información objeto de protección.

La información a proteger estará referida a cualquier dato, conocimiento o técnica recogida en soportes tanto tecnológicos como no tecnológicos, que sea propiedad de la Administración o que esté tratando, incluida la simple recogida y almacenamiento, para el cumplimiento de sus competencias y obligaciones legales. Esto incluye los datos sobre personas físicas, que se denominarán datos personales o datos de carácter personal.

No será necesario proteger, y por lo tanto no será necesario incluir cláusulas en los pliegos de contratación correspondientes para ese fin, los datos, conocimientos o

⁷ Decreto 42/2017, de 22 de junio, por el que se regula el Régimen Jurídico de la Autorización y Uso de la firma electrónica de autoridades y empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y su Sector Público

técnicas que vayan a ser utilizados por el órgano de contratación o el adjudicatario procedentes de fuentes públicas de información: textos normativos, publicaciones científicas, técnicas o profesionales, información de medios de comunicación, información difundida públicamente por otras entidades o información de dominio público.

b) Sobre los tratamientos.

Por tratamiento de la información se entenderá cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre la información, incluyendo entre otras la recogida, el almacenamiento, la consulta, la modificación, la transferencia o la difusión.

Se considerará tratamiento automatizado aquel tratamiento que emplee tecnología y en el que las operaciones sobre la información se realizan automáticamente, como sucede al emplear aplicaciones informáticas de gestión.

Se considerará tratamiento no automatizado aquel en que las operaciones se realizan con la intervención directa de una persona, que ejecuta directamente o controla todos los detalles del proceso y toma todas las decisiones, ya sea empleando tecnología tradicional o herramientas informáticas de manera meramente auxiliar.

Se considerará tratamiento mixto a aquel tratamiento de la información que combine operaciones automáticas y operaciones no automáticas.

2. Contratos a los que resultaría necesario incluir en sus pliegos esta clase de obligaciones:

- a) Contratos cuyo objeto incluye el tratamiento de información.
- b) Contratos cuyo objeto implique el acceso a sistemas de información de la administración por parte del personal del adjudicatario.
- c) Contratos cuyo objeto corresponda al suministro de aplicaciones software realizadas a medida y su periodo de mantenimiento correspondiente.
- d) Contratos cuyo objeto corresponda a la prestación de un soporte tecnológico avanzado.
- e) Contratos cuyo objeto implique el suministro de aplicaciones comerciales o de elementos hardware, así como la suscripción a servicios tecnológicos.
- f) Contratos integrales de soporte tecnológico y otros tipos de objeto del contrato relacionados con la tecnología.

3. Especificación de las cláusulas esenciales a incluir en los Pliegos:

a) Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

- Cláusula relativa a datos personales de los responsables, representantes o personas de contacto de las partes.

- Cláusula sobre acceso fortuito a información.
 - Cláusulas sobre penalidades:
 1. Cláusulas sobre porcentajes de las penalidades a aplicar por incidentes de seguridad de la información.
 2. Cláusulas sobre los niveles de los incidentes de seguridad de la información relacionados con el tratamiento de información.
 3. Cláusulas sobre los niveles de los incidentes de seguridad de la información relacionados con el tratamiento de información para el caso particular del tratamiento de datos personales.
 4. Cláusulas sobre los niveles de los incidentes de seguridad de la información relacionados con el acceso a sistemas de información.
 5. Cláusulas sobre los niveles de los incidentes de seguridad de la información que afecten a la reputación de la Administración.
 - Cláusulas sobre información base, propiedad del resultado de los trabajos, requisitos de seguridad de la información del Pliego de Prescripciones Técnicas y Subcontrataciones.
 - Cláusulas relativas al acceso a sistemas de información por parte del personal del adjudicatario.
 - Cláusulas específicas sobre el tratamiento de datos personales.
- b) *Pliegos de prescripciones técnicas.*
- Cláusulas sobre Acuerdos de Nivel de Servicio.
 - Cláusulas sobre interlocución entre las partes.
 - Cláusulas para contratos cuyo objeto incluye el tratamiento de información.
 - Cláusulas para contratos cuyo objeto del contrato consiste en la prestación de servicios informáticos, incluidos los servicios en la nube.
 - Cláusulas para contratos cuyo objeto incluya suministro de aplicaciones software realizadas a medida.

Lógicamente los detalles del contenido de todas estas cláusulas no pueden ser aportadas a este trabajo por limitación de espacio, dicho lo anterior, como se puede comprobar por el lector, este conjunto de previsiones otorga a la administración un plus de seguridad y protección sobre cualquier incidencia que pueda surgir tanto en el desarrollo de la licitación como en especial, y esto es muy importante, durante la ejecución del contrato, lo que significa establecer un marco de protección especial para las administraciones contra posibles sanciones o reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la administración por incumplimientos en estas materias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMILLO DOMINGO, I., (2013): “Esquema Nacional de Seguridad en la Administración Electrónica y Responsabilidad Patrimonial por incidentes de seguridad”; en ALMONACID LAMELAS, V. (coord.); *Manual para la Gestión Inteligente del Ayuntamiento*; págs. 411-422; Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos – La Ley. 1ª ed.

FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2017): “Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) y FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coord.); *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Vol. I, págs. 674 -597; Valencia: Tirant lo Blanch. 1ª ed.

– (2020): “La organización de la Administración digital” en MARTIN DELGADO, I. (dir); *El Procedimiento administrativo y el Régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*; págs. 105-142; Madrid: Iustel. 1º ed.

GAMERO CASADO, E. (2015): *Manual Básico de Derecho Administrativo*; pág. 415; Madrid; Tecnos: 16ª ed.

GARCIA MORILLO, J., (1996): “La versatilidad de lo básico”, *Revista de Administración Pública (RAP)*; nº 139; págs 125-151; Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MARTINEZ GUTIERREZ, R. (2009), *Administración Pública Electrónica*; pág. 256; Madrid: Civitas Ediciones – Thomson Reuters. 1ª ed.

MOLES PLAZA, R. J. (2001): “Derecho y Calidad. El Régimen Jurídico de la normalización técnica”; Barcelona: Ariel. 1ª ed.

REBOLLO PUIG, M. (2010): “Los Principios Generales del Derecho (Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción)”, en SANTAMARIA PASTOR, J.A. (dir), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*; pág. 1521; Madrid: La Ley. 1ª ed.

VALERO TORRIJOS, J. (2010): “El alcance de la protección constitucional del ciudadano frente al uso de medios electrónicos por las Administraciones Públicas”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coord.); *Administración Electrónica*; pág. 139; Valencia: Tirant lo Blanch. 1ª ed.

VALERO TORRIJOS, J. (2013): *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*; págs. 179-180; Sevilla: Global Law Press- Editorial Derecho Global. 1ª ed.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANDALUZA

Ariana Expósito Gázquez¹

I. EL AVANCE DE LA SOCIEDAD DIGITAL Y LOS EFECTOS EN LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN.

El régimen jurídico y de organización de la Administración Pública lleva años sumergido en una vorágine de reformas para intentar adaptarse a las posibilidades que implican las nuevas tecnologías y dar respuesta a las necesidades que estas generan en la sociedad (Valero y Cerdá, 2020:103). El mejor ejemplo de este proceso de cambio lo encontramos en los instrumentos que se han ido incluyendo dentro de su régimen jurídico: primero, se incorporan “*los medios mecánicos de producción en serie*”² para resolver los expedientes administrativos; luego, se incluye “*la aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos*”³; después, “*la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa*”⁴; y, finalmente, la actuación automatizada íntegra del procedimiento administrativo⁵.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Almería. Miembro del Grupo de Investigación “Ciencia y Derecho Público en el S. XXI”. La línea de investigación actual está centrada en el análisis jurídico de las nuevas tecnologías y su aplicación e incorporación dentro del Derecho Administrativo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6718-5148>

aeg581@ual.es

² Vide Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, artículo 38.

³ Vide Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, artículo 45.1.

⁴ Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 33.1.

⁵ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 41.1.

En este sentido, las reformas legislativas del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del Sector Público tenían como objetivo la adecuación e incorporación de los sistemas informáticos, telemáticos y de automatización del procedimiento a su sistema de funcionamiento. Sin embargo, aun cuando el Reglamento de desarrollo de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos se ha aprobado a principios del año 2021, el régimen normativo sigue sin incorporar los auténticos cambios que necesita la Administración para adaptarse al medio digital. En efecto, es que las distintas reformas no mencionan nunca la transformación digital de la Administración, sino que, únicamente se refieren a su adecuación y conversión a los medios electrónicos. Por tanto, el proceso evolutivo se ha centrado en los medios e instrumentos, alejándose de la finalidad que se persigue: mejorar los servicios públicos, las actuaciones administrativas, los procesos democráticos y el apoyo a las políticas públicas (Martínez Puón, 2017:103). Sin embargo, el siguiente paso natural de evolución de la Administración es asumir el tratamiento y análisis de datos como el motor de su sistema de funcionamiento y toma de decisiones, al igual que se está acometiendo en el resto de los sectores de la sociedad (Canals, 2019: 10). Por ello, el régimen jurídico y de funcionamiento de la Administración debe reorientarse hacia la digitalización de su actividad, olvidando todo lo aprendido hasta ahora que resulte inútil o ralentice el procedimiento, pero siempre que no suponga el menoscabo de los derechos consolidados de los ciudadanos (Martín, 2018: 181 y ss.).

En efecto, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración han sido los grandes perjudicados por la reforma electrónica, en tanto en cuanto, en algunas de sus consideraciones el legislador parece haberse olvidado del problema de la brecha digital (Gamero, 2016; Pascua, 2016: 203). Por esta razón, para que el progreso no vuelva a vilipendiar los derechos de los ciudadanos, la digitalización de la Administración debe establecer los límites y garantías necesarios para preservar los derechos (digitales) de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

En este sentido, la Carta de los Derechos Digitales ha realizado unas breves consideraciones sobre los derechos de los ciudadanos que deben preservarse en su relación con la Administración. Sin embargo, debe advertirse la insuficiencia de su contenido para garantizar un auténtico régimen jurídico en esta materia, y que, por tanto, deberá ser mejorado y complementando en un breve espacio de tiempo. Al respecto debe señalarse que hay Comunidades Autónomas que ya han iniciado las reformas necesarias para abordar esa transformación digital, y han configurado derechos a los ciudadanos en consecuencia con ese nuevo sistema de funcionamiento de la Administración, como es el caso paradigmático de Galicia y Cataluña. Estas van a servir también de ejemplo para acometer el objeto que a este trabajo interesa: el análisis del régimen jurídico de la Administración andaluza en su relación con los derechos digitales de los ciudadanos.

II. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANDALUZA.

II. 1. Las normas de cabecera y el reglamento de desarrollo.

El punto de partida en este análisis es que ninguna de las normas de cabecera del procedimiento y del régimen jurídico de las Administraciones y el Sector Público concreta un conjunto de derechos específicos de los ciudadanos en sus relaciones digitales. Sin embargo, a lo largo del articulado sí que se recogen determinados aspectos de las relaciones electrónicas que inciden en la vertebración de los futuros derechos digitales de los ciudadanos. Así, de entre las incorporaciones más relevantes de las reformas legislativas del año 2015 [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (en adelante LRJSP)] en esta materia se pueden destacar las siguientes: la concreción de un derecho y un deber de relacionarse por medios electrónicos⁶; la configuración de los sistemas de identificación y firma electrónica⁷; la determinación de los puntos de acceso electrónicos⁸; el establecimiento de registros electrónicos⁹; los derechos derivados de la automatización del procedimiento administrativo¹⁰; la concreción del régimen de las notificaciones electrónicas¹¹; la publicidad de las normas en los portales de Internet¹²; y la participación ciudadana en la elaboración de normas con rango de ley y reglamentos a través de este medio¹³.

Mientras que, en el caso del Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos (en adelante, el Reglamento), a pesar de que los destinatarios principales de sus medidas son el Sector Público, el régimen jurídico que establece afecta a los derechos de los ciudadanos en los siguientes términos: en primer lugar, respecto de los principios que incorpora a su régimen jurídico, como el de neutralidad tecnológica, accesibilidad, facilidad en su uso, proporcionalidad

⁶ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 12, 13 y 14.

⁷ *Ibidem* Artículos 9 y 10; Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 40, 42, 43 y 45.

⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 36 y 38.

⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 6, 16 y 31.

¹⁰ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 41.

¹¹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 41 y 43; Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 44.

¹² Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 132.

¹³ *Ibidem* Artículo 133.

de las medidas de seguridad en los distintos trámites, y de personalización y proactividad¹⁴; la inclusión de nuevos canales de asistencia en los servicios electrónicos, tales como las redes sociales¹⁵; la concreción de la Carpeta Ciudadana del Sector Público estatal¹⁶, el contenido y servicio de las sedes electrónicas y asociadas¹⁷ y la responsabilidad derivada de su gestión¹⁸; complementa el régimen de las actuaciones administrativas automatizadas¹⁹; desarrolla el régimen jurídico de los sistemas de identificación, firma y verificación por este medio²⁰; determina el contenido de las notificaciones administrativas a los interesados por medios electrónicos, la práctica y notificación de la misma²¹; y el ejercicio del derecho de acceso al expediente electrónico y la obtención de copias de documentos electrónicos²².

En el marco de la Administración andaluza, y siguiendo idéntica estructura a la legislación básica, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, pretende impulsar la administración electrónica y la simplificación de los procedimientos. El objetivo perseguido con esta reforma es implementar instrumentos para mejorar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, sin que disminuya la satisfacción de los intereses públicos comprometidos en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, debe advertirse que no se articula un apartado específico que regule los derechos de los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con la Administración, sino que, a lo largo del texto, se recogen distintos derechos que diseñan el régimen jurídico. Por esta razón, ante la carencia de una compilación de estos derechos, el marco normativo debería ser mejorado otorgando cierta coherencia y uniformidad dentro del ordenamiento jurídico. La dispersión a lo largo del articulado no favorece el acceso a la información por parte de los titulares de estos derechos. Pero es que, en mayor abundamiento, aunque es un adecuado punto de partida, es claramente insuficiente para preservar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones digitales con la Administración Pública andaluza.

¹⁴ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 2.

¹⁵ *Ibidem* Artículo 4.

¹⁶ *Ibidem* Artículo 8.

¹⁷ *Ibidem* Artículo 11.

¹⁸ *Ibidem* Artículo 12.

¹⁹ *Ibidem* Artículo 13.

²⁰ *Ibidem* Capítulo III.

²¹ *Ibidem* Artículos 41-45.

²² *Ibidem* Artículo 52.

II. 2. El régimen jurídico de los derechos digitales: breves consideraciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, el marco normativo regulador de los derechos digitales se establece a partir de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDP). Los derechos digitales son fruto de las enmiendas que se realizan a la ley durante su tramitación parlamentaria, y tienen carácter novedoso por el mero hecho de que es la primera vez que se desarrolla un conjunto de derechos específicos y propios del mundo digital con un tratamiento tan homogéneo, estableciendo límites y garantías propias para las relaciones que se producen dentro del ciberespacio. Sin embargo, en cuanto a su ámbito objetivo, en su mayoría, es reiterativo respecto de lo que se dispone en otras normas y la jurisprudencia emitida por los Tribunales, tanto europeos, como españoles. Sin perder de vista que su contenido se limita, en reiteradas ocasiones, a establecer el principio de equivalencia funcional entre los derechos del mundo físico y del ciberespacio.

Además, debe advertirse que los derechos digitales están conectados con el artículo 18 CE, de forma general y abstracta, y no en un apartado concreto del mismo. Esto representa una disyuntiva interpretativa en lo que se refiere al bien jurídico que se intenta proteger, el núcleo indisponible de los derechos, los límites y las garantías que se imponen a su ejercicio. No obstante, lo que sorprende aún más de estos es que se pretendan derivar del desarrollo y concreción del artículo 18 CE, pero que se especifique en la norma que los derechos digitales no están regulados por ley orgánica, sino por ley ordinaria²³. Asimismo, en lo que se refiere al objeto del presente trabajo, no se configura un conjunto específico de derechos destinados a regular los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones, en tanto que el sujeto de las relaciones parece identificarse más con los poderes públicos que con las Administraciones, *stricto sensu*.

Con posterioridad, se aprobó la Carta de los Derechos Digitales, la cual ha sido elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de expertos constituido por la Secretaría de Estado de la Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, enmarcado en el proyecto “Plan España Digital 2025”. Tal y como se advierte en el Preámbulo de la Carta, el objetivo que esta acomete no es «descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos», sino más bien, de la interpretación del ordenamiento en aras de garantizar los valores y bienes constitucionales, y de la seguridad jurídica de los ciudadanos, de los operadores económicos, y de las Administraciones Públicas en sus respectivas competencias.

²³ Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, Disposición Adicional Primera.

La Carta de los Derechos Digitales implica un importante precedente del tratamiento de los derechos digitales en nuestro ordenamiento jurídico, pese a que su contenido sea meramente “*descriptivo, prospectivo y asertivo*”. En efecto, la Carta no tiene carácter normativo, sino que cumple con la finalidad de reconocer los retos de aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento frente a los problemas que plantea el entorno digital. De tal manera que pretende proponer un marco de referencia para que los poderes públicos inicien y desarrollen su actividad de adecuación del ordenamiento a los riegos y posibilidades que se abren con la expansión y consolidación de la sociedad digital. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con los derechos digitales recogidos en la LOPDP, la Carta de los Derechos Digitales sí que realiza ciertas consideraciones sobre los derechos de los ciudadanos en sus derechos con las Administraciones, entre los cuáles se puede destacar el derecho a la ciberseguridad²⁴; el derecho a la neutralidad de Internet²⁵; o el derecho a la participación ciudadana por medios digitales²⁶. Sin embargo, al propósito de este trabajo interesa especialmente lo dispuesto en el artículo 18 el cual recoge los derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

II.3. Estudio comparativo de la correspondencia de los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública recogidos en la Carta de los Derechos Digitales y la legislación andaluza.

El artículo 18 de la Carta de los Derechos Digitales recoge un conjunto de derechos específicos relativos a las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, que pueden desglosarse en el estudio de cuatro apartados diferentes.

II.3.1. El derecho a la igualdad en las relaciones digitales y el establecimiento de alternativas físicas a estos medios.

En primer lugar, el artículo 18.1 de la Carta, reconoce que «*el derecho a la igualdad de las personas se extiende al acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. A tal fin se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso a los servicios públicos, a los sistemas y los procedimientos a todos los sujetos y la asistencia en tales procedimientos*».

El contenido del derecho a la igualdad que se recoge en este apartado tiene como finalidad preservar el derecho a relacionarse por medios electrónicos o digitales con las Administraciones, sin que quepa ningún tipo de discriminación o trato

²⁴ Vide Carta de los Derechos Digitales, 14 de julio de 2021, artículo 6.

²⁵ *Ibidem* Artículo 13.

²⁶ *Ibidem* Artículo 16.

desigualitario hacia los ciudadanos. Sin embargo, el contenido de este derecho ya está garantizando en el ordenamiento jurídico, en tanto que en las relaciones interadministrativas y para con los ciudadanos rige el principio de accesibilidad²⁷ en las actuaciones. A efectos comparativos, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, en el artículo 3, recoge idénticas previsiones, haciendo referencia al principio de accesibilidad y de no discriminación que debe regir en las relaciones electrónicas.

El derecho a la igualdad está vinculado con el establecimiento de medidas necesarias que garanticen la disponibilidad y el acceso a los sistemas y servicios públicos. En este sentido, el artículo 18.4 de la Carta recoge que «*se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que no quieran o no puedan utilizar recursos digitales y no resulten obligadas a ello, en las mismas condiciones de igualdad*».

El contenido de este apartado está relacionado con el ejercicio de la vertiente negativa del derecho de acceso a Internet, es decir, el derecho a no usar Internet en las relaciones con la Administración. De este modo, lo que se trata es de que los poderes públicos doten este derecho con las suficientes garantías para preservar su núcleo indisponible. En este sentido, estos deberán disponer de los medios necesarios para que, aquellos que no deseen utilizar Internet, cuenten con los canales tradicionales para posibilitar sus relaciones con el Estado. Pero es que, además, se han configurado derechos específicos que lo dotan de contenido, como es ser asistidos en el uso de medios electrónicos especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, la presentación de solicitudes y la obtención de copias auténticas²⁸. Además, el Reglamento concreta el ejercicio de este derecho en los siguientes canales: en primer lugar, presencial, a través de las oficinas de asistencia al ciudadano; en segundo lugar, en los portales de internet y las sedes electrónicas, es decir, a través de la utilización tanto de personas físicas que contesten a las solicitudes, como de bots que respondan automática a estas peticiones; en tercer lugar, se reconocen las redes sociales como canales de comunicación, cuestión que llama la atención, puesto que, es la primera vez que se incorpora a los medios de actuación de la Administración, y las cuales no cuentan con un régimen jurídico específico; en cuarto lugar, a través de los canales telefónicos, es decir, los números de teléfono habilitados para la atención de los ciudadanos; en quinto lugar, por correo electrónico; y, finalmente, por cualquier otra vía que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la LPAC²⁹.

²⁷ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 b).

²⁸ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 12 y 13.

²⁹ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 4.

Asimismo, para alcanzar la efectividad de este derecho, se prevé la formación de los empleados públicos en esta materia a través de las políticas públicas³⁰, y un conjunto de herramientas dentro para su correcto ejercicio como son las oficinas en materia de registro³¹. Estas oficinas también han sido previstas en la normativa andaluza, cuya concreción y desarrollo está aún pendiente de tratamiento³².

III.3.2. Los principios de transparencia y reutilización de la información.

En segundo lugar, en el artículo 18.2 de la Carta se distinguen dos previsiones distintas. Por un lado, «*el principio de transparencia (...) guiará la actuación de la Administración digital de conformidad con la normativa sectorial. En particular, se garantizará el derecho de acceso a la información pública, se promoverá la publicidad activa y la rendición de cuentas (...)*».

La transparencia es uno de los principios generales que debe respetar la Administración en su actuaciones y relaciones³³, y en iguales términos se recoge en la legislación andaluza en el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, en el artículo 3.1 f). En efecto, la doctrina defiende la transparencia administrativa como un deber propio de la Administración Pública de informar a los ciudadanos sobre la gestión y el derecho correlativo de los ciudadanos a ser informados de forma veraz, objetiva y buscar información en estas (Guichot, 2014: 42).

En consecuencia, será a través de la sinergia de las normas de cabecera del procedimiento administrativo y del Sector Público y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, las que se encarguen de dotar de este carácter las actuaciones administrativas. Además, esta norma acomete la finalidad de vertebrar el derecho de acceso a la información pública (Barrero, 2018: 225; Piñar, 2014: 49), la publicidad activa (Viloria, 2014) y la rendición de cuentas de la Administración relacionada con la buena administración (De Carvajal, 2017: 476), especialmente vinculada con el “*accountability vertical*”, donde el control de la gestión pública pasa a formar parte de las competencias de los ciudadanos (Arenilla, 2014: 85). Sin embargo, la normativa general ya recoge un derecho específico en lo que se refiere a la segunda

parte del contenido del derecho³⁴, por lo que no implica ninguna novedad en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, en lugar de reproducir el contenido del artículo, si se hubieran incorporando mayores previsiones sobre la implementación de las políticas de open data, sí que hubiera supuesto una transformación del sistema, y por ende, de los derechos de los ciudadanos (Almonacid, 2019: 21). No obstante, la legislación andaluza sí que está más acertada en esta materia, en tanto que recoge entre las finalidades de la gestión documental, la proporción de fuentes de información que permitan participar en estrategias que pongan en valor la difusión, explotación y reutilización de los datos³⁵. Sin embargo, falta que se articulen las vías y se adecuen los canales necesarios para llevar a cabo esta actividad.

Y, por otro lado, el artículo 18.2 de la Carta establece que «*el principio de reutilización de datos de las Administraciones guiará las actuaciones de la Administración digital, de conformidad con la normativa sectorial. En particular, (...) se velará por la portabilidad de los datos y la interoperabilidad de los formatos, sistemas y aplicaciones, en los términos que prevea el ordenamiento jurídico vigente*». Y, además, el artículo 18.3 de la Carta añade otras consideraciones en esta materia, advirtiendo que «*(...) se impulsará la puesta a disposición entre Administraciones de aplicaciones cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, salvo supuestos de especial protección por una norma*».

Estas previsiones son claramente insuficientes, en tanto que reproducen el régimen establecido por la Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, vigente en el ordenamiento jurídico desde julio de 2021. En este sentido, las obligaciones en esta materia se ciñen a animar a los Estados miembros a elaborar documentos abiertos desde el diseño y por defecto, por lo que no existe una obligación sui generis de reutilización y tratamiento de los datos de que disponen³⁶. En este sentido, la normativa andaluza en esta materia garantiza tanto la interoperabilidad de las soluciones implantadas, así como también la reutilización los sistemas y aplicaciones del Sector Público³⁷.

³⁰ *Ibidem* Disposición Adicional segunda.

³¹ *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 6.5; *Vide* Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 40.

³² *Vide* Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, Disposición Final Segunda.

³³ *Vide* Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 3.1 c)

³⁴ *Vide* Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 13. 1 d)

³⁵ *Vide* Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 43. 1 e).

³⁶ *Vide* PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, artículo 5.2.

³⁷ *Vide* Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 37.4.

El intercambio y reutilización de información entre Administraciones se fundamenta en el principio general de cooperación, colaboración y coordinación³⁸, así como también, en base a los principios de las relaciones interadministrativas³⁹ y el deber de colaboración entre Administraciones⁴⁰. En este sentido, el deber de colaboración se estructura en distintas técnicas: suministro de información, datos, documentos o medios probatorios; creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa; y deber de asistencia y auxilio para atender las solicitudes de información. No obstante, también entra en juego el principio de interoperabilidad entre las Administraciones Públicas (Martínez Gutiérrez, 2017: 2820), cuyos beneficios repercuten tanto en aspectos técnicos, organizativos y como de gestión de políticas públicas (Cerrillo, 2016: 285).

Ahora bien, en strictu sensu, en lo que se refiere a la transmisión de datos entre Administraciones para su posterior reutilización, hay que referirse al artículo 155 LRJSP. Lo especialmente llamativo del régimen jurídico es que el tratamiento posterior de los datos por parte de otra Administración no podrá realizarse si tiene una finalidad incompatible con aquella con la que inicialmente se recogieron⁴¹, salvo en determinados supuestos recogidos por la normativa especial de protección de datos⁴². El Reglamento también realiza en el artículo 61 algunas consideraciones sobre las transmisiones de datos, pero más pensadas para permitir el intercambio de información entre Administraciones cuando las personas interesadas no aportan datos o documentos que obren en poder de las mismas (art. 28 LPAC)⁴³. Y, en idénticos términos al Reglamento se pronuncia el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, en el artículo 42, sobre la transmisión de datos y documentos que ya obren en poder de las Administraciones, mediante consulta automatizada y transmisión electrónica.

Mientras que, en lo que se refiere la reutilización de sistemas de aplicaciones, hay que hacer referencia al artículo 156 LRJSP y el art. 64 del Reglamento. La reutilización de los sistemas y aplicaciones se ha configurado como una obligación para las Administraciones Públicas, en tanto que, como advierte la doctrina son diversas

³⁸ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 3.1

³⁹ *Ibidem* Artículo 140.

⁴⁰ *Ibidem* Artículo 141.

⁴¹ Vide STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4: «La Ley Orgánica de Protección de Datos no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están en principio, afectados a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento».

⁴² Vide PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, artículo 5.1; artículo 6.1.; artículo 23.1

⁴³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, artículo 61.

las ventajas que presenta este aprovechamiento tecnológico: la reducción de costes y de tiempo en su implantación, el fomento de la transparencia, la participación y la colaboración ciudadana (Rivas, 2019: 193). De este modo, las Administraciones Públicas, de forma previa a la adquisición o desarrollo de una aplicación, deben consultar el directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado⁴⁴, por si existen soluciones disponibles que cubran sus necesidades. Para la doctrina, esta es una de las novedades más importantes de la Ley (Martínez Gutiérrez, 2017: 2844).

El problema es que, las diferencias arquitectónicas de las Administraciones digitales al utilizar modelos distintos de funcionamiento y de análisis de los datos, dificultan la implementación de estas medidas. Así, como advierte la doctrina, en la práctica el principal problema de reutilizar los sistemas reside en su integración con los preexistentes, lo que termina provocando duplicidades y falta de eficiencia real en la implementación. Por ello, la interoperabilidad por defecto es la única solución a esta controversia, aunque sobre la base de libre circulación de datos que se promueve desde la Unión Europea, lo que, a la par, permitiría crear servicios públicos digitales transfronterizos (Cerrillo, 2016: 297). De este modo, hasta que las Administraciones no sean completamente interoperables, capaces de relacionarse en el mismo lenguaje, posibilitando que puedan compartir, tratar y reutilizar los datos que poseen, no se puede hablar del siguiente paso evolutivo en la organización y sistema de funcionamiento de las Administraciones. Por ello, es imprescindible sentar una base legal que obligue a las Administraciones Públicas a diseñar sus sistemas y aplicaciones por defecto compatibles. Por todo lo anteriormente expuesto, se puede advertir cómo la interoperabilidad se ha tornado un principio básico del Derecho Administrativo, el cual represente el eje estructural de la Administración del S. XXI.

II.3.3. Los caracteres de las tecnologías propias de la Administración.

En tercer lugar, la Carta de los Derechos Digitales también se compromete en el artículo 18.3 con: «promover la universalidad, la neutralidad y la no discriminación, en particular por razón de sexo, de las tecnologías usadas por las Administraciones Públicas»⁴⁵.

En este sentido, el principio de universalidad en relación con la no discriminación parece estar vinculado con la accesibilidad y facilidad en el uso de las nuevas tecnologías, en tanto que no se desprende de las actuaciones que realice la

⁴⁴ Vide 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, artículo 17.

⁴⁵ Vide Carta de los Derechos Digitales, 14 de julio de 2021, artículo 18.3.

Administración, sino de las herramientas tecnológicas que esta utilice⁴⁶. Si bien es cierto que se realiza una especial consideración sobre un colectivo particular, sobre el que se desconoce la motivación que lleva a pronunciarse explícitamente por el mismo, en tanto que, hay determinados grupos poblacionales donde la brecha digital es más profunda que el mencionado, como es el caso de las personas mayores, o con la capacidad modificada. En este sentido, la normativa andaluza recoge de forma similar estos principios en relación con las tecnologías que esta utiliza, garantizando la accesibilidad y no discriminación, y la reducción de la brecha digital⁴⁷.

Mientras que, en lo que se refiere al carácter de neutralidad tecnológica debe ponerse de nuevo en relación con el principio de interoperabilidad puesto que la finalidad que persigue es garantizar la elección de distintas alternativas tecnológicas, pero que posibiliten la comunicación e interrelación, mediante la concreción del criterio de interoperabilidad. Para ello, el Sector Público utilizará estándares abiertos y de uso generalizado en la prestación de los servicios públicos por medios electrónicos. Sin embargo, este principio no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que ya contaba con un reconocimiento en idénticos términos. En otras palabras, se hace referencia a las características técnicas de la configuración de las tecnologías de la información y la comunicación para que sean compatibles con los productos habituales o de uso general de la población. En este sentido, la Administración tendrá que diseñar el régimen general de funcionamiento de sus programas y servicios para que puedan ser ejecutados en sistemas operativos distintos, y dar cobertura a las diferentes gamas y niveles de desarrollo de las TIC.

En consecuencia, la Administración tendrá que adecuar los servicios públicos electrónicos que preste a los elementos técnicos de las TIC que disponen los ciudadanos. Esto puede generar una gran repercusión y obligar a las Administraciones Públicas a dar cobertura a la prestación de determinados servicios por medios o sistemas obsoletos, en lo que se refiere a sus condiciones técnicas, para garantizar la neutralidad tecnológica de sus actuaciones. Sin duda, esto generará un coste económico añadido, puesto que no sólo tiene la obligación de adaptarse al progreso de las tecnologías, sino de garantizar de manera no discriminatoria que todos tengan acceso. En este sentido, la discriminación por condiciones económico-sociales se puede convertir en una práctica habitual de la Administración, si no garantiza que, con independencia del sistema operativo, todos tienen acceso a la prestación de estos servicios. Esto conlleva una doble

⁴⁶ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 b).

⁴⁷ Vide Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 3.

inversión: por un lado, mantener el funcionamiento de determinados sistemas operativos, mientras exista actuaciones de los ciudadanos que se desarrollen por esa vía; y, por otro lado, de inversión en materia de progreso y desarrollo de sus sistemas de forma sinérgica al resto de la sociedad. No obstante, debe advertirse que esto está previsto en el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del Sector Público. Si bien, esta norma se refiere al contenido publicado a través de estos sitios web, con independencia de que sea textual o meramente accesible, por ejemplo, el contenido multimedia, o de la intranet. De tal manera que, la finalidad que desarrolla norma es garantizar el acceso a estos recursos y herramientas, a toda la población, superando de este modo la brecha digital⁴⁸.

El artículo 18.3 de la Carta, finaliza añadiendo que: «*las Administraciones Públicas promoverán que la provisión de servicios por medios digitales respete los principios de esta Carta*».

Este es el auténtico cambio legislativo que necesita la normativa, en tanto que lo anterior ya estaba previamente recogido. En efecto, estos caracteres deben desprenderse de los servicios públicos digitales que se prestan a los ciudadanos, y no de las tecnologías que las Administraciones utilizan para desarrollarlos. De tal manera que permitiría relacionarlos con el principio general de “servicio efectivo para los ciudadanos”, “simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos”, “transparencia en la actuación administrativa”, “buena fe y confianza legítima” y “de eficacia en el cumplimiento de los objetivos”⁴⁹. En este sentido, un servicio que es tramitado de manera que no garantiza que los ciudadanos puedan acceder a su prestación, no puede considerarse efectivo. Conocedor de esta situación, el legislador andaluz ha previsto que el Portal de la Junta de Andalucía facilitará de manera intuitiva el acceso a los servicios de administración electrónica que se ofrecen a la ciudadanía⁵⁰, o la concreción de la Carpeta Ciudadana para el cumplimiento de estos fines⁵¹.

De manera que, esto también debe ponerse en relación con las disposiciones generales del artículo 103.1 CE. La minimización del grado de complejidad en la prestación o el desarrollo de la actividad electrónica resulta indispensable para acercar a la ciudadanía en general, la comunicación por esta vía de los ciudadanos con las Administraciones Públicas. Así, a medida que descienda la complejidad de

⁴⁸ Vide Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, artículo 1.2.

⁴⁹ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 3.1.

⁵⁰ Vide Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 15.3.

⁵¹ *Ibidem* Artículo 38

acceso, tramitación, o prestación de estos servicios es más sencillo que se llegue a abordar la conversión completa de la Administración en sus actuaciones. En este sentido, el elevado nivel de tecnicismo que la Administración venía utilizando en determinados servicios ha ralentizado el acceso de los administrados o interesados a la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos, a la par que minorado sus derechos.

II.3.4. La identificación de los órganos responsables.

En cuarto lugar, el artículo 18.5 establece que: *«el poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma»*.

En efecto, este es un derecho expresamente recogido ya en nuestro ordenamiento jurídico [art. 53.1 b) de la LPAC], a la par que, complementado por un desarrollo extenso de la materia, a través de la configuración de los sistemas de identificación y firma digital. Sin embargo, parece evidenciarse que el fin ulterior que se pretende alcanzar con este precepto es la individualización de los actos desarrollados, en aras de dilucidar responsabilidades por las actuaciones administrativas, en caso de que sea necesario. En este sentido, el proyecto normativo de la Carta de los Derechos Digitales incorporaba al respecto la siguiente previsión: *«los daños causados por actividades o decisiones digitales podrán dar lugar a un derecho a la indemnización por toda lesión que las personas físicas o jurídicas sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, de acuerdo con las leyes»*. Sin embargo, estas consideraciones han desaparecido en el texto aprobado, en tanto en cuanto, no se contempla la posibilidad de un reconocimiento patrimonial por las actividades o prestaciones digitales.

No obstante, el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial va a permitir hacer una interpretación extensiva del reconocimiento de aquellas lesiones o daños en los derechos de los administrados que sean provocadas por la actuación administrativa en la prestación de servicios públicos, ya sean electrónicos o digitales. Sin embargo, sí que es cierto que sería recomendable el establecimiento de una definición legal de que se debe entender por estas modalidades de servicios públicos, y derivado de la misma, el régimen de derechos y obligaciones de las partes intervinientes. En este sentido, la respuesta lógica a esta problemática es aplicar un concepto extensivo de servicio público, adaptándolo a la actividad desarrollada por las Administraciones a través de las tecnologías de la información y la comunicación (Gamero, 2010: 89 y ss.), y en igual sentido, a la digitalización del servicio.

En lo que se refiere a los servicios públicos electrónicos se distinguen distintas categorías: informativos, documentales y transaccionales, los cuales están sujetos a una serie de parámetros de calidad (Martínez Gutiérrez, 2012: 4). En primer lugar, al cumplimiento de los principios generales en materia de administración

electrónica, como son la prestación de servicio efectivo de los ciudadanos, la responsabilidad por la gestión pública, y la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. En segundo lugar, el establecimiento de un régimen de responsabilidad sobre la información que se pone a disposición de los ciudadanos en los portales web y las sedes electrónicas, resultando de aplicación, además de la normativa general del procedimiento administrativo, lo dispuesto en la normativa de transparencia. Y, en tercer lugar, a que la prestación de estos servicios debe respetar las medidas necesarias para garantizar la protección del derecho fundamental a la protección de datos (art. 18 CE) (Piñar, 2020: 6), y todas las obligaciones legales que desarrolla el RGPD, y LOPDP.

En este sentido, estas obligaciones serían igualmente extrapolables a los servicios públicos digitales, en tanto que el compromiso de la Administración en relación con los derechos de los ciudadanos no puede aminorarse. Además, de establecer garantías adicionales para que los datos utilizados en la gestión y organización digital de la Administración sean lo más puros posibles, así como también, sobre la instauración de las medidas necesarias para protegerlos de los riesgos propios del ciberespacio, especialmente, en materia de ciberseguridad. No obstante, debe advertirse que, en el ámbito de los servicios públicos digitales, el RGDP recoge el derecho a solicitar una indemnización por vulneración del derecho a la protección de datos (art. 82.1 RGDP) que, en definitiva, permite un amplio reconocimiento de prestaciones por la actividad administrativa, en tanto en cuanto, los datos se convierten en la nueva materia prima de las actuaciones administrativas. No obstante, para que se produzca el reconocimiento de este derecho deberá reunirse los requisitos legales (artículo 106 CE y artículos 32-34 LRJSP) y jurisprudenciales correspondientes para ello. Sin embargo, hay que advertir que, en determinadas ocasiones, como por ejemplo en materia de ciberseguridad, no será sencillo demostrar la efectividad del daño, y no su mera o hipotética consumación. No obstante, siempre y cuando se constate su existencia, es natural que se reconozca el derecho a la indemnización por los daños causados.

II.3.5. A modo de conclusión parcial sobre la adecuación del régimen jurídico de la Administración electrónica andaluza a las consideraciones generales de los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones.

En consecuencia, tal y como se desprende del análisis precedente, la normativa andaluza en materia de administración electrónica cumple las previsiones de la Carta de los Derechos Digitales en materia de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración por este medio. Ahora bien, la cuestión es mucho más amplia que esa mera afirmación, en tanto que no era difícil alcanzar ese mínimo dispuesto en la norma, en su mayoría, como se ha analizado, consagrado

en la normativa cabecera en distintos preceptos. Por tanto, el problema tiene una complejidad mayor, puesto que la Carta de los Derechos Digitales se ciñe a recoger determinados derechos a los que tilda de digitales, pero que son puramente relacionados con los medios electrónicos.

No obstante, debe advertirse que el artículo 18.6 y 7 de la Carta de los Derechos Digitales recogen una serie de consideraciones en relación con los derechos de la ciudadanía en el uso de la inteligencia artificial dentro de las Administraciones Públicas, las cuales sí que implican una novedad. Sin embargo, el análisis de este precepto es objeto de estudio en un capítulo específico de esta obra, en tanto que, la dificultad, complejidad y profundidad de su análisis, bien merecen un apartado propio.

III. EL MODELO SISTEMÁTICO DE ACTUACIÓN PARA DISEÑAR UN AUTÉNTICO MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN: EL PARADIGMA DE OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

III.1. El plan de conversión.

La Carta de los Derechos Digitales no llega a abordar el establecimiento de un régimen jurídico a la altura de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones digitales con las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto, aún no se ha emprendido la conversión digital de su organización y sistema de funcionamiento. Sin embargo, hay Comunidades Autónomas que son pioneras en esta transformación digital, y consecuentemente, en la concreción de auténticos derechos digitales y garantías necesarias de los ciudadanos en estas relaciones.

En este sentido, destacan especialmente la Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, y el Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital de Cataluña. La singularidad de estas normas está en el establecimiento de un auténtico plan de conversión digital de la Administración, y no meramente de adaptación al funcionamiento electrónico. En efecto, lo primero es alcanzar esa Administración Digital, y después proveer en el ordenamiento los derechos y garantías necesarias de sus relaciones con los administrados. Por ello, una de las primeras consideraciones es establecer el objetivo que se pretende alcanzar, estableciendo un concepto de Administración Digital. En este sentido, la novedad de esta figura dentro del panorama jurídico imposibilita su representación, aunque se puede advertir su unión inquebrantable hacia el uso de las tecnologías propias de la Revolución Digital y el análisis de datos para generar mayor valor público

en sus servicios. De este modo, la finalidad que persigue dicha transformación es construir una Administración «que permita el empoderamiento de las personas, la democratización de las soluciones tecnológicas y la atención más adecuada de las legítimas demandas sociales»⁵².

Tal y como se viene advirtiendo, la evolución de la Administración se encuentra en la misma materia prima y sistema de funcionamiento de las que se sirve el resto de los sectores de la sociedad: los datos (Capdeferro, 2020:4). En este sentido, a partir de los datos, la evolución de la Administración Digital se basa en cuatro ámbitos distintos:

En primer lugar, el establecimiento de una base normativa que instaure los principios básicos que deben dirigir este proceso: colocar al ciudadano en el epicentro del desarrollo de las políticas y la prestación de los servicios públicos; la transparencia y apertura de las instituciones; la obligación de reutilizar los datos; el control de las instituciones; la participación ciudadana en el desarrollo de las actuaciones administrativas, especialmente, su incremento a través de los canales digitales; y la colaboración y coordinación transversal de las instituciones para el desarrollo de este fin.

Una vez sentados estos principios, habrá que diseñar las infraestructuras y sistemas de funcionamiento que posibiliten el tratamiento digital de las actuaciones de las distintas Administraciones. No se puede pensar en un sistema único al que todas se acojan, sino en una base común, estandarizada e interoperable, a partir de la cual cada Administración pueda desarrollar mejor la prestación de sus servicios y el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas. De tal manera que, las Administraciones deben disponer de las herramientas tecnológicas necesarias, es decir, por un lado, de las sedes, las plataformas web y los portales y, por otro lado, de un sistema de gestión documental y organizativo diseñados en origen para la digitalización. Dentro de este aspecto, es imprescindible dotar al Sector Público y las Administraciones de instrumentos de coordinación y colaboración, de forma que, sean plenamente interoperables, con independencia del nivel organizativo.

En tercer lugar, la capacitación y formación de los empleados públicos en el uso de estas nuevas tecnologías, pero también sobre los principios que rigen en esta transformación de la Administración Públicas (Castillo, 2020:13). La transparencia por defecto y la participación ciudadana deben ser los nuevos ejes de actuación de los empleados públicos (Pérez, 2011:37). En este sentido, como afirma la doctrina, sin educación para la transparencia, tanto dirigida a los empleados públicos, como para los actores que deben intervenir en el proceso, es imposible alcanzar unas

⁵² Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital, Exposición de motivos.

instituciones que instauren este como principio de actuación, y que los ciudadanos exijan su cumplimiento (Messeguer, 2019: 21).

Y, en cuarto lugar, formar a los ciudadanos para relacionarse digitalmente con las Administraciones, complementando sus derechos y las ineficiencias que presenta el régimen jurídico actual. Además, debe analizar las necesidades de la ciudadanía, a través del nuevo sistema de funcionamiento, para implementar nuevos servicios públicos y mejorar los que ya venían prestándose.

III.2. Los datos y su análisis como eje de la conversión del sistema.

La Administración debe iniciar el proceso de cambio asumiendo que los datos son sus nuevos aliados para la prestación de los servicios y el desarrollo de las políticas públicas (Valero, 2018: 389), construyendo grandes bases de datos automatizadas de titularidad pública. Los principios de datos abiertos en el ordenamiento jurídico español no están expresamente previstos, pero su contenido se encuentra perfectamente acomodado dentro de la estructura y funcionamiento de la Administración electrónica (art. 3 de la LRJSP). Tal y como advierte la doctrina, la mayoría de los avisos legales no promueven la efectiva reutilización de los datos, además de generar inseguridad jurídica (Cerrillo, 2014: 74).

Sin embargo, la apertura de los datos implica otras posibilidades, puesto que el acceso a la información permite su reutilización con otros objetivos o finalidades. Todas las entidades que configuran el Sector Público producen y conservan gran variedad de información, la cual debe utilizarse para mejorar los servicios, prestaciones y actuaciones públicas. En este sentido, la Administración debe valerse de dos categorías distintas de datos para auspiciar esa evolución: por un lado, los datos que ella misma produce y almacena; y, por otro lado, aquellos que le proporcionan los ciudadanos.

III.2.1. Los datos *ad intra*.

En lo que se refiere a los datos propios de las Administraciones (*ad intra*) las políticas de transparencia, acceso a la información pública y open data y reutilización de estos, son la base normativa sobre la disposición y utilidad que se podrá dar a estos datos. La propia doctrina ha calificado la normativa vigente como un buen punto de partida para iniciar la reconversión y la apertura de la Administración, pero que necesita ser mejorada y ampliada (Giménez, 2014: 168). En consecuencia, hay que pasar de la transparencia y apertura formal, para conseguir que estos valores se integren en el funcionamiento de las actuaciones como intrínsecos y propios, tal como los que se recogen en el artículo 103 CE. Además, es imprescindible superar la carencia de sinergias legislativas, estableciendo un marco jurídico claro

de obligaciones para la Administración y derechos para los ciudadanos, puesto que se convierte en uno de los mayores obstáculos para implantar la transparencia y la reutilización de la información en nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, la primera traba que encontramos para superar esta fase evolutiva es la falta de regulación de una obligación a las Administraciones Públicas para reutilizar estos datos en su propio beneficio, tanto en mejores políticas como servicios públicos. En este sentido, la Carta de los Derechos Digitales contempla en el artículo 21 el uso para el bien común de los datos personales y no personales del Sector Público como un “bien de interés general”, consideración que debe asumirse íntegramente en la gestión pública. Sobre este particular, los ejemplos paradigmáticos mencionados incorporan el modelo de gobierno de los datos en su sistema de funcionamiento, convirtiendo los datos en un activo digital y maximizando su reutilización. Así, por ejemplo, la legislación gallega habla del establecimiento de la Carpeta ciudadana, como la plataforma que permita recoger los datos específicos de los ciudadanos para prestar servicios individualizados⁵³. Mientras que, en Cataluña se habla de la instauración de un modelo abierto de los datos en el que se garantiza el acceso, el intercambio y la reutilización de los mismos⁵⁴. Además, se reconocen un conjunto de derechos de los ciudadanos relacionados con esta actividad, en tanto que las plataformas de interoperabilidad garantizarán la seguridad de la información, en relación con la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y trazabilidad de los datos⁵⁵. En efecto, estas medidas promueven el derecho de los ciudadanos a comprobar, y en su caso rectificar, que los datos a través de las que se formulan las decisiones administrativas se ajustan a la realidad, y son conformes a la legalidad vigente.

III.2.2. Los datos *ad extra*.

Por otro lado, estarían los datos pertenecientes a los ciudadanos (*ad extra*), si bien estos dependen en su mayoría de las políticas que se desarrollan de participación y colaboración de los ciudadanos con los asuntos públicos. Hasta el momento, esta cuestión ha sido uno de los caballos de batalla del Gobierno, en tanto que, no ha llevado a cabo ningún proyecto significativo para su consecución. La participación ciudadana en los asuntos públicos es una exigencia propia de la democracia, cuyo contenido se reafirma según lo dispuesto en el artículo 9.2 CE (Tolivar, 2010: 946).

Sin embargo, durante años, la doctrina ha manifestado la insuficiencia de participación ciudadana en el desarrollo de la prestación y desarrollo de los

⁵³ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, artículo 21.

⁵⁴ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 10.

⁵⁵ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 16.3

servicios públicos. Aunque sí que es cierto que hay Comunidades Autónomas que han promovido este valor, no es el caso de la Junta de Andalucía, a pesar de que la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación ciudadana de Andalucía, en el artículo 9 c), genera entre las obligaciones de la Administración «establecer los medios pertinentes para la promoción del ejercicio efectivo del derecho a la participación ciudadana a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente, a través de la configuración de espacios interactivos en sus sedes electrónicas, portales o páginas webs, así como mediante la promoción de sistemas de votación y encuestas de carácter electrónico».

Sobre el particular, la normativa andaluza afirma la necesidad de proporcionar fuentes de información para la participación de la Junta de Andalucía en las estrategias de Gobierno Abierto que ponen en valor la difusión, explotación y reutilización de datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas⁵⁶. Sin embargo, aunque incorpora esta premisa, no articula los canales necesarios para ello, en tanto que las consideraciones que se realizan sobre el portal de Internet son claramente insuficientes, no materializándose en un proyecto o iniciativa concreta⁵⁷. Así, por ejemplo, en la legislación catalana se facilita y garantiza la participación ciudadana en todo el ciclo del diseño, desarrollo, implantación y evaluación de cualquier servicio público, de conformidad con los principios de gobierno abierto⁵⁸. Pero es que, la legislación gallega profundiza aún más en la vertebración de la participación a través de un foro de participación ciudadana⁵⁹ en el ámbito de Internet⁶⁰.

En efecto, la Carta de los Derechos Digitales contempla en el artículo 16, la necesidad promover entornos digitales que contribuyan al desarrollo de la participación ciudadana a través de los medios digitales. En este sentido, se pueden advertir la facilidad que proporciona para el ejercicio de esta actividad tanto los portales como las sedes electrónicas; o también, a través de la materialización en una especie de ágora digital (De la Quadra, 2019: 34). Sin embargo, las redes sociales implican una nueva forma de entender las relaciones con los ciudadanos: por un lado, el ciudadano se convierte en un agente activo de producción de contenidos que pueden ser utilizados por la Administración en el ejercicio de sus funciones; por otro lado, las redes sociales posibilitan la coordinación de peticiones lo que

⁵⁶ Vide Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 43. 1 e).

⁵⁷ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 15. 2.

⁵⁸ *Ibidem* Artículo 7.

⁵⁹ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, artículo 115.

⁶⁰ *Ibidem* Artículo 52.

permite lograr mejores resultados; y, además, las redes sociales generan una nueva forma de actuar con los individuos (Criado, 2016: 40).

Pero, es que, las redes sociales tienen un amplio potencial para mejorar las Administraciones Públicas, desde dos perspectivas: una externa relacionada con los ciudadanos, puesto que les permite publicar información, pero también el intercambio de opiniones y experiencias, haciendo que se extienda el conocimiento de una manera más efectiva; y otro interno, por su utilización por los empleados públicos con los objetivos y el interés de las organizaciones para las que trabajan (Criado, 2017: 230). En este sentido, las redes sociales ayudan a conseguir el compromiso de participación y colaboración ciudadana que el resto de las plataformas no consiguen alcanzar (Palomar, 2016: 237). Además, estas pueden ayudar a crear, reutilizar y compartir contenidos creando un valor adicional a los servicios públicos que se prestan, pero también para diseñar otros nuevos, atendiendo a la utilización de esa información que las Administraciones reciben.

El principal riesgo de utilización de las Administraciones Públicas de las redes sociales para prestar o desarrollar sus servicios es la protección de los datos personales de los ciudadanos, por lo que, el principio de minimización de los datos se debe convertir en el eje estructural de sus políticas evitando riesgos innecesarios. Además, las técnicas de anonimización cuando se lleven a cabo procesos de participación a través de estos canales juegan un papel trascendental para proteger esos datos personales de los usuarios.

III.3. Los derechos derivados de la implantación de las tecnologías de la Revolución Digital en la Administración.

No obstante, de nada sirve agrupar macrodatos de forma generalizada, si no se cuenta con los mecanismos necesarios para analizarlos y extraer conclusiones relevantes. De ahí se advierte la importancia de que las Administraciones incorporen las técnicas de Big Data y de Blockchain para dotar de valor esos datos. Y, en idéntico sentido, se convierte en un reto en sí mismo conciliar el principio de transparencia y publicidad con los derechos de protección de datos personales y la privacidad de acuerdo con la normativa aplicable (Guichot, 2019: 285). De tal manera que la Administración debe promover la automatización, el uso de la inteligencia artificial y la robotización de todos aquellos trámites dentro de su sistema de funcionamiento, y en el desarrollo del procedimiento administrativo, para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia. Si bien, gran parte de la actividad que realiza el personal empleado público podría llevarse a cabo, bien por sistemas automáticos simples, o bien por otro con capacidad autónoma para adoptar decisiones.

Por ello, en todo momento se debe garantizar el sometimiento pleno de su actuación a la Constitución, a la ley y al derecho, asegurando la protección del derecho a los datos personales y la privacidad. Pero, también, se debe garantizar la transparencia y motivación de las decisiones que se adopten, evitando que los ciudadanos sean objeto de actuaciones arbitrarias (Cerrillo, 2019: 13). Estas tecnologías desde el diseño deben estar destinadas a defender los valores sociales y los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que éstas tengan autonomía propia para tomar decisiones implica el establecimiento de garantías adicionales para que, en todo momento, se respeten los principios, valores y derechos por los que se constituye el Estado Social, democrático y de Derecho. Y, desde la perspectiva contraria, reconocer el derecho a la responsabilidad derivada del uso de estas tecnologías cuando sean usadas por la Administración.

III.4. Los servicios públicos digitales y los derechos de los ciudadanos.

La finalidad última de agrupación y análisis de datos es prestar servicios públicos de calidad y eficientes, perfectamente adaptados a las necesidades de los ciudadanos. En efecto, los puntos de acceso, los canales de comunicación, los programas y las plataformas deben estar diseñados en origen completamente interoperables, favoreciendo la simplificación del procedimiento y la funcionalidad del sistema (Marcet, 2019: 98). De tal manera que los ciudadanos se convierten en el referente de las decisiones de la Administración. En este sentido, tal y como recoge la legislación gallega, lo que se trata es de promover servicios públicos que permitan la mejor satisfacción de los intereses generales, atendiendo de manera personalizada a la ciudadanía, que promuevan la prestación de servicios conjuntos entre los distintos órganos del Sector Público, o que implanten las actuaciones simplificadas o automatizadas que reduzcan los tiempos de atención o resolución administrativa⁶¹. En similar sentido se pronuncia la legislación catalana, para la cual el carácter de accesibilidad, proactividad y personalización de los servicios se tornan imprescindibles para gestionarlos⁶².

El principio de personalización y proactividad en las relaciones de la Administración ha sido incorporado con carácter general por el Reglamento⁶³, y el cual representa la base que va a revolucionar la transformación digital del régimen de funcionamiento de la Administración Pública, personalizando las actuaciones

⁶¹ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, artículo 5.

⁶² Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 27.

⁶³ Vide Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, artículo 2 f): «la capacidad de las Administraciones Públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos».

administrativas, atendiendo a la información que ya dispone de los ciudadanos. En sentido contrario, esto conlleva un proceso de datificación de la información de que dispone la Administración, de manera que, una vez que accede el usuario a las plataformas de acceso, se cumplimente automáticamente aquella información que obre en poder de la Administración Pública. Sin embargo, la datificación no termina con el desarrollo de esta actividad, sino que debe proponer a los ciudadanos servicios que se anticipen a sus necesidades.

Esta anticipación a las necesidades de los ciudadanos no es posible sin la recogida y análisis de todos los datos que están disponibles para la Administración. Lo que, en sentido contrario, obliga a incorporar a las actuaciones generales de la Administración la utilización de las herramientas de Big Data, y de igual manera, de algoritmos simples, tanto analíticos como predictivos, para proponer esos servicios anticipados; o en su caso, de sistemas de inteligencia artificial. Esto supone un paso abismal en el tratamiento de la información de los ciudadanos y la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, llama la atención que las previsiones normativas en esta materia son escasas para salvaguardar los bienes jurídicos en juego, más aún, cuando su utilización se pueda convertir “en general” en las actuaciones administrativas.

En este sentido, la legislación catalana sí que realiza ciertas consideraciones, por ejemplo, garantizando la protección de los datos personales y el conjunto de los derechos y las libertades que le son propios. Para ello, a través del Registro digital de datos, el departamento competente recogerá el consentimiento de los usuarios, así como también, permitirá el ejercicio del resto de derechos asociados⁶⁴. La legislación gallega se pronuncia en idénticos términos, con la única salvedad de que todo el sistema se vertebra a través de la Carpeta ciudadana⁶⁵. En este sentido, tener un único perfil de ciudadano en sus relaciones con las distintas Administraciones donde, de forma ordenada y sistematizada, se aglutinen todos sus datos, aunque sometido a medidas de control para proteger el acceso a esa información, facilita en gran medida del diseño de los servicios proactivos. Además, promovería la simplificación del procedimiento administrativo, eliminando duplicidades y la presentación de documentos que ya obran en poder de la Administración (art. 28 LPAC). Una crítica reiterada a la Administración, y que no ha sido capaz de solventar en todas las reformas legislativas que ha abordado (Morón, 2015: 27).

En consecuencia, es en la figura de la Carpeta Ciudadana, a partir de la cual se debe iniciar la transformación andaluza, pasando de concebirla como un gestor de consulta de los procedimientos en los que se es parte interesada, o de

⁶⁴ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 31.

⁶⁵ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, artículo 25.

acceso a las notificaciones electrónicas⁶⁶, a entenderla como la herramienta que posibilita, tras el análisis de los datos que obran en su poder, prestar servicios digitales personalizados y más eficientes a la población. En este sentido, el ejemplo más elocuente es el de la Administración gallega que articula un inventario de información administrativa, cuya utilización es obligatoria en la gestión de los servicios públicos⁶⁷.

Por un lado, se debe señalar que, en lo que se refiere al acceso a los servicios públicos digitales la legislación gallega configura una serie de presupuestos que garantizan su acceso, tales como: promover las medidas necesarias para la identificación y firma de los ciudadanos; la puesta a disposición de los materiales necesarios en los edificios administrativos para posibilitar estas relaciones; la facilitación de los canales necesarios para su prestación; así como también las garantías necesarias para asegurar su continuidad en caso de indisponibilidad tecnológica. Sobre este particular, la normativa prevé que los centros de procesamiento de datos cuenten con los niveles adecuados de seguridad y disponibilidad de los recursos para la proporción de estos servicios digitales⁶⁸. Pero es que, en mayor abundamiento, la normativa catalana establece un modelo de ciberseguridad que se encarga de proteger la integridad del procesamiento y análisis de los datos que obran en su poder⁶⁹. No obstante, la legislación gallega también genera un conjunto de deberes como es el uso adecuado de estos servicios públicos, y el respeto de la normativa en materia de protección de datos en la utilización de la información. Así, a modo de conclusión, la Administración andaluza está alejada de poder alcanzar la conversión digital de su sistema de funcionamiento y organización y, por ende, de establecer un régimen auténtico de derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMONACID LAMELAS, V. (2019): “Entrevista a Víctor Almonacid por Francisco Delgado Morales y Rafael Camacho Muñoz”, *Revista Española de Transparencia*, 9, p. 21.

ARENILLA SÁEZ, M. (2014): “Infracciones”, en WENCES, I., KÖLLING M., y RAGONE, S., *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, p. 85, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., (2018): “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata*, 27, pp. 225-226.

CANALS AMETLLER, D. (2019): “El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, p. 10.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2020): “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, p. 4.

CASTILLO BLANCO, F. (2020): “Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?”, *Documentación Administrativa*, 7, p. 13.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): “Los principios de los datos abiertos en la legislación española”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 19, p. 74.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, pp. 13 y ss.

⁶⁶ Vide Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimiento y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, artículo 38.

⁶⁷ Vide Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, artículo 61

⁶⁸ *Ibidem* Artículo 84.

⁶⁹ Vide Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital, artículo 34.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016): *A las puertas de la Administración Digital: una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, p. 285, Madrid: INAP.

CRIADO GRANDE, J. I. (2016): “Gobernanza inteligente, innovación abierta y tecnologías sociales en unas Administraciones Públicas colaborativas. ¿Hacia un cambio de paradigma en la gestión pública?”, *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, p. 40, Madrid: INAP.

CRIADO GRANDE, J. I. (2017): “Redes sociales y Administraciones Públicas: Hacia una gestión estratégica del Sector Público”, GIL GARCÍA, J.R., CRIADO GRANDE, J. I., TÉLLEZ MOSQUEDA, J.C., *Tecnologías de Información y Comunicación en la Administración Pública: conceptos, enfoques, aplicaciones y resultados*, pp. 230 y ss., Ciudad de México: INFOTEC.

DE CARVAJAL FIBLA, B. (2017): “Administración electrónica, transparencia, y rendición de cuentas: hacia un modelo más social de Gobernanza digital”, en MARTÍN DELGADO, I., *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, p. 476, Madrid: INAP.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2018): “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Sociedad digital y derecho*, p. 34, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

GAMERO CASADO, E. (2010): “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de la Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J., (Coord.), *La ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, p. 89 y ss., Navarra: Cizur Menor, Navarra.

GAMERO CASADO, E. (2016): “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016), edición electrónica sin numerar

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. (2014): “La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el marco del Estado autonómico”, en WENCES, I., KÖLLING M., y RAGONE, S., *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, p. 168, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GUICHOT REINA, E. (2014): “Transparencia: aspectos generales”, en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, p. 42, Madrid: Tecnos.

GUICHOT REINA, E. (2019): “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, p. 285 y ss., Madrid: Iustel.

MARCET GISBERT, X. (2019): “Los retos de las Administraciones Públicas como garantes de igualdad y servicio público ante los retos de las innovaciones disruptivas que vienen”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, p. 98.

MARTÍN DELGADO, I. (2018): “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. y PIÑAR MAÑAS, J.L., *Sociedad digital y derecho*, pp. 181 y ss, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2012) “Servicio público electrónico y responsabilidad”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 155, pp. 4 y ss.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2017): “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en Eduardo GAMERO CASADO, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, p. 2820, Valencia: Tirant.

MARTÍNEZ PUÓN, R. (2017): *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, p. 113, Valencia: Tirant lo Blanch.

MESEGUER YEBRA, J. (2019): What’s next?, *Revista Española de la Transparencia*, 8, pp. 21 y ss.

NICOLÁS LUCAS, A. (2016): “Principios de actuación y funcionamiento del Sector Público. Las relaciones interadministrativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, p. 47.

PALOMAR I BAGET, J. (2016): “La capacitación y la formación de los empleados públicos para el uso de redes sociales y herramientas digitales”, en CRIADO GRANDE, J. I., *Nuevas tendencias en la Gestión Pública*, p. 237, Madrid: INAP.

PASCUA MATEO, F. (2016): “La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento”, *Revista Asamblea*, 34, p. 203.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (2011). *Incidencias del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, pp. 27-73, Madrid: INAP.

PIÑAR MAÑAS, J. L., (2014): “Derecho de acceso a la información pública: régimen general”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, pp. 49 y ss., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

PIÑAR MAÑAS, J. L., (2020): “Protección de datos. Las claves de un derecho fundamental imprescindible”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 89, p. 6 y ss.

RIVAS CASTILLO, I. (2019): “Las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas”, en María ZAMBONINO PULITO, *Buen gobierno y buena administración*, p. 193, Madrid: Iustel.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2015): “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, p. 27.

TOLIVAR ALAS, L. (2010): “Principio de participación”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, pp. 946 y ss, Madrid: La Ley.

VALERO TORRIJOS, J. (2018): “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. y PIÑAR MAÑAS, J.L., *Sociedad Digital y Derecho*, p. 398, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

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*, 19, 103.

VILLORIA MENDIETA, M. (2014): “Publicidad activa”, en WENCES, I., KÖLLING M., y RAGONE, S., *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

LA TRANSPARENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

Manuel Medina Guerrero¹

I. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y LOCALES

I.1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de transparencia

Desde el momento en que las Cortes Generales aprobaron la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), los límites y las posibilidades de actuación de las CCAA en materia de transparencia quedaron enmarcados en los términos por ella dispuestos.

Debe notarse que las Cortes, en la disposición final octava, fundamentaron genéricamente la capacidad del Estado para aprobar la Ley en tres títulos competenciales -los contenidos en el art. 149.1.1^a, 149.1.13^a y 149.1.18^a CE-, exceptuando expresamente del alcance de la disposición aquellos preceptos relativos únicamente a la Administración General del Estado y, por tanto, atinentes a su competencia exclusiva en sentido estricto. Comoquiera que sea, lo cierto es que el legislador no se detuvo en precisar qué concretas disposiciones tenían la consideración de normas básicas, lo que no ha dejado de generar alguna incertidumbre acerca de la específica base competencial que ampara los diferentes

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla. Letrado del Tribunal Constitucional (1994-1998). Vocal de la Junta Electoral de Andalucía (diciembre 2003-julio 2014). Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local (mayo 2004-septiembre 2010). Miembro de la Comisión de Expertos Independientes del Pacto Antitransfuguismo (2009-2011). Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (enero 2016-marzo 2021)

ORCID: 0000-0002-2227-813X

manuelm@us.es

preceptos (sobre el debate doctrinal generado al respecto, Guichot y Barrero, 2020: 61-62).

Así, muy señaladamente, la apelación al título competencial *ex* 149.1.13^a (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”) puede inicialmente suscitar cierta perplejidad. La única explicación, como ya se ha destacado (Giménez Sánchez, 2017: 1922), es que esta competencia sirve para dar cobertura a ciertas previsiones relativas al buen gobierno, y más específicamente a las relativas a infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria concernientes a la inobservancia de lo exigido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Por consiguiente, desde la perspectiva de la “transparencia” -que es la única que interesa a los efectos de este trabajo-, ningún papel juega este título competencial, lo que nos excusa de profundizar al respecto.

Por lo que hace a la competencia del artículo 149.1.1^a (“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”), resulta evidente que es la que más claramente presta apoyos a las disposiciones de la Ley estatal directamente encargadas de “regular y garantizar el derecho de acceso a la información” pública, que constituye probablemente el principal pilar de la transparencia como se desprende ya del artículo 1 de la LTAIBG.

La circunstancia de que el legislador estatal haya optado por considerar que el derecho de acceso deriva del artículo 105.b) CE, en lugar de anclarlo como una manifestación del derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1.d) CE]², en modo alguno empece a que resulte de aplicación dicho título competencial. Como es sabido, lejos de circunscribir su alcance a los derechos fundamentales en sentido estricto (sección 1^a del capítulo segundo del Título I de la Constitución), la jurisprudencia constitucional lo ha extendido no sólo a los derechos de la sección 2^a, sino también a los derechos sociales y a los principios rectores de la política social y económica contenidos en el capítulo tercero del Título I (SSTC 13/1992, FJ 4^o; 33/2014, FJ 4^o; 18/2016, FJ 7^o; 18/2017, FJ 4^o). Pero es más; la operatividad de la competencia estatal se ha

² Conviene señalar que, de acuerdo con la ya consolidada doctrina del TEDH, la negativa a proporcionar información a un profesional de los medios por parte de los poderes públicos puede constituir una interferencia lesiva del derecho a recibir y comunicar información garantizado en el artículo 10 del Convenio Europeo (Medina Guerrero, 2020: 40-41). Por consiguiente, y en la medida en que nuestros derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con la jurisprudencia del TEDH (art. 10.2 CE), el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía viene reconociendo que, en determinadas circunstancias, un periodista, al ejercitar el derecho de acceso consagrado en la ley de transparencia, está actuando bajo el amparo del derecho fundamental a la libertad de información (así, por ejemplo, en las Resoluciones 10/2017, 330/2019 y 382/2020).

asumido igualmente en relación con derechos reconocidos fuera del Título I (SSTC 61/1982, FJ 10 y 82/1996, FJ 4), y con derechos que, aun no siendo consagrados expresamente en el texto constitucional, cabía considerar implícitamente reconocidos en el mismo (STC 290/2000, FJ 14).

Por lo demás, ha de tenerse presente que esta competencia para la “regulación de las condiciones básicas” –soslayando otras posibles manifestaciones- se proyecta fundamentalmente en la capacidad normativa de determinar el “contenido primario del derecho”, esto es, la facultad de establecer las “facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas” (STC 61/1997, FJ 7^o). Y continuaría este mismo fundamento jurídico vinculando también con las condiciones básicas “el objeto o ámbito material sobre las facultades que integran el derecho [...], los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse el derecho [...], los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho...”.

Por otro lado, tampoco debe soslayarse que, aun teniendo el art. 149.1.1^a CE un carácter esencialmente normativo, las regulaciones que adopte el Estado “pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional”; y precisamente esta capacidad estatal de adoptar “garantías institucionales” es la que le permitiría instaurar un organismo público independiente con competencia en todo el territorio nacional –la Agencia española de protección de datos- (STC 290/2000, FJ 14).

Y, en fin, como en ocasiones recuerda el Tribunal Constitucional, debe hacerse “un uso prudente” de este título competencial, a fin de evitar que “el Estado venga a alterar el sistema constitucional de reparto de competencias, estableciendo el régimen completo de una materia o de un derecho que en realidad corresponda ordenar a otro poder público” (por todas, STC 18/2017, FJ 4).

Pues bien, a la luz de la someramente resumida jurisprudencia constitucional recaída sobre el artículo 149.1.1^a CE, puede llegarse a la conclusión de que encuentran anclaje en esta competencia las disposiciones de la LTAIBG que determinan la titularidad del derecho de acceso (art. 12: “[t]odas las personas”), el ámbito materialmente protegido por el mismo (la “información pública” tal y como resulta definida en el art. 13) y los límites al derecho de acceso (artículos 14-16). Asimismo, cabe reconducir a este título competencial la garantía consistente en la instauración por parte de las CCAA de una autoridad independiente de control llamada en principio a resolver las reclamaciones (apartado primero de la Disposición adicional cuarta LTAIBG), a semejanza de lo que sucede con el derecho a la protección de datos personales con el que el derecho de acceso

tiende a colisionar; razón que explica por qué en buena parte de los países de nuestro entorno es una única autoridad independiente a la que se confía la tarea de tutelar ambos derechos. La LTAIBG, no obstante, abre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía que no quieran crear su propio órgano independiente atribuyan la competencia de resolución de las reclamaciones al CTBG (apartados segundo y tercero de la Disposición adicional cuarta).

Al examinar la doctrina del Tribunal Constitucional, señalamos que la regulación de las condiciones básicas del derecho no puede llevar a menoscabar un cierto margen de maniobra autonómico. Y a este respecto el art. 12 LTAIBG, tras declarar que todos tienen el derecho a acceder a la información pública en los términos desarrollados por dicha Ley, apostilla de inmediato que “[a]simismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica”.

El tercer anclaje competencial invocado en la Disposición final octava LTAIBG es el art. 149.1.18ª CE. En lo que interesa a efectos de este trabajo, dos son las específicas competencias que dan soporte a una parte sustancial del articulado de la Ley estatal. Por una parte, la competencia sobre las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, la cual, como se sostuvo ya en la STC 32/1981 (FFJJ 5 y 6), habilita al Estado para regular los principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones, resultando por ende la potestad de autoorganización de las CCAA condicionada por las bases que decida establecer el Estado al respecto. Por consiguiente, según precisaría la STC 50/1999 (FJ 3), esta materia competencial va más allá de “la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988)”.

Competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que se proyecta al nivel local de gobierno (STC 32/1981, FJ 6), así como a las Corporaciones de derecho público (STC 20/1988, FJ 4).

Y por lo que hace a la competencia sobre el “procedimiento administrativo común” se cuenta con una acrisolada doctrina constitucional que se asienta sobre dos pilares fundamentales (véase Gallardo Castillo, 2012: 772-774). Por una

parte, que corresponde al Estado fijar los principios y rasgos estructurales que han de regir el procedimiento a seguir por la generalidad de las Administraciones públicas, según declaró la STC 227/1988, que cabe considerar el *leading case* en la materia: “El adjetivo ‘común’ que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento” (FJ 32).

Y por otro lado -como continuaría argumentando la STC 227/1988 en este mismo fundamento jurídico-, con independencia de esos principios y reglas estructurales, “coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. [...] En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias”.

Pues bien, hasta la fecha las controversias de índole competencial entre Estado y CCAA en materia de transparencia que han terminado residenciándose ante el Tribunal Constitucional se han circunscrito únicamente a este específico título competencial. En efecto, la STC 104/2018 debió resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al precepto de la Ley de transparencia de Aragón que –apartándose del silencio negativo establecido en el artículo 20.4 LTAIBG para las resoluciones de las solicitudes de información– adoptó el silencio administrativo positivo; dudas sobre la constitucionalidad del referido precepto que el órgano judicial fundamentó en su posible contradicción con la regulación dictada por el Estado en ejercicio de su competencia sobre el “procedimiento administrativo común”.

El Tribunal Constitucional resolvería la cuestión de inconstitucionalidad poniendo el acento en la idea de que el art. 20.4 LTAIBG, al garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas, podía considerarse legítimamente dictado al amparo del reiterado título competencial (FJ 5), sin que,

por lo demás, pudiera salvarse por vía interpretativa la contradicción entre las disposiciones estatal y autonómica (FJ 6). La decisión no dejó de suscitar alguna objeción en el seno del propio Tribunal, como lo pone de manifiesto el voto particular formulado por Conde-Pumpido; controversia cuyo examen excede con creces el objetivo de estas páginas (en línea con el voto particular, Rams Ramos, 2019: 63-64).

Por su parte, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía, no hace ninguna referencia en su articulado a la base competencial a cuyo amparo se dicta; circunstancia que no dejó pronto de censurarse por un sector de la doctrina (Guichot, 2015: 26). Únicamente en su Exposición de motivos se alude a que la ley “tiene por objeto el desarrollo de la normativa básica, en los términos que sienta el artículo 149.1.18ª de la Constitución en relación con el artículo 47 del Estatuto de Autonomía, ahondando, en la medida de sus posibilidades, en la ampliación del ámbito de la actividad que se somete a la transparencia”. Por el contrario, lo que sí hace la LTPA en su Disposición adicional quinta es identificar los concretos apartados y artículos que “están redactados, total o parcialmente, de conformidad con los preceptos de aplicación general” de la LTAIBG.

1.2. Las competencias de los entes locales

Como es obvio, con base en la potestad de autoorganización, las entidades locales están en principio facultadas para adoptar las medidas favorecedoras de la transparencia que estimen oportunas. De hecho, la garantía constitucional de la autonomía local proyecta su eficacia protectora tanto al plano de la organización como al competencial (SSTC 32/1981, FJ 5º; 214/1989, FJ 1º); y en lo concerniente al primero, el Tribunal Constitucional no ha dudado en enraizar directamente en el principio de autonomía la obligada existencia de una capacidad decisoria propia local en la determinación de su organización interna. Como señaló en la STC 214/1989 refiriéndose a los municipios, pero que es sin duda extensible a las provincias, los Entes locales disfrutaban al respecto de potestad reglamentaria «inherente (...) a la autonomía que la Constitución garantiza en su art. 140” (FJ 6º).

Consecuentemente, en la medida en que la potestad de autoorganización ha de considerarse integrante del núcleo esencial protegido constitucionalmente, es imprescindible que el desarrollo normativo de lo básico por parte de las CCAA no sea tan penetrante que llegue prácticamente a anular o a reducir a lo irrelevante la esfera de libre decisión que debe corresponder *ope Constitutionis* a los gobiernos locales. Y, en esta línea, ocasionalmente el legislador conecta expresamente la autonomía con el reconocimiento de un margen de maniobra de los entes locales:

“las entidades locales, en su ámbito competencial y de autonomía, podrán ampliar reglamentariamente las obligaciones de publicación contempladas en el presente título” (art. 17.3 LTPA).

Conviene recordar que la transparencia exigible al nivel local de gobierno ya había sido abordada por el Parlamento en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, cuyo artículo 54 impone a los municipios la obligación de publicar en su sede electrónica –o, en su defecto, de la correspondiente Diputación– “las disposiciones y actos administrativos generales” concernientes a un largo listado de ámbitos materiales. A este respecto, el artículo 10.3 LTPA señala que “las entidades públicas de Andalucía publicarán, además, la información cuya publicidad viene establecida en la Ley 5/2010, de 11 de junio [...]”; una norma de remisión que es, sin duda, relevante toda vez que con ello se somete a la competencia del Consejo de Transparencia el control de estas obligaciones de publicidad activa fijadas en la LAULA.

Así es; debe tenerse presente –como se apuntó en la Consulta 2/2020, FJ 4º– que “la función de este Consejo es velar por el cumplimiento de las previsiones establecidas en la legislación reguladora de la transparencia, y por lo que hace al control de la observancia de las exigencias de publicidad activa [su] tarea se ciñe a la supervisión de las impuestas en el Título II LTPA, pues, según dispone el artículo 23 LTPA, “el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía podrá efectuar, por iniciativa propia o como consecuencia de denuncia, requerimientos para la subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse de las obligaciones establecidas en este título”. Y en lógica consonancia con este ámbito funcional, el régimen sancionador que este Consejo está llamado a aplicar en materia de publicidad telemática se circunscribe a las infracciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa previstas en el título II [letra a) de los apartados primero, segundo y tercero del artículo 52 LTPA]”. Pues, en efecto, proseguiría el Consejo en el FJ 4º de la referida consulta: “[...] tal y como se desprende de los preceptos mencionados, y así lo venimos reiterando en nuestras resoluciones, este Consejo no está llamado a supervisar todas y cada una de las concretas exigencias de publicidad telemática que pueda imponer la correspondiente normativa sectorial, sino únicamente aquellas que sean reconducibles al sistema de publicidad activa contenido en el Título II LTPA” (así, entre otras, Resoluciones PA-28/2018, FJ 4º y PA-98/2019, FJ5º).”

II. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE TRANSPARENCIA PÚBLICA DE ANDALUCÍA Y NORMAS DE DESARROLLO

II.1. Aspectos generales de la Ley 1/2014

II.1.1. *Ámbito de aplicación*

El ámbito subjetivo de aplicación de la LTPA en su conjunto se halla delimitado en su artículo 3.1, que se atiende en términos generales al elenco de entidades del sector público fijado en el art. 2.1 LTAIBG, aunque en ocasiones introduce algunas precisiones sobre las que no podemos detenernos en el contexto de este trabajo.

Bástenos únicamente con apuntar una matización respecto de lo establecido por el legislador básico que puede resultar –quizá– más significativa en cuanto supone una clara ampliación del alcance de la disposición estatal. En efecto, el art. 2.1.f) LTAIBG dispone que quedan sujetas a la misma las siguientes instituciones: “La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”. Pues bien, siguiendo lo establecido en este precepto, el artículo 3.2 LTPA sujeta al Parlamento, al Defensor del Pueblo y a la Cámara de Cuentas de Andalucía a “las disposiciones de la presente ley en lo que afecta al ejercicio de sus funciones de carácter administrativo”. Y, sin embargo, este último condicionamiento desaparece en el art. 3.1.b) LTPA, el cual –además del Consejo Audiovisual de Andalucía³– incluye algunas “instituciones autonómicas análogas” a las estatales mencionadas en el art. 2.1.f) LTAIBG, a saber: el Consejo Consultivo y el Consejo Económico y Social de Andalucía. Por tanto, salvo que se entienda que la referencia a estos dos últimos Consejos entraña una contradicción con lo dispuesto en la norma básica, de su tenor literal se desprende que las tres instituciones estatutarias referidas en el art. 3.1.b) LTPA quedan enteramente sometidas a la misma sin matices e incondicionalmente.

Pero con independencia de las entidades del sector público, es de notar que desde la perspectiva del Derecho comparado una de las características de la normativa reguladora de la transparencia aprobada en los últimos años es la extensión del radio de los sujetos obligados al sector privado, siguiendo la invitación del Convenio del Consejo de Europa de ampliarlo a las personas físicas o jurídicas que desempeñen funciones públicas u operen con fondos públicos [art. 1 2 a)]. A esta dirección

³ Sobre la sujeción de éste, véase la Consulta 2/2020, de 28 de julio, sobre la incidencia del marco normativo regulador de la transparencia en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía en relación con el proceso de formación interna y ulterior exteriorización de su voluntad.

apuntó ya inequívocamente la LTAIBG cuando incluyó entre los “otros sujetos obligados” a las exigencias de publicidad activa, junto a los partidos políticos y las organizaciones empresariales y sindicales [art. 3 a)], a las entidades privadas que perciban anualmente una determinada cantidad de ayudas o subvenciones públicas, o las mismas superen un cierto porcentaje del total de sus ingresos anuales [art. 3 b)]. Y la LTPA, dando un paso más, contempla expresamente la posibilidad de que se extiendan las obligaciones de publicidad activa a las entidades privadas que participen en los sistemas públicos de educación, deportes, sanidad y servicios sociales, así como a las empresas prestadoras de servicios públicos locales en régimen de gestión indirecta (art. 5. 2 y 3). Con ello, la LTPA engarzaba directamente con la más reciente legislación europea, que incluye bajo el régimen de transparencia a las personas de derecho privado que desarrollen tareas públicas, señaladamente la prestación de servicios básicos del Estado del bienestar [así, baste citar, §2 (3) Ley de Hamburgo, de 19 de junio de 2012; §1 (1) Ley de Bremen, de 3 de mayo de 2015; §2 (4) Ley de Baden-Württemberg, de 17 de diciembre de 2015].

En efecto, ya el artículo 1 LTPA, al acotar el objeto de la Ley, señala que persigue “facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos y de las entidades con financiación pública”. Y, como adelantamos, su artículo 5.1 sujeta en todo caso a obligaciones de publicidad activa a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales y empresariales, y somete igualmente a las mismas a las entidades “que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por ciento del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo 5.000 euros”. Es de reseñar que el citado artículo 5.1 LTPA, a diferencia de la LTAIBG, incluye expresamente en este último grupo a “las iglesias, confesiones, comunidades y otras entidades inscritas en el Registro de Entidades Religiosas”.

Comoquiera que sea, conviene notar la dificultad que encierra identificar estos últimos sujetos obligados. De hecho, es prácticamente imposible precisar con la información pública existente las entidades que reciben el 40% de sus ingresos públicos. Más fácil resulta conocer las entidades que reciben subvenciones públicas por importe de 100.000 euros durante el periodo de un año, gracias al Portal del Sistema Nacional de Publicidad sobre Subvenciones. Y, sin embargo, la experiencia práctica tenida por el Consejo andaluz al ejecutar el “Plan de control e inspección de publicidad activa del Consejo” para el ejercicio 2018⁴ puso de manifiesto que

⁴ Plan cuya Línea 2 tenía precisamente por objeto aproximarse Aproximación “al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa entre los sujetos obligados por percepción de subvenciones por importe superior a 100.000 euros” [véase la Resolución de 8 de febrero de 2018, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por la que se aprueba el Plan de Control e Inspección sobre Publicidad Activa de 2018 (BOJA núm. 32, de 14 de febrero de 2018)].

dicho Sistema Nacional no proporcionaba toda la información necesaria, pues faltaban –entre otros- los datos relativos a importantes Ayuntamientos andaluces. Esta carencia pudo no obstante suplirse adecuadamente con la información obrante en la Base de Datos de Subvenciones de la Junta de Andalucía, cuya intervención corresponde a la Intervención General de la Junta.

Finalmente, ha de tenerse presente que la legislación de transparencia también incide en personas privadas distintas a las anteriormente reseñadas “que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”, toda vez que están obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad “a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones” de transparencia; obligación de suministrar información que se extiende a “los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato” (art. 4 LTAIBG). Pues bien, estas previsiones de la Ley estatal han sido desarrolladas en el artículo 4 LTPA, que viene a incorporar determinadas medidas que pretenden facilitar la obtención de dicha información: la fijación de un plazo de quince días, desde el requerimiento, para el suministro de la misma (art. 4.1) y la posibilidad de imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento del requerimiento (art. 4.4). Además, el segundo apartado del art. 4 LTPA establece respecto de la extensión de la obligación a las personas adjudicatarias de contratos del sector público que “los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento contractual equivalente especificarán dicha obligación”.

Por consiguiente, para decirlo con los términos empleados en la Resolución 382/2018, “en mérito de la transparencia, el transcrito art. 4.2 LTPA añade como una obligación *ex lege* que pende sobre el sector público andaluz la de recoger explícitamente en los referidos pliegos o documentos equivalentes el modo en que debe llevarse a efecto el suministro de la información, garantizándose así el adecuado flujo de datos desde las personas adjudicatarias a la Administración concernida y, con ello, que ésta pueda hacer frente a las responsabilidades impuestas por la legislación reguladora de la transparencia; responsabilidades de entre las cuales descuella sin duda la de atender el ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía” (asimismo, Resolución 362/2020, FJ 4º).

II.1.2 Principios básicos

A partir de las decisiones y mandatos establecidos por el legislador básico, el legislador andaluz se inclinó por elaborar un listado de “principios básicos”, los cuales, “acaso, pueden tener valor pedagógico” (Guichot, 2015: 51).

El largo elenco de principios que contiene el artículo 6 LTPA se halla integrado por los siguientes: principio de transparencia; principio de libre acceso a la información

pública; principio de responsabilidad; principio de no discriminación tecnológica; principio de veracidad; principio de utilidad; principio de gratuidad; principio de facilidad y comprensión; principio de accesibilidad; principio de interoperabilidad; principio de reutilización.

Tal y como comienza apuntando el art. 6 LTPA, los referidos principios básicos “se tendrán en cuenta en la interpretación y aplicación de la presente ley”. Y así lo ha venido haciendo el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía cada vez que ha tenido ocasión para ello. Por ejemplo, los términos en que se expresa el artículo 6 a) LTPA al definir el principio de transparencia han servido al Consejo para apuntalar la regla general de la accesibilidad de la información pública, con el subsiguiente traslado a la Administración interpelada de la carga de argumentar la denegación del acceso. Baste como muestra la Resolución 80/2016, FJ 3º:

“[...] según lo dispuesto en el artículo 6 a) LTPA, el principio de transparencia constituye un principio básico de la LTPA, en virtud del cual toda información pública es en principio accesible y sólo puede ser retenida para proteger otros derechos e intereses legítimos de acuerdo con lo ley. Y en esta línea, este Consejo considera, tal y como tuvimos oportunidad de declarar en la Resolución 42/2016, de 22 de junio, que nuestro régimen de acceso a la información pública se asienta sobre la siguiente premisa: Este acceso se configura como un verdadero derecho [24 LTPA], que en su vertiente procedimental lleva a establecer la regla general del acceso a dicha información. Constituye pues la excepción la denegación o limitación del acceso (Exposición de Motivos, II, de la LTPA). Se presume, pues, la publicidad de los contenidos o documentos que obren en poder de las Administraciones y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones [art. 7 b) de la LTPA], de tal suerte que, en línea de principio, ha de proporcionarse la información solicitada por la ciudadanía. [...] Por consiguiente, recae sobre la Administración –y sobre el tercero afectado que se oponga a la solicitud de información- la carga de argumentar la pertinencia de aplicar algún límite que justifique la denegación del acceso a la misma” (asimismo, entre otras, la Resolución 257/2019, FJ 4).

Por su parte, el principio de responsabilidad [art. 6 c) LTPA] ha servido al Consejo para reforzar el deber de los sujetos obligados a buscar la información pretendida por los solicitantes, como lo pone de manifiesto la Resolución 37/2016, FJ 3º: “la legislación de transparencia reclama de las autoridades públicas que desplieguen el esfuerzo razonablemente posible para atender las solicitudes de información y, en consecuencia, puedan responder, en los plazos previstos, de forma completa y ajustada a los términos de las peticiones formuladas por la ciudadanía. Las entidades sujetas a las exigencias de lo que se ha dado en denominar ‘publicidad pasiva’, y

por tanto responsables de su cumplimiento [art. 6 c) LTPA], deben realizar una tarea de búsqueda de los `contenidos o documentos´ que obren en su poder y se hayan elaborado o adquirido en el ejercicio de sus funciones, con independencia de cuál sea su `formato o soporte´ [art. 2 a) de la LTPA]. Los sujetos obligados, en suma, han de estar en condiciones de acreditar que sus esfuerzos de búsqueda de la información han sido rigurosos y exhaustivos y que han explorado todas las vías razonables para localizar los contenidos o documentos requeridos”.

Asimismo, el principio de gratuidad no ha dejado de estar presente en la argumentación del Consejo a propósito de las controversias generadas en torno a la exigencia de pago para acceder a lo solicitado por el reclamante; principio que se recoge en el artículo 6 g) LTPA con el siguiente tenor literal: “Principio de gratuidad, en cuya virtud el acceso a la información y las solicitudes de acceso serán gratuitos, sin perjuicio de las exacciones que puedan establecerse por la expedición de copias o soportes o la transposición de la información a un formato diferente del original” (véanse, por citar algunas, las Resoluciones 215/2018, FJ 3; 194/2019, FJ 4; 60/2020, FJ 3).

O se ha hecho referencia al principio de facilidad y comprensión [art. 6 h) LTPA] para acotar el alcance de alguna obligación de publicidad activa (organigrama). Como recordamos en el FJ 5 de la Resolución 30/2020: “Por lo que hace a la delimitación del concepto `organigrama´ a los efectos de la legislación reguladora de la transparencia, ya sostuvimos en las Resoluciones PA-1/2017 (FJ 3) y PA-26/2017 (FJ 5) que por tal `debe entenderse a los efectos del art. 10.1 c) LTPA una representación gráfica de la organización del Ayuntamiento que permita conocer de forma fácil, sencilla y sintética, la estructura orgánica municipal, los niveles de jerarquía y las relaciones existentes entre los distintos órganos y sus correspondientes unidades administrativas (hasta el nivel de Jefe de Servicio o cargo asimilado), conteniendo, todos ellos, el nombre de sus responsables. Conforme establece el artículo 6. h) LTPA, la información a ofrecer ha de estar basada en el principio de facilidad y comprensión, de suerte que la información se ofrezca de la forma más simple e inteligible posible [...]”.

Y, en fin, para terminar ya con unos ejemplos que podrían extenderse mucho más largamente, es muy frecuente que las Resoluciones recaídas en materia de publicidad activa terminen recordando a la Administración denunciada la necesidad de respetar el principio de reutilización consagrado en el art. 6 k) LTPA: “según lo previsto en el artículo 6 k) LTPA, `se fomentará que la información sea publicada en formatos que permitan su reutilización´, por lo que se deberá tender a evitar proporcionar la información en archivos que necesiten para su utilización el empleo de programas sujetos a marca comercial” (así, entre otras, Resolución PA-90/2018, FJ 9º).

II.1.3 Derechos

Innovando también respecto de la LTAIBG, la Ley de transparencia andaluza contiene en su artículo 7 un catálogo de derechos. Soslayando el derecho al acceso a la información pública [art. 7 b)] -que obviamente, en cuanto configurador del pilar estructural esencial del sistema de transparencia, ya había sido desarrollado por el legislador estatal-, los restantes derechos mencionados en el citado artículo de la LTPA no han dejado de jugar algún papel en la interpretación y aplicación de la normativa andaluza.

Especialmente significativo es el consagrado en el artículo 7 a), toda vez que el pilar de la transparencia consistente en la “publicidad activa” se transustancia en un genuino derecho subjetivo cuya titularidad, como sucede con el derecho de acceso a la información pública, se reconoce en términos muy generosos: “Consiste en el derecho de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen, en cumplimiento de la presente ley, de forma periódica y actualizada, la información veraz cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. Y, correlato lógico a su naturaleza de derecho subjetivo, la LTPA articula una vía específica que habilita a sus titulares a impugnar ante el Consejo de Transparencia la inobservancia de las obligaciones de publicidad activa establecidas en su Título II (artículo 23 LTPA).

Por su parte, el artículo 7 c) LTPA reconoce el derecho a obtener una resolución motivada con el siguiente alcance: “Consiste en el derecho de la persona solicitante a que sean motivadas las resoluciones que inadmitan a trámite la solicitud de acceso, que denieguen el acceso, que concedan el acceso tanto parcial como a través de una modalidad distinta a la solicitada, así como las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de una tercera persona”.

Pues bien, en lo concerniente a las resoluciones que deniegan el acceso, el hecho de que se incumpla este deber de motivar, unido a la regla general de la accesibilidad de la información pública, conduce casi automáticamente en la praxis del Consejo de Transparencia andaluz a la estimación de la reclamación (salvo que se aprecie una eventual vulneración de derechos de terceros afectados por la información solicitada)⁵.

Y el derecho a que se motiven las resoluciones que conceden el acceso a través de una modalidad diferente a la pretendida por el solicitante se utiliza ocasionalmente por el Consejo al aplicar el artículo 34.1 LTPA (en este sentido, Resolución

⁵ Así, por ejemplo, en la Resolución 165/2018, FJ 2.

323/2018, FJ 4º); precepto que –como es sabido– regula de forma más explícita que la LTAIBG tanto la capacidad de elección del solicitante como el margen de maniobra del que dispone la Administración para atender, o no, tal elección: “La información solicitada se entregará a la persona solicitante en la forma y formato por ella elegidos, salvo que pueda ocasionar la pérdida o deterioro del soporte original, no exista equipo técnico disponible para realizar la copia en ese formato, pueda afectar al derecho de propiedad intelectual o exista una forma o formato más sencillo o económico para el erario público”.

Por lo demás, el Consejo viene exigiendo una cualificada motivación al respecto. No parece impertinente recordar la argumentación con la que se abrió esta línea interpretativa en el FJ 3 de la Resolución 148/2017: “Es evidente la notable apertura del citado inciso del art. 34.1 LTPA, que en su literalidad permite un amplísimo margen de decisión a las entidades a las que se pide la información. Debe, sin embargo, procurarse una interpretación sistemática de dicha norma en el contexto del entero marco legislativo regulador de la transparencia; esto es, ha de efectuarse una lectura tal de la misma que evite todo gratuito o innecesario condicionamiento u obstaculización en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía. Ejercicio que resulta claramente dificultado si se impone como modalidad el acceso presencial, e incluso puede llegar a ser prácticamente imposibilitado el disfrute del derecho, en determinadas circunstancias, cuando sea necesario el desplazamiento del solicitante a un lugar distinto al de su residencia. De ahí que el rechazo del formato electrónico -aunque excepcionalmente posible- precise una específica argumentación orientada al caso concreto por parte de la entidad a que se pide la información, sin que sea suficiente la apelación genérica y abstracta a la norma que le permite optar por otra modalidad de acceso cuando `exista una forma o formato más sencillo o económico para el erario público´ (art. 34.1 LTPA).”

En virtud de esta doctrina, el Consejo estima la reclamación en aquellos supuestos en que la Administración interpelada no motiva adecuadamente el cambio de la modalidad de acceso. Baste mencionar como ejemplo la Resolución 3/2019: “La aplicación de esta línea doctrinal al presente caso debe conducir directamente a la estimación de la reclamación. En efecto, prácticamente la única justificación que ofreció la Resolución reclamada para la concesión del acceso presencial fue que `la documentación a la que se refiere el petitorio se halla, en formato papel, en sus correspondientes expedientes administrativos´; fundamentación que, como es palmario, dista mucho de proporcionar una suficiente y específica argumentación orientada al caso concreto, tal y como reclama el carácter excepcional de la determinación de no seguir la voluntad del interesado. Por consiguiente, no puede considerarse que la entidad reclamada haya motivado adecuadamente su decisión

de materializar el acceso a través de una modalidad diferente a la elegida por el solicitante” (FJ 3).

El catálogo de derechos termina con el derecho al uso de la información obtenida [art. 7 d) LTPA], que “[c]onsiste en el derecho a utilizar la información obtenida sin necesidad de autorización previa y sin más limitaciones de las que deriven de esta u otras leyes”. Como es obvio, el alcance del derecho queda delimitado por lo que dispongan otras leyes; y parece evidente que entre los posibles límites legales del mismo el artículo 15.5 LTAIBG parece llamado a desempeñar un papel relevante. En efecto, el artículo 15 LTAIBG termina con la advertencia de que “la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”. Así, pues, la divulgación futura de la información proporcionada merced a la aplicación de la legislación de transparencia deberá seguir ajustándose a la normativa reguladora de la protección de datos, sin que el reconocimiento del derecho de acceso opere *per se*, incondicionalmente, como causa justificadora si se pretende la posterior comunicación de la misma.

De conformidad con lo dispuesto en este precepto, tras estimar la reclamación de un periodista que pretendía conocer las retribuciones obtenidas por los profesores participantes en un máster, concluía el Consejo en el FJ 6 de la Resolución 330/2019: “Conviene finalmente recordar que esta decisión, circunscrita al momento del acceso a los datos, no prejuzga –claro está– la legitimidad del tratamiento de los mismos en las ulteriores fases o etapas en que se despliega el proceso comunicativo, señaladamente si se utilizan para elaborar una información destinada a su difusión generalizada ante la opinión pública”.

II.1.4 Obligaciones

Pero la LTPA no reconoce sólo derechos, sino que también impone en su artículo 8 determinadas obligaciones a “[l]as personas que accedan a información pública en aplicación de lo dispuesto en la presente ley”.

Y, así, dispone que el derecho de acceso se ejerza “con respeto a los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho” [art. 8 a) LTPA]; que se respeten “las obligaciones establecidas en la normativa básica para la reutilización de la información obtenida” [art. 8 c)]; y que se cumplan “las condiciones y requisitos materiales para el acceso que se hayan señalado en la correspondiente resolución cuando el acceso se realice de forma presencial en un archivo o dependencia pública” [art. 8 d)].

Aunque es, con diferencia, la obligación contenida en el art. 8 b) LTPA la que ha tenido mayor presencia en las decisiones adoptadas por el Consejo andaluz,

a saber: “Realizar el acceso a la información de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, concretándose lo más precisamente posible la petición. A estos efectos la Administración colaborará con la persona solicitante en los términos previstos en el artículo 31”. Con base en esta disposición, el Consejo ha rechazado solicitudes cuyo carácter tan excesivamente genérico o indeterminado impedían prácticamente identificar o localizar qué documentos o contenidos eran objeto de la pretensión de información (por ejemplo, Resoluciones 79/2016, FJ 6, 80/2016, FJ 6 y 46/2017, FJ 3). Pues, obviamente, sólo conociendo con exactitud el concreto documento o contenido al que el interesado pretende tener acceso podrá la Administración interpelada determinar si constituye información pública a los efectos de la LTPA, y si le sería o no de aplicación alguna de las limitaciones legalmente previstas que permitiría retener la información.

En relación con dicha obligación de concretar la solicitud *ex art. 8 b) LTPA*, en la Resolución 102/2016 se declaró que “el derecho de acceso a la información pública no ampara ni permite un proceso de revisión general de la actividad de las entidades sujetas a la LTPA”, y proseguía a continuación: “Así, pues, no cabe admitir solicitudes tan excesivamente genéricas como la presente, en las que se pretende un acceso indiscriminado a toda la información existente sobre una entidad sin apuntar siquiera unos determinados -o determinables- documentos o contenidos objeto de la petición. No corresponde, por tanto, al órgano reclamado realizar una búsqueda sobre una información de tal naturaleza, so pena de que se vea comprometida la eficacia del funcionamiento de la entidad, pues la obligación de concretar la información recae sobre quien la pretende [...]” (FJ 2; asimismo, Resoluciones 79/2016, FJ 3, 181/2018, FJ 4 y 223/2018, FJ 4).

Importa sin duda apuntar que esta obligación ha jugado un papel importante en la delimitación del alcance de la causa de inadmisión del carácter abusivo de las solicitudes de información. En efecto, a raíz fundamentalmente de la Resolución 181/2018 (FJ 4), se enfocó la cuestión a partir de la obligación de concretar lo más posible la petición que impone a los solicitantes el artículo 8 b) LTPA.

Con esta base, se llegaría a la conclusión de que resulta aplicable dicho motivo de inadmisión a las solicitudes excesivamente voluminosas o complejas, si bien “esta posibilidad excepcional” se somete al cumplimiento de los siguientes requisitos: “En primer lugar, recae sobre el sujeto al que se dirige la solicitud la tarea de argumentar y acreditar el carácter manifiestamente irrazonable de la carga administrativa que le supone atender a la petición en cuestión. [...] Y en segundo término, y de conformidad con lo establecido en el arriba transcrito artículo 8 b) LTPA, antes de acordar sin más la inadmisión *a limine* de la solicitud la Administración ha de agotar la vía de la colaboración para dar ocasión al interesado a que acote en términos

razonables su petición inicial, armonizándose así en la medida de lo posible la pretensión del solicitante con el normal desenvolvimiento de la actividad propia del órgano interpelado” (asimismo, en la Resolución 326/2018, FJ 2).

II.1.5 El mandato de fomentar la transparencia

La LTPA dedica el entero Título IV al “Fomento de la transparencia”. Y en primer término impone a la totalidad de los integrantes del ámbito subjetivo de aplicación (art. 3.1 LTPA) el establecimiento de sistemas para integrar la gestión de las solicitudes de información en el funcionamiento de su organización interna (art. 35.1 LTPA). El Parlamento andaluz reitera, así, la exigencia ya prevista en el art. 21.1 LTAIBG, pero con la reseñable diferencia de que viene a ampliar los sujetos obligados ya que el legislador básico la circunscribe a las Administraciones públicas; en consecuencia, esa necesaria acomodación de la organización interna se proyecta en Andalucía también a las personas jurídico-privadas del sector público y a las Corporaciones de Derecho Público (Fernández Ramos, 2015: 232). Y, dando un paso más, el art. 35.2 LTPA les impone asimismo el establecimiento de medidas destinadas a facilitar la transversalidad de la transparencia en la actividad general de la organización.

Igualmente extiende al conjunto de las instituciones y entidades incluidas en el art. 3.1 LTPA el deber de conservar la información pública que obre en su poder, “en los términos establecidos en la normativa vigente” (art. 36.1), así como la obligación de que la información se conserve en “estándares abiertos que garanticen su longevidad y manteniendo la capacidad de transformarlos automáticamente a formatos de fácil reproducción y acceso siempre que sea técnicamente posible” (art. 36.2).

Por otra parte, a fin de asegurar una eficaz implantación del sistema de transparencia, el artículo 38 LTPA impone asimismo a tales instituciones y entidades que establezcan “los oportunos instrumentos para facilitar la formación y cualificación profesional de las personas empleadas públicas, en especial las que deban atender las funciones de información en el ámbito de la transparencia”, y ello tanto en lo concerniente a la publicidad activa como en lo relativo a la atención de las solicitudes formuladas con base en el derecho de acceso.

Por último, en relación únicamente con las administraciones públicas, el art. 39 LTPA dispone que “contemplarán dentro de sus actuaciones de divulgación y difusión institucional actuaciones específicamente dirigidas a facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la información que resulta accesible y de los cauces disponibles para poder acceder a ella”.

II.2. Normas de desarrollo

II.2.1 Normativa de desarrollo a nivel autonómico

Cuando estas páginas se ultiman, aún no se había llevado a efecto el mandato de desarrollo reglamentario de la LTPA contenido en su Disposición final cuarta; circunstancia que, por lo demás, puede considerarse generalizada en el Estado Autonómico, toda vez que ni el Estado ni la mayoría de las CCAA han procedido al desarrollo de sus correspondientes leyes reguladoras de la transparencia.

Sea como fuere, es evidente que esta carencia dificulta ostensiblemente un adecuado funcionamiento del sistema de transparencia e incluso, en determinados aspectos, impide la aplicación efectiva de algunas de las medidas contempladas por el legislador.

Ha de tenerse presente a este respecto que, con independencia de la previsión general de la Disposición final cuarta, la LTPA contiene diversas llamadas específicas a la normativa de desarrollo.

En algunas ocasiones, tales remisiones se presentan como una mera posibilidad que se ofrece al titular de la potestad reglamentaria. Así, las entidades mencionadas en el artículo 5.1 LTPA que reciban financiación de la Junta de Andalucía, junto a las obligaciones impuestas por la legislación básica, “podrán ser sometidas, además, a exigencias de publicidad específicas [...] en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta ley y las correspondientes convocatorias...”. O, como contempla el artículo 17.3 LTPA, el Consejo de Gobierno podrá “ampliar reglamentariamente las obligaciones” de publicidad activa.

En otros casos, sin embargo, la expresa apelación al reglamento tiene por objeto acotar el alcance exacto de la correspondiente previsión legislativa, como sucede con la publicación de las Resoluciones del Consejo recaídas en materia de derecho de acceso (art. 33.3 LTPA). Pero a este respecto es especialmente significativa la explícita invocación a la colaboración del reglamento cuando se trata de delimitar concretas obligaciones de publicidad activa: el Inventario General de Bienes y Derechos de la Comunidad Autónoma de Andalucía [art. 10.2.b)]; información sobre el estado de ejecución del presupuesto y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las administraciones públicas y la información de las actuaciones de control [art. 16 a)]; información sobre los acuerdos aprobados por el Consejo de Gobierno y los órganos colegiados de gobierno de las entidades locales, “así como la información contenida en el expediente que se haya sometido a su consideración, en los términos que se establezcan reglamentariamente” (art. 22.1).

Y, en fin, hay supuestos en que la llamada al desarrollo reglamentario adquiere más relevancia, puesto que se configura como un complemento indispensable para la eficacia práctica de la previsión en cuestión. En este sentido, y respecto de las empresas prestadoras de servicios públicos locales en régimen de gestión indirecta, es condición previa a su exigibilidad que el reglamento determine qué obligaciones de publicidad activa, de entre las previstas en la LTPA, deberán cumplir tales empresas (art. 5.3 LTPA). Y así sucede con la garantía prevista en el artículo 34.3 LTPA, con la que se pretende evitar que la carencia de medios económicos impida el acceso a la información pública: “En ningún caso, la imposibilidad o incapacidad de hacer frente a las tasas o precios públicos establecidos podrán ser causa para negar el acceso pleno a una información pública solicitada al amparo de la presente ley, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

Comoquiera que sea, la falta de un desarrollo reglamentario general de la LTPA no supone –como es obvio– que el Ejecutivo no haya procedido a concretar normativamente algunos aspectos de la misma. Así sucede con el Capítulo I de su Título V (“Coordinación y planificación en el ámbito de la Junta de Andalucía”), para cuyo desarrollo se dictó el Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales (Rodríguez Vega, 2015: 246-261). Con su aprobación se vino, por lo demás, a dar cumplimiento a algún mandato específico impuesto por el legislador al respecto, como el de que mediante Decreto del Consejo de Gobierno debía regularse “el funcionamiento de las unidades y las comisiones de transparencia” (art. 41.3).

Pero es que, además, un cierto desarrollo reglamentario de la LTPA era de todo punto imprescindible para articular en la práctica el sistema de transparencia, habida cuenta de que un elemento sencillamente esencial del mismo –el Consejo– precisaba dicha colaboración normativa del Ejecutivo: “La constitución efectiva del Consejo tendrá lugar conforma a lo que determinen sus estatutos, que serán aprobados por el Consejo de Gobierno y que contendrán en todo caso su estructura, competencias, organización y funcionamiento” (art. 46.2). La puesta en marcha del Consejo no fue, por tanto, factible hasta la entrada en vigor del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía⁶.

Aunque más adelante haremos alguna referencia a los estatutos del Consejo, conviene señalar en este momento que su artículo 16.5 atribuye el carácter de “agente de la autoridad” al personal funcionario del Consejo cuando realice

⁶ El Decreto 3/2016, de 12 de enero, vino a nombrar al primer director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

funciones de investigación en materias propias de su competencia; atribución que sin duda facilita que los sujetos obligados pongan a disposición del Consejo la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Finalmente, aunque se aprobó cuando aún se hallaba en tramitación la LTPA, y a fin de ofrecer una perspectiva más completa del marco jurídico regulador de la transparencia a nivel autonómico, conviene mencionar el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 17 de diciembre de 2013, por el que se adoptan medidas para la transparencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Acuerdo en cuyo punto séptimo se habilitaba a la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras “para el establecimiento de las medidas de coordinación que sean necesarias para asegurar la homogeneidad en el tratamiento de la información por parte de las distintas Consejerías y, con carácter general, las que sean precisas para la efectividad de lo dispuesto en el presente Acuerdo”. Habilitación que se llevaría a efecto, cuando ya estaba en vigor la LTPA, mediante las Instrucciones de 22 de enero de 2015, de la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras, de coordinación para asegurar la homogeneidad en el tratamiento de la información por las distintas Consejerías⁷.

II.2.2 El desarrollo de la Ley de transparencia por las entidades locales

Una vez delimitado el marco normativo general de la transparencia por el legislador estatal y el autonómico, va de suyo que las entidades locales están facultadas para desarrollarlo y concretarlo con base en su potestad de autoorganización consustancial a la autonomía local constitucionalmente protegida. Con independencia de esto, en ocasiones el legislador autonómico opta por reconocer expresamente esta posibilidad en relación con concretas materias, como sucede con la previsión de que los entes locales pueden complementar las obligaciones de publicidad activa exigibles a las empresas prestadoras de servicios públicos locales (art. 5.3 LTPA) o con la más genérica referencia a que las entidades locales pueden ampliar las obligaciones de publicidad activa contempladas en la LTPA (art. 17.3).

Y lo cierto es que en Andalucía se ha extendido ampliamente la práctica de aprobar específicas Ordenanzas sobre transparencia; práctica que fue sin duda estimulada por la aprobación por parte de la FEMP de la Ordenanza Tipo de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización de 27 de mayo de 2014 (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2017: 50-51).

⁷ Sobre el alcance del Acuerdo y las Instrucciones en la delimitación de las obligaciones de publicidad activa del Consejo de Gobierno, véase la Resolución PA-2/2021.

III. CONFIGURACIÓN Y TRAYECTORIA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

III.1. La naturaleza jurídica del Consejo

Siguiendo el precedente del Consejo estatal –que a su vez, *mutatis mutandis*, se inspiraba en la Agencia Española de Protección de Datos–, el Parlamento andaluz se inclinó por diseñar como autoridad de control un órgano complejo en cuanto se halla integrado por dos órganos: un órgano unipersonal (la Dirección) al que se atribuye la capacidad decisoria, y un órgano colegiado (la Comisión Consultiva) que, como su propio nombre indica, interviene como instancia de participación y consulta (art. 46.1 LTPA).

Por lo que hace a la Comisión Consultiva, es reseñable que el legislador andaluz se haya inclinado por incrementar sustancialmente el número de sus miembros en comparación con la Comisión consultiva estatal. Mientras que son siete los integrantes de ésta (al margen del Presidente), la Comisión andaluza se halla compuesta por catorce miembros (además del Director, que la preside). Esta ampliación ha permitido, por una parte, que el órgano andaluz sea más representativo de la comunidad en su conjunto: si en la Comisión Consultiva estatal se encuentran únicamente representados el Congreso y el Senado, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y diversas autoridades independientes; en la Comisión andaluza se abren además paso las Administraciones locales, las Universidades, los consumidores y usuarios, así como las entidades representativas de los intereses económicos y sociales (art. 49.3 LTPA)⁸.

Y, por otro lado, la ampliación de sus integrantes ha facilitado que se refuerce técnicamente el órgano, ya que también forman parte del mismo “[p]ersonas expertas en la materia” [art. 49.3.g) LTPA]. Según precisa el art. 12.3.j) de los Estatutos del Consejo, deben ser “[t]res personas expertas en la materia de transparencia o de protección de datos, designadas por la Consejería competente en materia de transparencia, que podrán provenir de entidades que representen a colectivos de profesionales de archivos, de la documentación, de entidades dedicadas al fomento de la transparencia, de entidades relacionadas con la protección de datos, y del ámbito universitario, entre otras”.

Como no podía ser de otra manera, la LTPA trata de subrayar la condición de independencia de la institución, atribuyéndole, por una parte, “personalidad

⁸ Es en el artículo 12.3 de los Estatutos del Consejo donde se asigna el concreto número de miembros entre las diversas instituciones y entidades representadas. A cada una de ellas se adscribe uno, salvando las entidades representativas de los intereses económicos y sociales (dos miembros en representación de las organizaciones sindicales y uno en representación de las organizaciones empresariales más representativas).

jurídica propia” y “autonomía orgánica y funcional para el ejercicio de sus cometidos” (art. 43.2) y declarando, por otro lado, que el Consejo ejercerá sus funciones con “plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de las mismas” (art. 43.3). Condición de autoridad independiente que pretende remarcar incluso frente al modelo del Consejo de Transparencia estatal, pues, a diferencia de éste que queda adscrito orgánicamente al Ministerio competente (art. 4.1 de su Estatuto), la normativa andaluza no lo adscribe a ninguna Consejería. El art. 43.4 LTPA se limita a apuntar que “[s]u relación con la Administración de la Junta de Andalucía se llevará a cabo a través de la Consejería de Presidencia”⁹; disposición que, como atinadamente se señaló ya en fecha temprana, se refiere “a las relaciones estrictamente institucionales... y a las que se deriven de necesidades puramente orgánicas o de funcionamiento en las que el Consejo debe acudir necesariamente a la Administración de la Junta de Andalucía al no ser posible su ejecución plena y directa por sí mismo, por ejemplo, en lo que se refiere al régimen de nombramiento y cese de su Director y miembros de la Comisión Consultiva [...] o en las relaciones de índole más orgánico, como las que tienen que ver con el régimen de su patrimonio adscrito o la formulación de su presupuesto contenidas en el Capítulo III” de los Estatutos (Rueda Gómez, 2015: 275).

Especialmente cuidadosa ha sido la normativa autonómica para rodear de las máximas garantías de independencia al órgano investido de la capacidad decisoria, la Dirección. Además de requerirse la mayoría absoluta del Parlamento para su designación (art. 47.2 LTPA), el legislador autonómico consideró –muy acertadamente, a mi juicio– que su independencia quedaría apuntalada estableciendo el carácter no renovable de su mandato de cinco años (art. 47.1 LTPA). Todo ello sin olvidar –claro está– la expresa mención de la condición imprescindible sin la que, sencillamente, no es dable hablar de independencia: “Ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad, y no estará sujeta a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas” (art. 47.3 LTPA).

Y, en fin, con toda evidencia, también contribuye de forma significativa a revestir de independencia a la Dirección el muy riguroso sistema de incompatibilidades configurado en los Estatutos del Consejo. Pues, además de estar sujeta al régimen de incompatibilidades y obligaciones de los Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 9.2), los Estatutos incorporan en el apartado tercero del citado artículo 9 un listado de incompatibilidades, de entre las cuales descuella –por obvias razones que no es preciso explicitar– la contenida en la letra d): “La

⁹ Véase el artículo 16 del Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.

afiliación o el ejercicio de funciones de dirección o ejecutivas en partidos políticos, organizaciones sindicales o empresariales”.

III.2. La singularidad del Consejo andaluz en el marco del Estado Autonómico

La principal nota distintiva del Consejo andaluz frente al Consejo estatal y a las restantes instituciones autonómicas reside en que no sólo opera como órgano de supervisión en materia de transparencia, sino que es también la autoridad de control en lo concerniente a la protección de datos personales en Andalucía. Con ello, nuestra Comunidad Autónoma venía a sumarse a la línea seguida por buena parte de los países más influyentes de nuestro entorno (así, por citar a un Estado descentralizado de la Unión Europea próximo al nuestro, en Alemania es el modelo asumido tanto por el Bund como por los Länder).

Por lo que hace a la función de control en materia de protección de datos, conviene comenzar reseñando que el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía vino a reconocer expresamente el “derecho de todas las personas al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas” (artículo 32); y, como correlato lógico a dicha consagración, el Estatuto atribuyó a la Comunidad Autónoma ya en el año 2007 “la competencia ejecutiva sobre protección de datos de carácter personal, gestionados por las instituciones autonómicas de Andalucía, Administración autonómica, Administraciones locales, y otras entidades de derecho público y privado dependientes de cualquiera de ellas, así como por las universidades del sistema universitario andaluz” (artículo 82).

Pues bien, como adelantamos, la LTPA optó por asignar dicha función al Consejo competente en materia de transparencia, en lugar de inclinarse por la constitución de otra autoridad independiente llamada en exclusiva a desempeñarla. Así es; según establece su artículo 43.1, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía es la “autoridad independiente de control en materia de protección de datos (...) en la Comunidad Autónoma de Andalucía”. De ahí que entre las atribuciones que la Ley encomienda a la Dirección del Consejo se incluya la de “desempeñar las funciones previstas en la legislación sobre protección de datos para su ejercicio por las agencias autonómicas en su caso” [art 48.1.i), así como la de “resolver las consultas que en materia de (...) protección de datos le planteen las administraciones y entidades sujetas a esta Ley” [art. 48.1.e)].

A fuer de ser sinceros, ha de reconocerse que la asunción material de la competencia en materia de protección de datos hubo de vencer una tenaz resistencia inicial del Ejecutivo. En efecto, la misma quedó diferida *sine die* en virtud de lo establecido en la Disposición transitoria tercera del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de

Datos de Andalucía: “El Consejo asumirá las funciones en materia de protección de datos que tiene atribuidas de conformidad con lo que establezcan las disposiciones necesarias para su asunción y ejercicio por la Comunidad Autónoma. En tanto se lleve a cabo la aprobación y ejecución de dichas disposiciones continuarán siendo ejercidas por la Agencia Española de Protección de Datos”.

Habría que esperar, por tanto, a la constitución de un nuevo Gobierno para que se llevara a efecto lo dispuesto por el Parlamento de Andalucía. Y sería la Orden de 1 de agosto de 2019, de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local, la que vendría a fijar el 1 de octubre de 2019 como la fecha de inicio del ejercicio de las funciones en materia de protección de datos por parte del Consejo. Desde entonces, le corresponde desempeñar tales funciones respecto de los tratamientos de datos de los que sean responsables las instituciones autonómicas de Andalucía, la Administración de la Junta de Andalucía, la Administración Local en Andalucía y otras entidades dependientes de cualquiera de ellas, así como las universidades del sistema universitario andaluz, en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La fusión de las tareas de supervisión de la transparencia y la protección de datos en una sola autoridad ha sido valorada positivamente por un cualificado sector de la doctrina, al considerarse que “es conveniente no sólo por razones de eficiencia y control del gasto público, sino, sobre todo, de seguridad jurídica, ya que estos dos derechos entran en colisión en la práctica y no parece razonable que existan dos órganos que puedan mantener criterios divergentes, lo que crea, en muchas ocasiones, un conflicto institucional que desorienta al ciudadano y a las propias Administraciones públicas (Troncoso Reigada, 2018: 524-525).

Y a la vista de que el derecho fundamental a la protección de datos personales constituye, con gran diferencia, el límite más frecuentemente invocado en las reclamaciones presentadas hasta la fecha ante el Consejo andaluz, a juicio de quien esto escribe no cabe dudar de que fue una decisión acertada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2015): “Capítulo IV. Fomento de la transparencia”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.): *Estudios sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*, págs. 229-242, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. 1ª edición.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PEREZ MONGUIÓ, J. M. (2017): *El derecho al acceso a la información pública en España*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. 1ª edición.

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2012): “Comentario del artículo 47”, en CRUZ VILLALÓN, P./MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía II*, págs. 764-780.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2017): “Disposición Final Octava. Título competencial”, en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.): *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, págs. 1913-1932, Madrid: Thomson Reuters. 1ª edición.

GUICHOT, E. (2015): “Aspectos generales de la Ley”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.): *Estudios sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*, págs. 21-54, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. 1ª edición.

GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2020): *El derecho de acceso a la información pública*, Valencia: Tirant lo Blanch. 1ª edición.

MEDINA GUERRERO, M. (2020): “Transparencia y protección de datos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 88-89, págs. 32-43, Madrid: Iustel.

RAMS RAMOS, L. (2019): “La normativa estatal y autonómica sobre transparencia en España: valoración de conjunto”, *Anuario de Transparencia Local 2018*, págs. 43-90, Barcelona/Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. 1ª edición

RODRÍGUEZ VEGA, F. (2015): “Organización de la transparencia: coordinación en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.): *Estudios sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*, págs. 243-261, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. 1ª edición.

RUEDA GÓMEZ, J. (2015): “El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.): *Estudios sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*, págs. 263-290, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. 1ª edición.

TRONCOSO REIGADA, A. (2018): “Los límites al derecho de acceso a la información pública en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía y la doctrina del Consejo de Transparencia: la protección de datos personales”, en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.): *Transparencia pública y Comunidades Autónomas*, págs. 517-652, Valencia: Tirant lo Blanch. 1ª edición.

LA PUBLICIDAD ACTIVA: RÉGIMEN DE LA LEY 1/2014 Y FISCALIZACIÓN POR EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ANDALUCÍA Y LA CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA.

María Eugenia Teijeiro Lillo¹

I. LA PUBLICIDAD ACTIVA: RÉGIMEN DE LA LEY 1/2014

La Ley 1/2014, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA) desdobra la regulación del principio de transparencia, siguiendo a su homónima estatal, en dos ámbitos: en su Título II, bajo la rúbrica de “Publicidad activa”, la información y publicación pro activa o por “propia iniciativa” de las instituciones públicas; y, en su Título III, bajo rúbrica de “Derecho de acceso a la información pública”, la información o “publicidad pasiva” derivada de demandas de cualquier persona. La publicidad activa se convierte, más allá de su reconocimiento como valor o principio de actuación administrativa, en un derecho del administrado y en una obligación para todas las entidades públicas sujetas a la LTPA.

Con la LTPA la publicidad activa se regula, por vez primera, con alcance general y de forma sistemática, con un contenido específico -incluye información institucional, organizativa y de planificación, de relevancia jurídica y de naturaleza económica, presupuestaria y estadística- y bajo un régimen de garantías -reclamaciones, recursos y sanciones- que se activarán en caso de incumplimientos. Paralelamente la LTPA da paso a una regulación pormemorizada de los principios generales que rigen la publicidad activa. Bajo la rúbrica de “principios generales” se recogen un

¹ Profa. Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz. Investigadora del Grupo de Investigación SEJ582 Administraciones Públicas, Libertades Públicas y Políticas Sectoriales”, de la Universidad de Cádiz. Directora General de Transparencia de la Universidad de Cádiz (desde septiembre de 2019).

<https://orcid.org/0000-0003-4706-6317>
eugenia.teijeiro@uca.es

conjunto de conceptos que determinan cómo publicar, qué publicar, de qué manera, etc. –libre acceso a la información pública; responsabilidad; no discriminación tecnológica; veracidad; utilidad; gratuidad; facilidad y comprensión; accesibilidad; interoperabilidad y reutilización- (art. 6).

Conjugando contenidos, garantías y principios para su efectividad la publicidad activa se identifica como un derecho a disponer de la información que deben publicar, de oficio, sin requerimiento por parte de los administrados, la totalidad de sujetos incluidos en su ámbito de aplicación (art.3). La eficacia y la efectividad de la transparencia tiene un indiscutible aliado, convertida en un imperativo legal (Benaches, 2017: 4), en la publicidad activa, al obtener información que quedaría, si solo fuera posible a través del ejercicio del derecho de acceso, excesivamente limitada. En efecto la LTPA se despliega, sin perjuicio de indeterminaciones, insuficiencias u omisiones, a través de uno de sus elementos nucleares, la publicidad activa, con voluntad por garantizar la transparencia (Fernández, 2015: 66).

II. EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD ACTIVA POR EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ANDALUCÍA

II.1. El Consejo como autoridad de control de la publicidad activa

La LTPA tiene por objeto profundizar en la transparencia de la actuación de los sujetos obligados y uno de sus aspectos imprescindible está vinculado a las garantías sobre el cumplimiento de las obligaciones que la integran. En este sentido, la LTPA acoge un órgano específico para el control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa en el ámbito de la transparencia. La LTPA regula los aspectos organizativos en su Título V, reservando el Capítulo II a la ordenación de un órgano *ad hoc* como autoridad de supervisión y control de la transparencia, llamado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, éste órgano es el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA)². La LTPA apuesta por la creación de un órgano *ex novo* configurado como “*autoridad independiente de control en materia de transparencia pública en la Comunidad de Andalucía*” (art. 43.2 LTPA). En el diseño que la Ley implanta se identifica como “*autoridad independiente e imparcial garante del derecho a la transparencia conforme a lo previsto en esta ley y en la legislación básica en la materia*” (art. 45 LTPA).

² La Ley estatal de transparencia prevé que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios órganos independientes, señalando que “*Para respetar al máximo las competencias autonómicas (...) quedará en manos del órgano autonómico que haya sido designado las competencias que a nivel estatal asume el Consejo para la resolución de las reclamaciones*” (Preámbulo, apartado III).

Para que el Consejo pueda actuar como autoridad pública con independencia y autonomía la normativa andaluza indica que “*ejercerá sus funciones con objetividad, profesionalidad, sometimiento al ordenamiento jurídico y plena independencia de las administraciones públicas*” (art. 43.3 LTPA). Sin olvidar que configurado como entidad pública aparece dotado, para su actuación, con “*personalidad jurídica propia y con plena capacidad para el ejercicio de sus cometidos*” (art. 43.2 LTPA) y está investido de independencia orgánica y funcional para el cumplimiento de sus funciones (art. 7.1 ECTPD).

Al Consejo se le atribuyen un conjunto de facultades públicas dirigidas a facilitar su función de garante del derecho a la transparencia. La Ley andaluza estructura este órgano a través de la Comisión Consultiva, instituida como órgano colegiado de consulta y participación en materia de transparencia y la Dirección, como órgano unipersonal apoderado de la totalidad de funciones ejecutivas que serán fijadas por sus propios Estatutos³ (art. 46.2 LTPA). Efectivamente a ésta última se le asignan, ligadas al cumplimiento de la publicidad activa, funciones de distinta naturaleza -de asesoramiento, consulta, garantía, rendición de cuentas- y, en especial, de control (art. 48 LTPA). En definitiva, la ley andaluza asigna al Consejo funciones garantistas de la transparencia y, más en concreto, de la publicidad activa y de sus cumplimientos.

II.1.1. Funciones generales de asesoramiento y consulta

En primer lugar, el CTPDA asume la adopción de criterios homogéneos de interpretación de las obligaciones de publicidad activa [art. 48.1.c) LTPA], en aras de la seguridad jurídica, de garantía de certeza, claridad y para evitar confusiones que den lugar a la necesidad de acudir a reclamaciones jurisdiccionales. La labor de asesoramiento se presenta con un doble objetivo, de respuesta y de resolución a consultas planteadas y con un marcado carácter de utilidad a la hora de establecer criterios de interpretación y aplicación de la normativa de transparencia activa.

Por un lado, la respuesta a las consultas que le soliciten, de forma voluntaria, los órganos de gobierno (art. 22 LTPA) para la tramitación y resolución de las obligaciones de publicidad activa, que podrán extenderse, con carácter general, a todo el ámbito de la transparencia de publicidad activa. La resolución de consultas facultativas se aplicará a las obligaciones de publicidad activa y, aunque la norma autonómica no lo ha previsto, nada impide que se puedan adoptar, para promover la mejora del cumplimiento de la publicidad activa, recomendaciones. Conviene cerrar esta referencia con las funciones generales del CTPDA indicando que son actuaciones propias pero desarrolladas a través de actos de carácter indicativo

³ Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. En adelante (ECTPD).

(asesoramiento, recomendación, etc.) que carecen de fuerza vinculante y, por consiguiente, sin posibilidad de ser recurridos.

II.1.2. Funciones ejecutivas de control

La LTPA identifica, como funciones ejecutivas de máximo interés y con el mayor nivel de eficacia, las funciones de control, diseñando un doble régimen para el control de la publicidad activa: la propia iniciativa y la denuncia por parte de la ciudadanía. Por un lado, la norma autonómica reconoce la presencia de controles internos de los sujetos obligados a la publicidad activa que se establecerán de acuerdo a sus propias normas organizativas. Sin perjuicio del control interno se otorga, además, directamente y sin necesidad de desarrollo reglamentario, competencia para el control de la publicidad activa al CTPDA. Como primera potestad de control se faculta al Consejo para la realización de requerimientos, por iniciativa propia, para la subsanación de incumplimientos de publicidad activa. Al mismo tiempo, el Consejo se ve investido, superando la regulación estatal y la de otras Comunidades Autónomas, de una singularidad en la regulación de la transparencia por ser el órgano al que los ciudadanos y las organizaciones podrán presentar denuncias por la falta de información en los Portales de Transparencia (art. 23 LTPA). En definitiva, el reconocimiento de la potestad de supervisión al Consejo, a través del deber de obligado cumplimiento de la actuación de las entidades y organismos sujetos a las obligaciones de publicidad activa, da empuje a la transparencia.

La intención del legislador de otorgar al Consejo facultades de control se refuerza con el reconocimiento de instrumentos para reprimir las acciones u omisiones que conlleven o supongan incumplimientos de la LTPA en materia de publicidad activa. En concreto, la facultad de instar la incoación de expedientes disciplinarios o sancionadores de acuerdo con las previsiones del Título VI, si bien obliga a que los procedimientos sean iniciados por los órganos competentes. Esta facultad deriva de la previsión y apuesta del legislador andaluz por la presencia de un régimen sancionador propio, se convierte en una innovación a nivel autonómico que sitúa a “*Andalucía en la vanguardia de la transparencia en nuestro país, arbitrando los mecanismos necesarios y adecuados para que la nueva cultura de la transparencia no quede en una mera declaración de intenciones. El decidido compromiso (...) con la transparencia, se traduce en el establecimiento de este régimen, que persigue no tanto actuar como mecanismo coercitivo o represor, como garantizar y hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a la transparencia pública*” (Exposición de Motivos, apartado IV LTPA)⁴.

⁴ El propio Consejo de Estado subraya la importancia de un régimen sancionador como garantía frente a incumplimientos en materia de transparencia al manifestar que “*para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento*”. Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012, del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> (última consulta: 20/09/2021).

La Ley autonómica contiene un aparato sancionador propio con un régimen jurídico de aplicación a los incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa. La primera previsión normativa se centra en la remisión a las acciones y medidas disciplinarias que procedan cuando no se atiende a resoluciones o requerimientos del CTPDA [art. 52.1.a)]. De este modo, la función de control del CTBG ante los posibles incumplimientos puede dar lugar a la incoación de un expediente disciplinario, cuya regulación se remite al régimen general de la responsabilidad disciplinaria en materia de función pública. Sin embargo, la apuesta firme a favor del ejercicio de funciones de control se refleja en la posibilidad que permite a este órgano impulsar, ante incumplimientos de la obligación de suministrar información reclamada a través de un requerimiento al CTPD [art. 53.1.a)], un procedimiento sancionador y la correspondiente sanción -amonestación y multa- (art.56 LTPA).

Tanto la tramitación de los expedientes disciplinarios como sancionadores queda en manos de los órganos competentes, quienes están obligados a incoar el procedimiento y a comunicar al Consejo su resultado (art. 57.2 LTPA). El inicio del procedimiento corresponde al órgano competente, sin embargo, la potestad del CTPDA de instar su puesta en marcha, cuando los incumplimientos en materia de publicidad activa puedan constituir acciones u omisiones tipificadas como infracciones, no es una simple recomendación o sugerencia que el órgano competente pueda, simplemente motivando su decisión de no incoar el procedimiento, desatender. Todo lo contrario, para el Consejo supone una verdadera facultad ejecutiva puesto que legitima su potestad de control, vinculando al órgano instructor quién incurrirá, en caso de incumplimiento, en una infracción administrativa.

II.2. La planificación y control de la publicidad activa

La LTPA refuerza, como principal garantía de la independencia y autoridad del CTPDA, “*el rigor de sus actuaciones y resoluciones de control*” (Exposición de Motivos, apartado V). La facultad de control de oficio atribuida al Consejo de carácter opcional adquiere, sin embargo, en el desarrollo de sus funciones fuerza obligatoria puesto que el Consejo *debe “aprobar, remitir y presentar al Parlamento un Informe Anual, así como comparecer ante el Parlamento para su presentación”,* [art. 10.3.e) ECTPD]. Para el cumplimiento de esta obligación la Dirección contará con el asesoramiento de la Comisión Consultiva quién, como órgano de participación y consulta, “*analizará la propuesta de informe*” con carácter previo a su remisión al órgano legislativo [art. 15.1.e) ECTPD]. Paralelamente, los Estatutos identifican las reglas relativas a su organización y funcionamiento y, entre ellas, se reconoce la labor de “*planificar sus actividades*” [art. 10.3.a)]. Para la realización de ambas funciones, de planificación y control del cumplimiento de las obligaciones de

publicidad activa, se aprueban, de forma independiente, Planes de Actuación de carácter bianual y Planes de Control e Inspección de carácter anual.

II.2.1. El Plan de Actuación Bienal

En el marco de la gestión pública el compromiso de la elaboración y aprobación de un *Plan de Actuación Bienal* (PAB) convierte al CTPDA en un órgano exponente de la aplicación efectiva del principio de transparencia. El PAB es el instrumento que sirva al Consejo para acometer, atribuidas por la normativa andaluza, el ejercicio de competencias en materia de transparencia⁵. De esta forma el Plan permite la planificación de las actuaciones del Consejo, la publicación de las líneas de trabajo que van a centrar su actividad y, por último, identificar a sus destinatarios. El Consejo pretende que este Plan específico sirva de instrumento desde el que se proceda a la difusión, por propia iniciativa y de forma proactiva, de la información que sea más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de los sujetos obligados por la LTPA.

El PAB se elabora por el Consejo con la implicación de la Comisión, como órgano de participación y consulta, y la colaboración activa, a través de consulta pública, de la ciudadanía y de entidades interesadas. En su elaboración el Plan incorpora una relación de indicadores con el objetivo de conocer y evaluar el grado de cumplimiento y ejecución de las áreas de actividad y, además, está acompañado de una memoria económica. El primer Plan de Actuación (2017-2018) se estructura en áreas prioritarias con el objetivo de definir áreas de actuación, no necesariamente homogéneas, en las que el Consejo centre su atención para el desarrollo de sus competencias. Una de estas áreas es la transparencia que se despliega en un doble ámbito derecho-obligación, el derecho de acceso a la información pública y el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa.

Con el PAB (2017-2018) las competencias del Consejo se vuelcan en la elaboración de un Plan Anual de Publicidad Activa. Una vez cumplido su periodo de vigencia se acomete la aprobación de un nuevo PAB que permita al Consejo reforzar y consolidar sus competencias. La relevancia de las funciones del Consejo de ejercer el control de la publicidad se ve reforzada en las infracciones de carácter disciplinario y sancionador, calificadas de muy graves, que se vinculan al incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa [arts. 52.1.a) y 53.1.a) LTPA]. En este sentido el PAB (2019-2020) identifica dos cometidos específicos convertidos en instrumentos efectivos para ejercer el control de la publicidad activa. De un lado, la función de

⁵ Hasta la fecha se han publicado 2 planes: el Plan de Actuación Bienal (2017-2018), aprobado por Resolución de 30 de octubre de 2017, de la Dirección del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía; y, el Plan de Actuación Bienal (2019-2020), aprobado por Resolución de 31 de enero de 2019, de la Dirección del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

control se refuerza con la competencia para la tramitación de los expedientes de publicidad activa iniciados por denuncia. De otro, ese ejercicio de control podrá disponer de un nuevo instrumento de actuación a través de la aprobación de planes de control e inspección sobre la publicidad activa.

En el Plan de Actuación 2019-2020 el Consejo es más ambicioso en su relación con los sujetos obligados planteando, como área preferente de actuación, la tarea de optimizar los canales de comunicación. No menos importante es la labor, todavía pendiente para el Consejo, de lograr que los sujetos obligados conozcan sus obligaciones y responsabilidades apostando, como un instrumento eficaz para este objetivo, por la elaboración de una “guía de buenas prácticas”. En definitiva, a través del desarrollo de los Planes de Actuación el Consejo está afianzando, en su relación con los sujetos obligados, el conocimiento y cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y, en paralelo, fomentando las actividades que faciliten, a través de la comunicación telemática, su cumplimiento.

II.2.2. El Plan de Control e Inspección sobre Publicidad Activa

La LTPA establece que el control de la publicidad activa tiene varios escenarios, un primero que responde al control interno por los sujetos obligados, seguido de la posibilidad de que la ciudadanía pueda hacer efectivo ese control a través de denuncias ante el Consejo y, por último, el propio Consejo puede, por iniciativa propia, requerir la subsanación de los incumplimientos de publicidad activa que puedan producirse. Desde 2017 el PAB incorpora, como consecuencia de la atribución al Consejo de la capacidad de inspeccionar, a iniciativa propia, el cumplimiento, por parte de los sujetos obligados -entidades públicas, corporaciones, asociaciones, instituciones, entidades representativas de interés colectivos y otras entidades que perciban ayudas públicas- de las obligaciones de publicidad activa, la elaboración de un *Plan Anual de Control e Inspección sobre Publicidad Activa* (PCIPA)⁶. El Plan refleja las actuaciones del Consejo previstas para el control de la publicidad activa y los requerimientos concretos para la subsanación de sus incumplimientos. Si bien, el Consejo asume, dando un paso más al impulso de la transparencia, un nuevo objetivo plasmado en el Plan de 2018, la elaboración de directrices o recomendaciones de tipo general para la totalidad

⁶ Hasta la fecha se han publicado 2 Planes: el Plan de Control e Inspección 2018, aprobado por Resolución de 8 de febrero de 2018, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOUCA, núm. 32, de 14 de febrero de 2018). El Plan de Control e Inspección 2019-2020, aprobado por Resolución de 7 de noviembre de 2019, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOUCA, núm. 219, de 13 de noviembre de 2019, cuyo ámbito temporal se extiende durante el año 2021 (31 de diciembre) por Resolución de 1 de diciembre de 2020, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOUCA, núm. 235, de 4 de diciembre de 2021).

de los sujetos obligados, resulten directamente o no afectados por la realización de sus actuaciones.

Desde su aprobación el PCIPA incluye en su ámbito de aplicación, a través de una muestra seleccionada con criterios objetivos y concretos, a la mayoría de los sujetos obligados y se despliega en varias líneas de actuación centradas en comprobar el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa. En el desarrollo y cumplimiento del Plan el Consejo podrá solicitar, en su condición de autoridad de control en materia de transparencia y en aplicación de su potestad de investigación (art.16.5 ECTPD), la colaboración de los sujetos obligados para que aporten la información o documentación que se les requiera.

El PCIPA presenta, vinculadas al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, las líneas de actuación siguientes:

- Línea 1. *Relativa a la obligación de suministrar información jurídica.* Verificación del cumplimiento de la obligación de publicación “de las disposiciones en boletín oficial estableciendo periodo de información pública” [art. 13.1.e) LTPA]. En este caso el ámbito de la actuación del Consejo tendrá como protagonistas a entidades de la Administración de la Junta de Andalucía y a Entidades Locales y afectará a los anuncios de apertura de periodos de información pública publicados en boletines oficiales.
- Línea 2. *Relativa a la obligación de suministrar información.* Aproximación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa entre los sujetos obligados “por percepción de subvenciones por importe superior a 100.000 euros” (art. 5.1 LTPA). En este caso el ámbito de actuación del Consejo se centra en entidades y organizaciones beneficiarias de subvenciones de la Junta de Andalucía a lo largo del año 2017.
- Línea 3. *Relativa a la obligación de suministrar información.* Cumplimiento de obligaciones de publicidad activa entre “corporaciones de derecho público andaluzas y entidades asimilables en relación a sus actividades sujetas al derecho administrativo” [art. 3.1.h) LTPA]. En este caso el ámbito de la actuación del Consejo tiene por destinatarios a las federaciones deportivas andaluzas.
- Línea 4. *Relativa a la obligación de suministrar información institucional y administrativa.* Cumplimiento de obligaciones de publicidad activa por parte de “los entes instrumentales de las Universidades públicas andaluzas” [art. 3.1.f) LTPA]. En este caso el ámbito de actuación del Consejo se extiende a la totalidad de las Universidades públicas de Andalucía.

En el PCIPA 2019-2020, todavía vigente en la actualidad, las líneas de actuación ya definidas en el plan anterior se van consolidando y el Consejo se presenta, con la

incorporación de nuevos sujetos obligados por la Ley andaluza de transparencia, más ambicioso. Si bien, de su contenido destacamos la entrada de una nueva línea de actuación (línea 2) que implica la incorporación, con carácter ordinario, de nueva obligación de publicidad activa ligada a la exigencia de la publicación electrónica de los inventarios de tratamientos de datos para los sujetos obligados (art. 31.2 Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales). Concretamente se describen las siguientes líneas de actuación:

- Línea 1. *Relativa a la obligación de suministrar información.* Control del cumplimiento de obligaciones de publicidad activa por parte del “Parlamento de Andalucía y otras instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma”. Efectivamente, la ley andaluza incluye, en su ámbito subjetivo de aplicación, al “el Consejo Consultivo de Andalucía, el Consejo Económico y Social de Andalucía y el Consejo Audiovisual de Andalucía” [art. 3.1.b) LTPA]. Igualmente, el Parlamento estará sujeto “en lo que afecta al ejercicio de sus funciones administrativas” (art. 3.2. LTPA). En este caso el ámbito de actuación del Consejo se ciñe a los cuatro órganos mencionados.
- Línea 2. *Relativa a la obligación de suministrar información.* Verificación de la publicación electrónica por parte de los sujetos obligados de sus inventarios de actividades de tratamiento. En este caso el ámbito de actuación del Consejo recae sobre los sujetos obligados que lleven a cabo tratamientos de datos de los que sean responsables o encargados (art. 77.1 Ley Orgánica 3/2018).
- Línea 3. *Relativa a la obligación de suministrar información.* Comprobación del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa entre los sujetos obligados “por percepción de subvenciones por importe superior a 100.000 euros”. En este caso el ámbito de actuación del Consejo se dirige hacia entidades y organizaciones beneficiarias de ayudas o subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía y de los entes locales. Y, de forma expresa, la inclusión de las fundaciones del sector público andaluz [art. 3.1.j) LTPA].

El PCIPA queda sujeto a seguimiento, con carácter trimestral, a través de un informe elaborado por el Área de Transparencia que lo elevará a la Dirección del Consejo y en el que reflejarán las actuaciones realizadas y las incidencias que impidan, en su caso, su cumplimiento. Una vez finalizado el Plan otro informe dará cuenta de los resultados alcanzados en cada una de las líneas de actuación y las propuestas que se incluirán en planes posteriores. La labor del Consejo concluye con la posibilidad de poder difundir recomendaciones de carácter general, así como adoptar criterios de interpretación uniforme para el mejor cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (art. 48.1.c) LTPA).

II.3. Las resoluciones del Consejo de Transparencia

La LTPA apunta que la publicidad activa conlleva la obligación de “*hacer pública por propia iniciativa*” la información que permita garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública (art. 2.b), y que la información generada “*estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas webs*” de los sujetos obligados (art. 9.4). Para satisfacer esta obligación los sujetos obligados deberán garantizar que la información se publique de forma periódica, atendiendo al principio de veracidad, de tal manera que “*ha de ser cierta y exacta*”, así como que “*estará actualizada*” (art. 9.1). Paralelamente se reconoce el derecho a la publicidad activa (art. 7.a).

Ya hemos confirmado que la publicidad activa integra un conjunto heterogéneo de materias -institucional, organizativa, económica, etc.- sobre las que el CTPDA tiene atribuido el control que podrá ejercitar, de oficio o a través de denuncia, dictando requerimientos para la subsanación de los incumplimientos derivados de las obligaciones de publicidad activa (art. 23 LTPA). El CTPDA es competente para resolver las resoluciones iniciadas de oficio y las reclamaciones que se interpongan por el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de instituciones y entes sometidos a su control, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso administrativa.

II.3.1. Las resoluciones de procedimientos iniciados de oficio

La facultad de iniciación del procedimiento de oficio por el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa se atribuye al Director del CTPDA [(art. 10.3.b) ECTPD y art. 48.1.g) LTPA]. Para el ejercicio de esta competencia el Consejo debe verificar en el desarrollo de su actuación inspectora que no figuran disponibles, en sede electrónica, portal o página web del sujeto obligado, durante el periodo de información pública, los documentos que deben ser sometidos a información, por lo que constata la existencia de posibles incumplimientos en relación con la información a publicar. Iniciado el procedimiento se requiere, como trámite previo a la resolución que corresponda, la subsanación del presunto incumplimiento y, seguidamente el otorgamiento de un plazo que permita o bien subsanar la incidencia observada o formular, en su defecto, las alegaciones oportunas. En gran parte de los procedimientos iniciados de oficio procede la declaración de caducidad del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que pueda iniciarse, ante los incumplimientos detectados un nuevo procedimiento de oficio donde se requiera expresamente su subsanación en cumplimiento, en este caso, de lo dispuesto en el art. 23 LTPA.

Conviene recordar que el Consejo aprobó, en relación con los procedimientos de control de las obligaciones de publicidad activa iniciados de oficio, el PCIPA

(2018) insertando, como Línea 1 de actuación, “*la verificación del cumplimiento del artículo 13.1.e) de la LTPA, en relación con disposiciones publicadas en boletín oficial estableciendo periodo de información pública*”. Por tanto, el Consejo da preferencia, a través de esta línea de actuación, a la comprobación de oficio del cumplimiento de la obligación de “*información de relevancia jurídica*” y, en especial, a la publicación de “*los documentos que deben estar sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación*”. Como resultado del interés por esta línea de actuación reseñar que el mayor número de resoluciones iniciadas de oficio por el Consejo se centran, durante el periodo 2016-2021, en los incumplimientos de dicha información, seguidas de la “*información institucional y organizativa*”; de la vinculada a “*información de altos cargos y personas que ejerzan máxima responsabilidad*” y, por último, la “*información sobre contratos, convenios y subvenciones*”, el resto de resoluciones presentan un carácter residual⁷.

En las resoluciones analizadas el Consejo constata que las únicas informaciones disponibles se circunscriben a la publicación del anuncio, por el que se convoca el trámite de información en el Boletín oficial correspondiente, en el Portal de Transparencia de la entidad, así como en el Tablón de Edictos virtual, pero con la omisión de cualquier referencia a la posibilidad de consulta del expediente. Así mismo comprueba que las alegaciones de los sujetos obligados manifiestan que la mera publicación del anuncio que convoca el trámite de información pública resulta suficiente para dar cumplimiento a la obligación de publicidad activa a la que están sujetos. Sin embargo, el Consejo confirma que la publicación del anuncio no se corresponde con las exigencias del art. 13.1.3 LTPA que exige la publicación telemática de la totalidad “*todos*” de los documentos que deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación. Por esta razón, el Consejo requiere a los sujetos obligados para que lleven a la práctica, en sede electrónica, portal o página web, la publicación de los documentos que deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación y, por tanto, dar cumplimiento a la obligación prevista en el citado art. 13.1.e) LTPA.

II.3.2. Las resoluciones de procedimientos iniciados por denuncia

La LTPA confirma que la publicidad activa no sólo constituye una obligación para los sujetos vinculados al cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, sino también formaliza un derecho “*de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen [...] de forma periódica y actualizada la información veraz*” para que su conocimiento permita garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (art. 7). En

⁷ Sobre las resoluciones del CTPDA ver página web <https://www.ctpdandalucia.es/buscar-resoluciones-sobre-denuncias> (última visita: 22/09/2021).

aplicación de este precepto cualquier persona está legitimada para denunciar posibles incumplimientos en que puedan incurrir los órganos y entidades incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTPA. En este nuevo ámbito el CTPDA está facultado igualmente, previa denuncia, para resolver las reclamaciones que se interpongan con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso administrativa. En estos procedimientos la competencia para la resolución de la denuncia interpuesta también reside en el Director del Consejo [(art. 10.3.b) ECTPD y art. 48.1.g) LTPA]. Además, debe señalarse que el personal funcionario del Consejo cuando lleve a cabo funciones de investigación, tanto en los procedimientos iniciados por denuncia como de oficio, tendrá el carácter de agente de la autoridad, lo que dará lugar a que los sujetos obligados deberán poner a su disposición la información que les sea requerida (art. 16.5 ECTPD).

En el ejercicio del derecho a la publicidad activa es determinante que las denuncias presentadas puntualicen la información cuya ausencia se reclama y no que se limiten a señalar la falta de publicación en cualquiera de los medios utilizados (sede electrónica, portal o página web) o que no ofrezcan elementos de información suficientes que permitan la identificación de las exigencias de publicidad activa. En este sentido la doctrina establecida en las resoluciones del Consejo (entre otras, Resolución PA-36/2017, de 4 de octubre y Resolución PA-37/2017, de 11 de octubre) señala que la función del Consejo no es la de “reconstruir de oficio las denuncias”, éstas deben concretarse por el denunciante y el Consejo, solo después de comprobar que las exigencias de publicidad activa son incumplidas, podrá actuar verificando la denuncia y, en su caso, proceder al requerimiento expreso para la subsanación de los incumplimientos.

Para cumplir con el requisito el procedimiento concede a la persona denunciante, de conformidad con lo previsto en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (art. 68.1), trámite de subsanación para que precise las obligaciones de publicidad activa que hayan sido desatendidas, procediendo, en caso contrario, a dar por desistida la denuncia. Por otro lado, si se comprueba la existencia de un incumplimiento defectuoso de la obligación de publicidad activa, el Consejo ha de requerir, de forma expresa, al sujeto obligado que proceda a la publicación de la información. De tal forma que cuando el requerimiento expreso del Consejo sea desatendido el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa podrá comportar una infracción muy grave [art. 52.1.a) LTPA] dando lugar a las sanciones previstas en el art. 55.2.c) LTPA, e incluso al cese del cargo del responsable o a su inhabilitación temporal. De igual forma, si se suministra información con incumplimiento de las exigencias derivadas del principio de veracidad (art. 6 LTPA) se producirá una infracción grave con su correspondiente sanción, e igualmente podrá derivar en cese del cargo o inhabilitación temporal.

Potencialmente todo incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa es susceptible de ser sancionado, no obstante, la concurrencia de circunstancias concretas como “reiteración”, darán lugar a la determinación de la comisión de la infracción. Por tanto, no es posible establecer un criterio general que determine ante un incumplimiento, una vez subsanado, que deba ser sancionado o no.

Atendiendo al número de resoluciones del CTPDA las vinculadas a denuncias y las derivadas del incumplimiento de la información jurídica y, más en concreto, de “los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación” son las más numerosas. La exigencia de dar publicidad no se cumple facilitando el acceso, exclusivamente, a los documentos que contengan la decisión del órgano administrativo de someter el procedimiento administrativo al trámite de información pública. No basta, para hablar de publicidad activa, incluir los enlaces o referencias a los anuncios de información pública si no van acompañados de sus contenidos, tampoco haber cumplido su obligación mediante publicación en el boletín oficial. En este punto el Alto Tribunal (Sentencias de 8 y 12 de abril de 2011), considera que la omisión de la obligación de publicidad activa en tablón de anuncios o en boletín oficial supone un incumplimiento del deber de publicidad legalmente establecido, deber ligado a los principios de participación ciudadana (art. 105.a CE) y publicidad (art. 9.3) que refuerzan el carácter esencial del trámite de audiencia pública, de ahí que su omisión provoca la nulidad de pleno derecho de la disposición administrativa.

La nueva exigencia de publicidad activa implica un importante avance de transparencia pública, por un lado, permite una mayor difusión y conocimiento de las actuaciones públicas por la ciudadanía y, por otro, su participación real en la toma de decisiones. El propio Tribunal Supremo consolida la relevancia del cumplimiento del deber de publicidad señalando que “al tratarse de disposiciones que inciden en el patrimonio jurídico de los administrados, los mismos han de tener la posibilidad de alcanzar un cabal conocimiento de su contenido mediante la irrenunciable publicidad y disponer de un trámite de audiencia en el que puedan ejercitar su derecho de participación”⁸.

II.4. El informe de rendición de cuentas de su actividad de control

El CTPDA tiene encomendada en materia de transparencia la elaboración y aprobación de un informe anual relativo a los resultados de su actividad. Para el cumplimiento de esta función de rendición de cuentas el CTPD debe hacer uso de

⁸ De acuerdo con esta línea jurisprudencial el Defensor del Pueblo Andaluz formula Resolución en la queja 16/3681, dirigida a la Consejería de la Presidencia y Administración Local <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/recomendamos-que-se-de-publicidad-efectiva-a-la-publicacion-de-los-documentos-sometidos-a-tramite-de> (última consulta 03/06/2021).

las funciones de control escenificadas a través de la elaboración de dicha memoria. El documento, que deberá presentar su Director ante el Parlamento al efecto de justificar las actividades realizadas por este órgano, se convierte en un instrumento imprescindible para controlar el cumplimiento de la publicidad activa. El contenido básico de esta memoria se refiere a las actuaciones desarrolladas por este órgano recogiendo información relativa al grado de aplicación y cumplimiento de la Ley de transparencia, en concreto, desde criterios interpretativos y recomendaciones; relación de reclamaciones; actividades de asesoramiento; requerimientos efectuados, hasta evaluación del grado de cumplimiento de los deberes de publicidad activa por parte de los sujetos afectados. En este amplio abanico de competencias la LTPA es singular y precursora, a la hora de diseñar el régimen de garantías y las competencias del CTPDA, al dar entrada, junto al control de oficio, a la participación ciudadana, permitiendo a los ciudadanos y organizaciones presentar denuncias por incumplimientos en el ámbito de la publicidad activa (art. 23).

En los últimos años la presentación de las memorias ha permitido evaluar, de forma positiva, la actividad de este órgano independiente de control cuyo ámbito de actuación se extiende a todo el sector público andaluz, desde las instituciones autonómicas, Administración de Justicia, Administración Local, otras entidades dependientes, Universidades del sistema público andaluz, así como a las entidades que prestan servicios públicos. De acuerdo con los datos disponibles desplegados por el informe de 2019 se aprecia un descenso en el número de reclamaciones y denuncias presentadas ya que se dictaron un 13% menos de resoluciones que en el año anterior. De un total de 633 resoluciones se emitieron 255 en materia de publicidad activa (de ellas el 91% tuvo como órgano de reclamación las entidades locales y el 8% restante, la Junta de Andalucía). Del total de dictámenes emitidos el 54% se remitieron al organismo denunciado para la subsanación de la información no publicada y el resto, el 46% se archivaron⁹.

Desde el año 2016 el Consejo registra las denuncias por incumplimientos de publicidad activa y del análisis de los datos se refleja, después de un periodo de incremento, la tendencia a la baja por lo que se puede interpretar que el cumplimiento de la publicidad activa se está apuntalando en el ámbito de las Administraciones Públicas. No obstante, persiste un importante déficit en el cumplimiento de la publicidad activa, con más del 85% de las denuncias presentadas frente a incumplimientos de las entidades locales y, en el resto de organismos denunciados destaca, con un porcentaje del 11%, la Junta de Andalucía.

⁹ Portal de Transparencia en la página web de la Junta de Andalucía <https://www.ctpdandalucia.es/transparencia-del-consejo/planificacion-evaluacion-estadistica/informes-anales-de-actuaci%C3%B3n> (última consulta: 18/06/2021).

Las denuncias son efectuadas tanto por personas físicas como jurídicas, siendo las más numerosas, con un porcentaje del 83,9% total, las procedentes de personas jurídicas. Si bien se observa un cambio de tendencia en los dos últimos años, donde las denuncias de particulares han sido las mayoritarias, por lo que la implicación de la ciudadanía en el proceso de consolidación de la transparencia apunta en una buena dirección. El Consejo a lo largo de su actuación ha resuelto, de un total de 727 denuncias, 703, lo que supone un 96,7%. En cuanto al sentido de las resoluciones el Consejo ha estimado que más del 50% de las denuncias presentadas acuerdan la existencia de incumplimientos y requieren su subsanación. Y el resto un 42,2% de las resoluciones tuvieron como destino el archivo de las correspondientes denuncias.

III. EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD ACTIVA POR LA CÁMARA DE CUENTAS DE ANDALUCÍA

III.1. La vinculación de la Cámara de Cuentas de Andalucía con el principio de transparencia

En los sistemas democráticos la fiscalización que se efectúa en el ámbito público se contempla como una tarea sustancial practicada por instituciones de control que juegan, identificadas como pilar esencial del sistema democrático y mecanismo de buen gobierno, un papel esencial en la mejora de la Administración pública a través del impulso de los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno (OCEX 2015: 2). Para el control externo de la gestión pública se confirma, como órgano superior fiscalizador, el Tribunal de Cuentas y se autorizan, reconocida la capacidad de control externo a las Comunidades Autónomas¹⁰, órganos específicos para la fiscalización en el sector público autonómico, los Órganos Autonómicos de Control Externo (OCEX). En la Comunidad Autónoma de Andalucía se configura como institución autonómica de control externo, a partir de su reforma estatutaria (2007), la Cámara de Cuentas de Andalucía (CCA). Un nuevo órgano cuyo ámbito de aplicación se extiende al sector público andaluz y, de forma expresa, a la Junta de Andalucía y a sus entes locales¹¹. Desde su creación la CCA como “una de las claves de cierre de la organización democrática de la autonomía” (Navas Vázquez: 2003:266), juega en su ámbito competencial un papel similar al que tiene encomendado el Tribunal de Cuentas como órgano de control y fiscalización.

¹⁰ Por la Ley Orgánica 2/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas (arts. 17 y 22).

¹¹ Artículo 130 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

En el ámbito de la gestión pública el control externo y la transparencia integran, junto a la contabilidad pública, un triángulo cuya función coordinada está logrando procesos de mejora continua de las instituciones públicas (Viñas 2018: 36). En este nuevo modelo de gestión hay cambios muy significativos -como la ampliación del ámbito de las responsabilidades públicas, del contenido de la rendición de cuentas o de las actuaciones a fiscalizar- donde la transparencia resulta necesaria para la rendición de cuentas y el control de la actividad pública (Vila 2013: 58). Todas las fiscalizaciones -financiera, operativa y de cumplimiento- del sector público contribuyen al buen gobierno y a la mejora de la transparencia y la rendición de cuentas y en este proceso los OCEX permanecen en una situación de cambios continuos, de mejora, de difusión de sus actuaciones, en definitiva, de su adaptación, como mecanismos de control, a la exigencia de un mayor esfuerzo de transparencia (Montesinos 1999: 47). Sin mecanismos de control, tanto internos como externos, es imposible “una transparencia fiable de la gestión pública -de fondos-” (Ipiñazar, 2015:32).

En este contexto de cambio las Leyes de Transparencia no identifican un ámbito subjetivo común que permita el establecimiento de un marco general del sector público para la fiscalización, por los órganos de control, del cumplimiento del principio de transparencia. A pesar de ello, la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas¹² confirma que su función fiscalizadora se despliega sobre la actividad económico-financiera del sector público sometida a una serie de principios entre los que se incluye, expresamente “de (...) transparencia...” (art. 9.1). La transparencia en la actividad administrativa cumple el doble objetivo de garantía para los ciudadanos y de criterio de actuación general del aparato público¹³ y se consagra como un principio rector de la actividad administrativa de los órganos de control para permitir “cerrar el paso a la posibilidad de gastar más y fomentar necesariamente gastar menos” (Corona, 2004:15). Y, en este sentido, la transparencia plantea a las instituciones de control externo retos y cambios para lograr un sector público más transparente en su gestión apostando por el impulso de la fiscalización operativa o de gestión. Un cambio que podría completarse con la atribución de funciones de control sobre la aplicación de las leyes de transparencia, es decir, de una fiscalización específica y particularizada de su cumplimiento, una oportunidad por la que ya muestran interés algunos órganos de control (Genaro, 2016: 33). En esta línea la CCA está incorporando en la esfera de su actividad de fiscalización los

¹² Tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (art. 3).

¹³ Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

primeros informes de cumplimiento de la obligación de publicidad activa en el ámbito del sector público, en concreto, del sector público andaluz¹⁴.

No cabe duda de que la falta de tradición en materia de evaluación de entes públicos comienza a desaparecer con la fiscalización por órganos de control externo de las cuentas anuales de cada Comunidad Autónoma, de centenares de municipios, de diputaciones y de sus respectivos sectores públicos, tampoco que el objetivo fundamental de las Leyes de Transparencia es “ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública” (art. 1 LTAIBG), por tanto, nadie puede negar que los órganos de control externo sean instrumentos primordiales para su regulación en el ámbito autonómico porque sin ellos la Ley de Transparencia podría “servir de muy poco”¹⁵.

III.2. La función fiscalizadora de la Cámara de Cuentas de Andalucía

La Cámara de Cuentas de Andalucía se instituye, como órgano externo de control, por la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía (LCCA), dependiendo orgánicamente del Parlamento de Andalucía, pero actuando con total autonomía e independencia funcional¹⁶. Identificado como “uno de los órganos que permite calibrar el grado de integración de las facultades y poderes que engloba la autonomía”¹⁷, le corresponde la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La legislación autonómica otorga a este órgano las tres funciones habituales que desarrollan los órganos de control externo: la de fiscalización, la de enjuiciamiento por delegación del Tribunal de Cuentas y la de asesoramiento o consultiva del Parlamento de Andalucía.

La CCA asume la función fiscalizadora, como función principal, con la finalidad de control de la gestión de los fondos públicos por el sector público y con el objetivo de contribuir a que el ciudadano perciba que “la Administración está controlada, que ese control es auténtico y que, a través del mismo, se conoce todo lo referente a la correcta utilización de los recursos públicos”¹⁸.

¹⁴ Por citar, el Informe SL 04/2016, de cumplimiento del principio de transparencia en determinados municipios de 20.000 a 50.000 habitantes; y, el Informe SL 05/2017, de fiscalización del principio de transparencia por la Diputación de Almería.

¹⁵ Afirmación del Presidente del Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Catalunya -Daniel Faura- recogida en la apertura del XXIII Foro del Auditor, celebrado en Sitges en 2013.

¹⁶ Artículo 5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Andalucía. En adelante RCCA.

¹⁷ Como apunta la Ley 3/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía (Exposición de Motivos).

¹⁸ Consejería de la Presidencia e Igualdad: Oficina del Portavoz del Gobierno, *Intervención del Presidente de la Junta en el 25º aniversario de la Cámara de Cuentas de Andalucía*, 2013, p. 5.

A partir de y sobre la base de esta función fiscalizadora general se le atribuyen un conjunto de funciones más específicas (art. 4 LCCA y art. 4 del RCCA):

- a) Fiscalizar la actividad económica-financiera del sector público andaluz, debiendo velar por la legalidad y eficacia de los actos que entrañen un reconocimiento de derechos y obligaciones económicos, ingresos y pagos derivados de ellos y de las demás inversiones o recaudaciones de fondos públicos (entre otros, ayudas, avales, créditos, subvenciones) mediante la realización de auditorías de regularidad.
- b) Verificar el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos en los programas presupuestarios y en la memoria de los avales, créditos, subvenciones y demás ayudas otorgadas, a través de auditorías operativas para comprobar que las actuaciones son conformes a los principios de economía, eficiencia y eficacia.
- c) Asesorar al Parlamento de Andalucía en la materia propia de sus competencias.
- d) Examinar los contratos administrativos celebrados por los componentes del sector público comprobando en el proceso de contratación el cumplimiento de la legalidad.

Por otro lado, la CCA podrá realizar aquellas otras actuaciones que le encomiende el Tribunal de Cuentas, como la instrucción de diligencias en los procedimientos de responsabilidad contable y las actuaciones de fiscalización específicas que se le deleguen. Entre sus competencias destacar la labor de control y fiscalización de las ayudas, avales, créditos y subvenciones concedidas por el sector público. Así como, la evaluación de los sistemas de control interno insistiendo en los aspectos relativos al tratamiento de la información.

La CCA ha de materializar sus funciones “de cuya ejecución pueda formarse juicio suficiente sobre la calidad y la regularidad de la gestión económica-financiera del Sector Público Andaluz” (art. 5 LCCA). Con el marco competencial diseñado las funciones de fiscalización y control de la CCA no se limitan, exclusivamente, a la auditoría de los aspectos financieros o contables. En su función fiscalizadora se introduce una labor más vinculada a la atención a la legalidad, en el sentido de comprobar la actividad controlada y verificar su adecuación dadas las posibles consecuencias –sancionadoras- que se pudieran derivar, que irían más allá de una labor de fiscalización de cuentas. Y, todo ello sin olvidar, el interés por fiscalizar la mejora de la gestión pública. En esta dirección para lograr sus objetivos la labor de la CCA debe ser más activa, a través de auditorías de operatividad, no limitándose al control de la regularidad contable y la legalidad, alcanzando a la economía, la eficacia y la eficiencia de la gestión, (Navas, 2003: 282).

III.3. La independencia de la Cámara de Cuentas como garantía de transparencia

La independencia organizativa y operativa de las entidades de fiscalización es fundamental para garantizar la transparencia y la integridad de la gestión pública. Sin embargo, la legislación andaluza, sin ser la única, sigue siendo inadecuada para resolver algunas debilidades de la CCA en el ejercicio de sus funciones y, en concreto, por ser un medio garantista de la objetividad e imparcialidad de la actuación fiscalizadora, el desafío de la independencia de la actuación de sus miembros.

El apoyo y la promoción de la independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) se convierte en la primera de las prioridades transversales para la INTOSAI¹⁹, que centra, a lo largo del periodo 2017-2022, sus metas estratégicas en orientar a las EFS en la promoción de la rendición de cuentas, la transparencia y el buen gobierno²⁰. La garantía de la independencia se manifiesta por los propios órganos de control como una exigencia permanente en *los Encuentros Técnicos de los OCEX* celebrados cada año²¹. Si bien, la fragilidad sobre la objetividad de sus actuaciones se pone de relieve en el propio sistema de nombramiento –ausencia de criterios técnicos y profesionales previos; mínima independencia efectiva y formal; falta de limitación a la renovación del mandato- y en el régimen de limitaciones e incompatibilidades para el ejercicio de actividades profesionales y cargos, tanto con carácter previo como tras finalizar su mandato.

La previsión legal sobre las limitaciones de titulación, experiencia profesional previa y especialidad no parecen suficientes ni apropiadas para garantizar su independencia, al señalar que “serán elegidos entre personas de reconocida competencia profesional” (art. 25.1 LCCA). Estas especificaciones se recogen, de forma muy genérica “personas con titulación superior de reconocida competencia profesional y experiencia en los ámbitos de la Economía, el Derecho, la Auditoría y la Contabilidad” (art. 33.1 ROFCCA), pero sin reflejar mínimos sobre experiencia profesional y capacidad técnica acreditadas.

¹⁹ Siglas que identifican a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

²⁰ En su Plan estratégico 2017-2022, Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), p. 3. Del mismo modo, en su Plan estratégico 2019-2023 se mantiene como un desafío al afirmar que “los niveles decrecientes de independencia, especialmente en términos operativos, son tendencias alarmantes”, p. 53.

²¹ Así en el X Encuentro Técnico (2013) se indica que “Es necesario reforzar la independencia y la apariencia de independencia de los OCEX”; en el XI Encuentro Técnico (2015) se reivindica “preservar su independencia y su autonomía funcional con respecto a instancias gubernamentales, parlamentarias o de otro tipo”; y, de forma más concreta en relación con la contratación, se apunta en el XII Encuentro Técnico (2017) que “es imprescindible... la despolitización de los gestores, asesores y, en su caso, fiscalizadores y el refuerzo de la independencia de los órganos de control”.

La ley define el papel y naturaleza técnica de este órgano de control donde la presencia de partidos políticos debilita su independencia y, en ocasiones, como manifiesta (Martínez 2017: 11) los órganos de control se “distraen” de la función técnica encomendada. La independencia política en el ejercicio de las funciones de la CCA no se muestra con la dependencia efectiva y formal de sus consejeros respecto de los grupos políticos que los proponen “todos los grupos parlamentarios, con excepción del Grupo Mixto, tienen derecho, como mínimo, a que uno de los miembros elegidos proceda de su propuesta” (art. 24.1 LCCA). La falta de limitación de la renovación del mandato es otra de las carencias de la normativa andaluza que solo confirma su duración por un periodo de seis años (art. 24.1 LCCA). Acercándonos al régimen de incompatibilidades se incorpora, junta al régimen general para las actividades derivadas del desempeño de la función fiscalizadora (art. 35 ROFCCA), otro régimen, por incompatibilidades sobrevenidas en el año inmediatamente anterior al ejercicio del cargo, más simbólico que efectivo (art. 24.1 LCCA). Sin embargo, la ley actual carece de regulación sobre las incompatibilidades posteriores al mandato de los consejeros.

No hay duda de que la demanda de transparencia conlleva a fortalecer la independencia del órgano de control externo, pero para ello es necesario apostar por reformas del modelo elegido que refuercen su función fiscalizadora y su propia eficiencia²². En este sentido, la credibilidad de la función de control público de la CCA se verá reforzada, siendo práctica habitual de los OCEX, con la incorporación de limitaciones –a uno o dos periodos máximo- del mandato de los consejeros²³. En cuanto al nivel de formación de los consejeros sería viable, varias leyes de OCEX siguen este modelo, la apuesta de incorporar un triple requisito para el acceso al cargo: formación –titulación académica superior–, experiencia y reconocido prestigio profesional²⁴.

Para la mejora del régimen de las incompatibilidades son varias las medidas que podrían ser de aplicación para la CCA. Una modificación garante de independencia e idoneidad para el desempeño del cargo consistiría en la declaración de compatibilidad presentada al Parlamento²⁵; igualmente, la comparecencia de las

²² Así, la desvinculación política de los grupos parlamentarios, la limitación de mandato, la incorporación de requisitos mínimos de experiencia profesional previa y especialidad se plantean como “recomendaciones” en la *Revisión entre pares de la Cámara de Cuentas de Andalucía* (ejercicio 2016) ejecutada, de forma conjunta, por la Sindicatura de Comptes de Catalunya y la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

²³ Por ejemplo, la renovación del cargo por una sola vez se contempla en la Ley 18/2010, de 7 de junio, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña -LSCC- (art. 18.1).

²⁴ A modo de ejemplo, la Ley del Consejo de Cuentas de Galicia exige titulación académica superior, competencia reconocida y experiencia profesional -más de 12 años de ejercicio- (art. 12.2); del mismo modo se pronuncia la Ley 18/2010, de 7 de junio, de la Sindicatura de Cuentas (art. 18.2), con una exigencia de 15 años de experiencia profesional. En el resto de legislaciones autonómicas -Aragón, Castilla y León, Euskadi, Islas Baleares, Madrid y Valencia- que regulan estos requisitos se exigen un periodo mínimo de 10 años.

²⁵ La declaración de no incompatibilidad se recoge en el art. 21.1 LSCC.

personas propuestas ante una Comisión del Parlamento²⁶. Tampoco renunciar a la alternativa de la introducción de un procedimiento donde las personas que reúnen las condiciones objetivas para ser Consejero presenten una solicitud ante la Comisión competente, quién tras el examen de todas las propuestas, por último, proceda a su elección como sostiene para reforzar la transparencia (Medina 2015). Una vez designados cabría incluir la obligación de comunicar al Pleno del órgano de control cualquier situación de incompatibilidad sobrevenida²⁷. Mayor significación se presenta con las novedades y cambios que alcanzasen a los periodos previos y posteriores al ejercicio de los cargos. Por un lado, el periodo de incompatibilidades anterior al ejercicio del cargo que incluye una limitación mínima de un año podría sustituirse (art. 33.2 ROFCCA), teniendo en cuenta la duración de los procesos de fiscalización, por una limitación mayor -mínima de dos años- y más intensa para aquellos consejeros con vinculación política, sindical o empresarial -hasta seis años-²⁸.

Más allá del mandato la independencia de los órganos de control parece debilitada ante la falta de previsión de un régimen de incompatibilidades posterior. Ningún OCEX incorpora en su regulación un régimen de prohibiciones posteriores que encontramos, por el contrario, en el ámbito privado donde, para el progresivo fortalecimiento del deber de independencia, la Ley de Auditoría de Cuentas (LAC) acoge situaciones prohibidas e incompatibilidades. La LAC contempla prohibiciones posteriores a la finalización de la auditoría e identifica el periodo mínimo -dos años- en el que debe cumplirse el deber de independencia (art. 39.2.c). De esta forma la independencia debe quedar protegida y no ponerse en riesgo por compromisos, expectativas o intereses futuros que puedan comprometer la actuación objetiva de los auditores (Rubio 2016: 86).

Los cambios expuestos pretenden reforzar la independencia logrando que los consejeros actúen de forma objetiva²⁹ y, en especial, demostrar que “deben ser y parecer ser independientes” para poder ejercer la función fiscalizadora³⁰. Por ahora la ampliación de los ámbitos objetivo y subjetivo de actuación para reforzar el cumplimiento de la legalidad; la significatividad de sus recomendaciones; el

²⁶ La evaluación de la idoneidad de las personas se sujeta a su comparecencia ante comisión parlamentaria en el art. 12.6 de la Ley 8/2015, de 7 de agosto, del Consejo de Cuentas de Galicia -LCCG- (Ley de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción).

²⁷ Pauta reconocida tras la toma de posesión en el art. 19.3 y 4 del Reglamento de régimen interior del Consejo de Cuentas de Galicia.

²⁸ Como incorpora en su régimen de incompatibilidades el art. 12.2.bis.b LCCG.

²⁹ Recomendación Europea 2002/590/CE, de la Comisión de 16 de mayo de 2002 Independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales.

³⁰ Preámbulo, apartado III, de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

impulso de las auditorías operativas para evaluar la utilización de los recursos públicos con criterios de eficacia, eficiencia y economía; la necesidad de reforzar sus competencias de vigilancia de la utilización de los recursos públicos para la prevención y lucha contra la corrupción son todavía algunas de las mejoras pendientes alrededor de la labor fiscalizadora de la CCA.

III.4. La planificación y control de la transparencia

Para abordar su labor fiscalizadora y evaluar la eficacia y eficiencia de sus actuaciones los OCEX cuentan con una herramienta imprescindible introducida en nuestro ordenamiento, poco a poco como obligación, la planificación, con la que se está consiguiendo que los órganos de gestión asuman una posición más activa alejada de “lo burocrático” en el ejercicio de sus funciones (Gimeno 2019: 6). Tras su recepción como principio general que deben respetar todas las Administraciones Públicas en su actuación la planificación se identifica, como exponentes de los nuevos criterios que han de guiar la actuación de la organización pública, con los principios de transparencia y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas³¹. En el marco de su actividad los OCEX incluyen la planificación estratégica como el marco general donde se establecen los objetivos de su función fiscalizadora, las líneas generales de su actuación para alcanzarlos y las áreas de fiscalización preferentes.

La CCA desarrolla sus competencias, como institución encargada de promover la transparencia en el destino de los fondos públicos, incrementando su actividad fiscalizadora a través de dos instrumentos de planificación: por un lado, el Plan Estratégico y, por otro lado, el Plan de Actuación.

III.4.1. El Plan Estratégico

Precisamente en esta línea de compromiso de la organización y de ejercicio de transparencia se procede a la elaboración de un Plan Estratégico (2012-2017) por parte de la CCA, con el que se pretende el desarrollo de las funciones que tiene encomendadas y de acciones encaminadas al aprovechamiento de nuevas oportunidades y al encuentro de nuevos desafíos³². La CCA presenta en el Plan Estratégico las líneas de actuación para el cumplimiento de su misión,

³¹ Desde la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público la figura de la planificación estratégica se prevé de forma generalizada, precisamente en el ámbito de la transparencia, en las leyes de Transparencia. En Andalucía se menciona expresamente la planificación de cada Consejería de las acciones que va a desarrollar en materia de transparencia (art. 42 Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía).

³² Un papel encomendado al Plan Estratégico por el Tribunal de Cuentas en su *Plan estratégico 2018-2021. Objetivos estratégicos, objetivos específicos y medidas*, 2018, p. 3.

diferenciando objetivos vinculados a su actividad de vigilancia y supervisión y objetivos unidos a la actividad proactiva del órgano. Los objetivos ligados a la actividad de fiscalización se centran en: incrementar la actividad fiscalizadora con el impulso de auditorías y reforzando las fiscalizaciones operativas; lograr que las operaciones de fiscalización se desarrollen de forma equilibrada en el conjunto de los subsectores públicos; planificar las actuaciones dando prioridad a aquellas áreas que impliquen mayores riesgos en las actuaciones fiscalizadoras; minimizar los periodos de actividad fiscalizadora y, por último, fortalecer las relaciones externas de la propia Cámara con la sociedad.

En el ejercicio de sus funciones este órgano de control concentra parte de su actividad en formular actuaciones destinadas a evidenciar la transparencia como criterio de actuación, en concreto: Promover la transparencia en el destino de los fondos públicos proporcionando conocimiento, instrumentos y herramientas que favorezcan la mejora de la gestión pública; Reforzar el compromiso de la CCA con la transparencia en su actuación y en su gestión realizando una auditoría externa e independiente de las cuentas anuales del ejercicio.

III.4.2. El Plan de Actuación

La fiscalización por la CCA del principio de transparencia se fundamenta en la exigencia de publicar, de forma periódica y actualizada, información cuyo conocimiento sea relevante para garantizarla (art. 5 y ss. LTAIBG y art. 9 y ss. LTPA). La CCA aprueba anualmente, como función principal del Pleno, un Plan de Actuaciones en el que se recoge la previsión de las fiscalizaciones que se realizarán en cada ejercicio, sin perjuicio de las oportunas modificaciones que se puedan aprobar (art. 5 LCCA). El resultado de la actividad fiscalizadora de la CCA se exterioriza a través de informes anuales o especiales que se remitirán al Parlamento de Andalucía y al Tribunal de Cuentas y se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (art. 12.1 LCCA).

Desde su implantación la CCA ha incluido en los Planes de Actuación informes de fiscalización vinculados con la transparencia y la actividad de publicidad y comunicación institucional, principalmente, en el ámbito local. Y es que la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía reconoce el principio de publicidad activa en el ámbito de las Corporaciones Locales indicando el deber de publicar determinada información en sus sedes electrónicas o en la respectiva diputación provincial (art. 54.1). La responsabilidad de las entidades locales respecto al principio de transparencia es así en tanto en cuanto estas entidades “*deben publicar de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada la información pública cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación por parte de*

la ciudadanía y de la sociedad en general y favorecer la participación ciudadana en la misma” (art. 9.1 LTPA). En este sentido, “adoptarán las medidas oportunas para asegurar la difusión de la información pública y su puesta a disposición de la ciudadanía de la manera más amplia y sistemática posible” (art. 9.1. LTPA).

Los primeros Planes de Actuación de 2014 y 2015 diseñados por la CCA realizan controles a la actividad de publicidad y comunicación institucional desarrollada por los municipios; en el Plan de 2014 la fiscalización recae sobre los municipios de 50.000 a 100.000 habitantes y en el Plan de 2015 respecto de los comprendidos entre 75.000 a 100.000 habitantes. Los Planes de Actuación de 2016 y 2018 identifican informes sobre la transparencia de las entidades municipales, concretamente se incluyen informes relativos a municipios de 20.000 a 50.000 habitantes³³. De igual forma, la transparencia es protagonista de los informes de control practicados a nivel provincial en los Planes de actuación de 2017 y 2019, donde la transparencia de las Diputaciones provinciales es objeto de fiscalización³⁴.

El ámbito de aplicación de los Planes de Actuación se configura en distintos escenarios para el ejercicio de la función fiscalizadora por la CCA. De un lado, se recurre a las auditorías de legalidad para verificar el cumplimiento de la transparencia, en su esfera de publicidad activa, por los municipios, del mismo modo para determinar si las Diputaciones provinciales cumple o no. Paralelamente se practica una auditoría operativa de los sistemas y procedimientos seguidos para la prestación por las entidades provinciales de asistencia técnica a los municipios de la provincia, en especial a los de menor capacidad económica y de gestión, para el cumplimiento de la transparencia en dicha vertiente de publicidad activa [art. 36.1.b) LBRL]. Tanto unas como otras auditorías se plantean con el objetivo de obtener evidencias sobre la presencia de incumplimientos relevantes de las obligaciones legales de transparencia o de incorrecciones materiales. En todo caso, las auditorías de legalidad y operativas se harán efectivas de conformidad con los principios fundamentales de fiscalización de las Instituciones Públicas de Control Externo³⁵.

Los objetivos de fiscalización de los informes anuales son, en función de la diversidad de responsables, distintos. Si nos referimos a los municipios se identifica

³³ En el Plan de Actuación de 2016 se auditaron los municipios de Conil de la Frontera (Cádiz), Puente Genil (Córdoba), Almuñécar (Granada), Ronda (Málaga) y Écija (Sevilla) y, en 2018, los municipios de Barbate (Cádiz), Loja (Granada), Isla Cristina (Huelva), Antequera (Málaga) y Tomares (Sevilla).

³⁴ En el Plan de Actuación de 2017 se audita la Diputación Provincial de Huelva y, en 2019, la Diputación Provincial de Almería.

³⁵ Así, con las ISSAI-ES 100 “Principios fundamentales de fiscalización del sector público”, ISSAI-ES 400 “Principios fundamentales de la fiscalización de cumplimiento”, ISSAI-ES 4000 “Directrices para la fiscalización de cumplimiento” y la Guía práctica de fiscalización GPF-OCEX 4001 “Las fiscalizaciones de cumplimiento de la legalidad y modelos de informes”.

un solo objetivo general, sin distinción por razón del número de población, que se sintetiza en el análisis del cumplimiento del principio de transparencia (publicidad activa y derecho de acceso). Mientras que los objetivos ligados a las instituciones provinciales son más exigentes, abarcando el incumplimiento de las normas relativas a la transparencia, al entorno tecnológico y a la salvaguarda de la información y, además, se añade el control interno y los sistemas de información que gestionan los Portales de Transparencia y los procedimientos para la prestación de asistencia técnica a los municipios. Precisamente para cumplir con la amplitud de objetivos perseguidos la CCA agrupa los indicadores de transparencia que se exijan a las Corporaciones Locales de Andalucía según los bloques de información -Información institucional y organizativa; información sobre altos cargos y personas que ejerzan la máxima responsabilidad; información sobre planificación y evaluación; información de relevancia jurídica; información sobre procedimientos, cartas de servicio y participación ciudadana; información sobre contratos, convenios y subvenciones; información económica, financiera y presupuestaria- previstos en los arts. 10 a 16 LTPA.

III.5. El informe de fiscalización de su actividad de control

La CCA como entidad fiscalizadora superior tiene encomendada la misión de velar por la buena gestión de los fondos públicos de Andalucía, proporcionando al Parlamento, a las entidades fiscalizadas y a la ciudadanía, informes de control externo sobre la gestión de los fondos que contribuyan a mejorar el funcionamiento de las administraciones. El control externo del cumplimiento de la transparencia finaliza, practicadas las auditorías correspondientes, con la elaboración de un informe de fiscalización por la CCA donde expresará la opinión sobre los incumplimientos o no de la normativa y los procedimientos aplicados al principio de transparencia. En los casos de ausencia total de publicación se considerarán como incumplimientos significativos y, en consecuencia, su tratamiento será considerado como denegación de la opinión. Del mismo modo ocurrirá ante la ausencia de publicación de los requerimientos efectuados por el Consejo de Transparencia de Andalucía. Hasta la fecha la obligación de emisión de opinión se ha practicado en dos ámbitos; uno, sobre la adecuación de los sistemas y procedimientos utilizados por los municipios andaluces y, otro, por las entidades provinciales para que los municipios puedan cumplir con la normativa de transparencia.

La finalidad del informe no es establecer un ranking o clasificación entre las entidades fiscalizadas, porque el control externo no puede puntuar el grado de cumplimiento (Benítez 2018:19), sino precisamente verificar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por las entidades designadas. Concretamente los informes no realizan un seguimiento completo de la totalidad de entes

que integran la administración local, sino que se centran exclusivamente en las entidades sujetas a la fiscalización externa. Tampoco el informe cierra el proceso de fiscalización, sino que permite, con la aportación de un apartado de recomendaciones, un seguimiento para verificar, a lo largo de varios ejercicios, si las entidades implicadas mejoran en su cumplimiento de publicidad activa.

En los informes de fiscalización practicados se comprueba un elevado grado de observancia por las entidades locales, siendo la ausencia de información institucional y organizativa –agendas, declaración de bienes, gastos de publicidad, acceso a través de internet a sesiones plenarias, etc.- el incumplimiento más significativo. No obstante, el punto más relevante del informe está vinculado a la recomendación sobre las ordenanzas municipales y, de forma especial, a su revisión, adaptación y cumplimiento. En la fiscalización sobre la publicidad activa de las entidades provinciales y, en concreto, sobre sus sistemas y procedimientos para que los municipios de la provincia puedan cumplir con la normativa de transparencia, los informes son muy significativos. En los dos ámbitos se revela un interés por cumplir indicadores de organizaciones con repercusión mediática relevante, más que por implantar, cumpliendo las exigencias legales, una cultura de la transparencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENÍTEZ PALMA, E. (2018), “La fiscalización del cumplimiento del principio de transparencia en la Administración pública: la experiencia de la Cámara de Cuentas de Andalucía”, *Auditoría Pública* nº 72, pp. 26-17.

CORONA MARTÍN, R. M., (2004), “La nueva Ley General Presupuestaria y el Tribunal de Cuentas”, *Revista Española de Control Externo*, nº 18, Madrid.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2015), “La publicidad activa”, en Fernández Ramos (coord.), *Estudios sobre la ley de transparencia pública de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 55-193.

GIMENO FELIU, J. M. (2019), “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 9, pp. 1-17.

GENARO MOYA, M^a D., (2016), “Consideraciones en torno a la fiscalización operativa o de gestión”, *Revista Española de Control Externo*, nº 53, Madrid, pp. 11-37.

MARTÍNEZ DE LAGRAN LARRAURI, A. (2017), “Naturaleza jurídica de la labor fiscalizadora y competencias de los OCEX frente a la corrupción”, Comunicación presentada en los XII Encuentros Técnicos. VII Foro Tecnológico OCEX, organizada por la Sindicatura de Cuentas de Catalunya.
<http://www.sindicatura.cat/es/web/encuentros/comunicaciones/grup4>

MEDINA GUIJARRO, J., (2015), “Consideraciones sobre el modelo de control externo del gasto público en España», Conferencia pronunciada en el *Curso sobre el Tribunal de Cuentas. Funciones de fiscalización y enjuiciamiento*” en la Universidad de Salamanca. <https://fiscalizacion.es/2015/07/06/consideraciones-sobre-el-modelo-de-control-externo-del-gasto-publico-en-espana/> (última consulta: 2021/08/27).

MONTESINOS JULVE, V., (1999), “Nuevos retos para la fiscalización de las entidades públicas”, *Auditoría Pública*, Extra, pp. 47-57.

NAVAS VÁZQUEZ, R., (2003), “La Cámara de Cuentas de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº extra 1, pp. 265-282.

OCEX., (2015), “Retos institucionales de los OCEX en la era de la estabilidad presupuestaria” Conclusiones de los XI Encuentros Técnicos y del VI Foro Tecnológico de los OCEX, *Boletín OCEX*, pp. 1-16.

RUBIO HERRERA, E., (2016), “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa”, *Revista Española de Control Externo*, nº 52, pp. 59-101.

VILA Y VILA, J., (2013), “Determinantes de la transparencia contable de los municipios”, *Auditoría Pública*, nº 60, pp. 57-64.

VÍÑAS XIFRA, J., (2018), “La transparencia y el control en el sector público: ¿hacia un cambio en la auditoría pública local?”, *Auditoría Pública*, nº 71, pp. 33-40.

LA LEY DE TRANSPARENCIA PÚBLICA DE ANDALUCÍA, LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS Y SU REVISIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL

Concepción Barrero Rodríguez y Emilio Guichot Reina¹

I. CUESTIONES GENERALES

Este trabajo tiene por objeto el examen del derecho acceso a la información en Andalucía, regulado en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Bueno Gobierno (LTAIPBG) y en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA), prestando especial atención a las resoluciones del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPD), cuya doctrina ha resultado fundamental para la comprensión e implantación de este derecho. También daremos cuenta de los pronunciamientos judiciales que, de manera creciente, resuelven recursos interpuestos frente a resoluciones del CTPD en términos que, por lo general, han sido favorables a sus pronunciamientos.

¹ Catedráticos de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. ORCID 000-0002-5500-8662 y 0000-0001-8945-4604, respectivamente barrero@us.es, eguichot@us.es

Trabajo realizado, en colaboración con el Proyecto que lidera el presente volumen, en el marco de los Proyectos de investigación “Observatorio de la Transparencia”, DER2017-88456-P y “Nuevos retos de la contratación pública: transparencia y compromiso social y ambiental”, US-1262172 y del Grupo de Investigación SEJ-193: “Transparencia y Sostenibilidad de la acción administrativa”. Los autores expresan su agradecimiento a Rebeca Oviedo Moreno por su apoyo en la documentación, realizado con ocasión del disfrute de un contrato en prácticas asociado al primero de los proyectos citados.

Los epígrafes 2, 3, 5 y 6 han sido redactados por Concepción Barrero Rodríguez y los epígrafes 1, 4 y 7 por Emilio Guichot Reina. El presente trabajo es una síntesis de la monografía GUICHOT REINA, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2022.

1.1. Naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública

Como es sabido, el legislador estatal no se decidió a enraizar el derecho de acceso en la libertad de información del artículo 20 CE, lo que nos parece una opción jurídica equivocada por argumentos que hemos desarrollado en otros trabajos². El CTPDA, pese a estar condicionado por este pie quebrado, ha sido contundente en su afirmación de la importancia de este derecho, subrayando, en un examen que bebe con una notable erudición de la jurisprudencia del TEDH, la íntima conexión del derecho de acceso con la libertad de información y la necesidad de ponderar, en plano de igualdad, el derecho de acceso con otros bienes constitucionales y derechos en conflicto, en algunos casos fundamentales como el derecho a la protección de datos³; o, directamente, su identificación con la libertad de información en el caso de solicitudes presentadas por periodistas, con base en esta misma jurisprudencia⁴.

1.2. La publicidad activa y su relación con el derecho de acceso a la información pública

Como es sabido, la LTPA, al igual que hiciera la LTAIPBG y yendo más allá, contempla todo un catálogo de materias sujetas a publicidad activa, esto es, en portales de transparencia o páginas webs de los respectivos sujetos obligados. Sin entrar aquí en el elenco, sí conviene subrayar algunas ideas claves sobre las relaciones entre publicidad activa y derecho de acceso.

El CTPDA ha seguido los mismos principios desarrollados por el CTBG, que ha dedicado al tema un Criterio interpretativo, el 9/2015. Además, pone de relieve el hecho de que el que una materia esté sometida a publicidad activa no impide que se solicite la información a través del derecho de acceso, derecho que por lo demás no se limita a aquellos extremos de la referida materia sometidos a publicidad obligatoria sino que se extiende a cualesquiera otros. En muchos casos, se solicita, de hecho, información que debía estar publicada, pero no lo está, en incumplimiento de la LTPA, y el CTPDA procede a estimar la pretensión reconociendo el derecho de acceso⁵. Eso sí, lo que no cabe a través de la reclamación es pretender el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, esto que, solicitar que se publique en el portal; para luchar contra estos incumplimientos, la LTPA, a diferencia de la LTBG y de otras leyes autonómicas, tiene un cauce específico, que ha resultado muy utilizado⁶: el de la denuncia prevista en su artículo 23⁷.

² Por todos, recientemente, en “Cuestiones generales”, en GUICHOT. E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 66-93.

³ Desde la R 42/2016.

⁴ Desde la R 10/2017.

⁵ Por todas, por primera vez, R 10/2016.

⁶ En el período 2016 a 2020, se tramitaron un total de 728 denuncias.

⁷ R 193/2020.

Fuera de esos ítems de información de publicidad obligatoria, como es sabido, tanto la LTBG como la LTPA previeron como principio general la publicidad de la información que se juzgue más relevante para la ciudadanía. La LTPA, además, dispone que “se fomentará la inclusión de cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía” y, “en este sentido, deberá incluirse aquella información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia” y que “sin perjuicio de lo anterior, la Administración de la Junta de Andalucía publicará, en la medida en que las posibilidades técnicas y jurídicas lo permitan, toda la información que se haya facilitado en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública”⁸. Al respecto, el CTPDA ha aclarado que no cabe exigir en una reclamación la inclusión en el portal de transparencia de información no expresamente contemplada como de publicidad activa obligatoria, si bien ha recordado los principios antes consignados⁹.

II. ÁMBITO SUBJETIVO: QUIENES PUEDEN EJERCER EL DERECHO Y ANTE QUIENES

Los artículos 12 de la LTAIPBG y 24 de la LTPA reconocen el derecho de acceso a “todas las personas”. Estamos pues ante un derecho, como suele repetir el CTPDA, “de titularidad universal” para cuyo ejercicio “no se precisa ostentar ningún interés cualificado”, pues “la legislación reguladora de la transparencia no exige que se motive la solicitud, según se expresa en términos inequívocos el art. 17.3 LTAIBG”¹⁰.

El derecho podrá ejercitarse ante el conjunto de sujetos a los que el artículo 3 de la LTPA extiende su “ámbito subjetivo de aplicación”: la Administración autonómica y corporaciones locales andaluzas, así como las entidades vinculadas o dependientes de ellas y las Universidades públicas de nuestra Comunidad, incluyendo sus “entidades instrumentales”¹¹. También, y así ha sido reconocido, como no podía ser de otra manera, por el CTPDA¹², a las sociedades mercantiles “en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100” y “las demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los apartados anteriores, en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la

⁸ Artículo 17.

⁹ R 64/2016.

¹⁰ RR 272/2019 o 23/2020, como exponentes de otras muchas en el mismo sentido.

¹¹ Artículo 3.a), b), c), d), e), f).

¹² RR, por ejemplo, 32/2016, 105/2016, 112/2017 o 64/2019.

Junta de Andalucía, a las que hace referencia el artículo 5.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía¹³; las fundaciones del sector público¹⁴, y “las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo”¹⁵.

La LTPA, al igual que la disposición estatal, es aplicable además a otros sujetos diversos en la medida en que ejerzan una función pública o actúen en aplicación del Derecho Administrativo. Así ocurre con “las corporaciones de derecho público andaluzas y entidades asimilables, como federaciones y clubes deportivos”. Contamos ya con una importante doctrina del CTPDA que, en relación con diversas corporaciones, ha concretado esa actividad que, por estar sujeta al Derecho Administrativo, queda incluida en el ámbito de aplicación de la LTPA. Así, y en relación con los Colegios profesionales, ha entendido amparadas por la norma peticiones de información sobre sus procesos electorales¹⁶ -interpretación ya respaldada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma¹⁷-, el visado colegial¹⁸, y las actas de sus órganos en relación con los acuerdos dictados en aplicación de esa rama del Derecho¹⁹, lo que, igualmente, cuenta ya con el aval judicial²⁰. Por el contrario, ha considerado al margen de la LTPA solicitudes relativas a la selección de puestos de trabajo reguladas por el Derecho laboral²¹, la información presupuestaria de los Colegios²², o aquella en la que el solicitante pretendía que se le facilitase “la contabilidad completa (apuntes contables, cuenta mayor, ingresos y gastos) de los años 2014 al 2017” del Colegio en cuestión²³. También ha tenido

¹³ Artículo 3.1.g) y l). Cabe notar que quedan fuera de su ámbito de aplicación las sociedades con representación directa o indirecta de una Administración local y, en general, las controladas por una Administración por una vía que no sea la de la titularidad del capital o la representación. Por el contrario, se incluyen en su ámbito no solo las entidades que desarrollan cometidos públicos, sino también las que ejercen una actividad puramente industrial o mercantil.

¹⁴ En términos del artículo 3.1.j) de la LTPA: “las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones dependientes de las entidades contempladas en este artículo. En todo caso, las fundaciones del sector público andaluz del artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y las fundaciones públicas locales del artículo 40 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, o normativa que las sustituya”.

¹⁵ Artículo 3.1.k) que incluye expresamente a “los órganos de cooperación a los que se refiere el artículo 5 de la Ley 30/1992”, referencia que hoy ha de entenderse efectuada a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público, esto es, las Comisiones bilaterales y Conferencias sectoriales entre Estado y Comunidades Autónomas.

¹⁶ RR 85/2019, 90/2019, 91/2019, 92/2019, 93/2019, 94/2019, 95/2019, 114/2019, 272/2019 y 37/2020.

¹⁷ Sentencias de 2 de diciembre de 2020 (recurso de apelación 1218/2020) y de 8 de enero de 2021 (recurso de apelación 1475/2020).

¹⁸ R 265/2019.

¹⁹ RR 127/2020, 128/2020 y 129/2020.

²⁰ Sentencia 97/2021, de 18 de mayo de 2021, dictada por el JCA n.º 7 de Sevilla en el recurso interpuesto contra la R 127/2020.

²¹ RR 329/2018 y 330/2018.

²² R 31/2016.

²³ RR 130/2020 y 131/2020.

oportunidad de deslindar las materias sobre las que han de ofrecer información las Cofradías de pescadores, situando, entre estas, “tanto los presupuestos como las cuentas anuales”, aunque no “las cuestiones de personal relativas a retribuciones, acreditación de gastos de viajes y kilometrajes, así como la información derivada del Impuesto de Sociedades o del Impuesto del Valor Añadido”²⁴. Finalmente, ha de dejado establecido que las Federaciones deportivas han de ofrecer la información sobre “los procesos electorales”²⁵, su “actividad subvencional”, “los contratos y convenios celebrados con la Administración” a excepción de los “de naturaleza privada”, las auditorias que se les realicen como “presupuesto de hecho necesario para la recepción de subvenciones y ayudas públicas”, pero no aquellas otras que se les hagan “en su condición de ente de naturaleza privada”, el “Código de Buen Gobierno de la Federación”, la información institucional y organizativa y “los actos o acuerdos de aprobación” de “los presupuestos y cuentas anuales”, no considerándose, sin embargo, como “actos adoptados en ejercicio de funciones públicas los relacionados genéricamente con la gestión ordinaria del gasto ni tampoco los concernientes a las retribuciones solicitadas”²⁶.

El sometimiento a la LTPA “en el ejercicio de sus funciones de carácter administrativo” es, igualmente, el criterio, reproducción del previsto en la norma estatal, acogido por su artículo 3.2 para incorporar a su ámbito al “Parlamento de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz y la Cámara de Cuentas de Andalucía [...], sin perjuicio de lo que establezca el Parlamento de Andalucía en ejercicio de la autonomía que le garantiza el artículo 102 del Estatuto de Autonomía para Andalucía”. Aunque la concreción de esa actividad exige el examen pormenorizado del ordenamiento propio de cada una de esas instancias, puede decirse que son las materias de personal, gestión patrimonial y contratación las que concentran la mayoría de esos actos atribuidos además en su control a la jurisdicción contencioso-administrativa por el artículo 1.3.a) y b) de la Ley reguladora de esta jurisdicción. El problema, como hemos desarrollado en otro lugar, es que no siempre esa actividad auxiliar a la función propia de cada de esas instancias se desarrolla conforme a normas de Derecho Administrativo, de ahí que la regla escogida no sea, quizás, la más adecuada. Una regla, además, que suscita dudas sobre su extensión a los actos de gestión y control del gasto. No obstante, y en la medida en que insertos en esa actividad materialmente administrativa desarrollada bajo el principio de legalidad

²⁴ R 119/2007, confirmada por la Sentencia 131/2019, de 4 de septiembre, del JCA n.º 11 de Sevilla, que lo es, a su vez, por la STSJA (recurso de apelación 2611/2019).

²⁵ R 106/2017.

²⁶ R 201/2020.

presupuestaria, no se aprecia ningún inconveniente para considerarlos incluidos dentro de esas “actividades sujetas a Derecho Administrativo”²⁷.

III. EL OBJETO DEL DERECHO

El objeto del derecho de acceso es, como disponen los artículos 13 y 24 de las Leyes estatal y autonómica, respectivamente, la “información pública”, que la norma andaluza define en su artículo 2.a), en términos igualmente coincidentes con los de la disposición estatal, como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Cabe notar, ante todo, que estas disposiciones han “extendido el derecho a saber de la ciudadanía más allá del tradicional concepto de documento, como elemento físico tangible, asumiendo un contenido más amplio en el que tiene cabida la información que contengan las bases de datos o sistemas de información de los organismos y entidades incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTPA”²⁸. Igualmente, debe significarse que el acceso se reconoce a la información elaborada o adquirida “en el ejercicio de sus funciones” por alguno de esos sujetos, sin que sea requisito necesario su integración en un procedimiento administrativo, ni tampoco, de concurrir esta circunstancia, que el procedimiento haya concluido, si bien en estos supuestos, y tratándose de interesados, el acceso deberá efectuarse de conformidad con lo establecido en la LPAC en cumplimiento de las disposiciones adicionales 1.1 de la LTAIPBG y 4.1 de la LTPA. Lo relevante, en cualquier caso, es que se trate de información en poder de cualquiera de esos sujetos en el momento de la solicitud, de información existente, de ahí que deban considerarse “extramuros de la LTPA” aquellas peticiones con las que “no se pretende tener acceso a un determinado documento o contenido que previamente obre en poder del órgano reclamado”²⁹, como ocurre, en uno de los ejemplos más característicos en la doctrina del CTPDA, con la solicitud de expedición de certificados³⁰. Resulta además indiferente la fecha en la que la información ha sido elaborada o adquirida, pues de la legislación de transparencia no cabe “inferir ninguna restricción del derecho de acceso de orden temporal que opere hacia el pasado”³¹. También, y

²⁷ GUICHOT. E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, op. cit., págs. 146-150.

²⁸ En términos de la R 151/2019.

²⁹ R 37/2017, expresiva de otras muchas en el mismo sentido.

³⁰ R 208/2021, que sigue la línea mantenida por el Consejo desde sus primeras resoluciones

³¹ Así lo sostuvo ya el CTPDA en su R 64/2016 en un criterio que ha mantenido en otras posteriores –entre otras, RR 108/2018, 142/2018, 126/2019 y 330/2019–, que comparte con otras autoridades de control y que

de otra parte, el consejo tiene establecido que no “le corresponde revisar si una determinada información debería o no existir, ni enjuiciar la corrección jurídica de la eventual carencia de la misma”, resultando, igualmente, irrelevante “la valoración particular que dicha inexistencia pueda merecer al reclamante”³². Finalmente, y como ya hemos indicado, el hecho de que determinada información forme parte de las obligaciones de publicidad activa impuestas por las Leyes Transparencia no las excluye del derecho de acceso a la información.

IV. LÍMITES

La LTAIPBG establece una regulación de los límites al derecho de acceso, que hemos analizado en profundidad en otros trabajos³³. La LTPA remite a ella, con la precisión –por lo demás, solo aclaratoria de lo que ya deriva, de suyo, del propio principio de interpretación restrictiva de los límites al derecho– de que “las limitaciones al derecho de acceso sólo serán de aplicación durante el período de tiempo determinado por las leyes o en tanto se mantenga la razón que las justifique”³⁴.

A continuación, analizamos cuál ha sido la doctrina del CTPDA en relación con los aspectos generales, así como con cada grupo de límites en particular.

IV.1 Aspectos generales

El CTPDA se ha inspirado expresamente en el Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio, adoptado por el CTBG, en relación con la interpretación general de la aplicación de los límites al derecho de acceso. Con carácter general, señala que, para analizar la concurrencia o no de cualquiera de los límites, ha de operarse mediante un proceso argumentativo que se despliega en tres fases o momentos sucesivos. En primer lugar, ha de constatarse que la información solicitada incide en la materia definitoria del límite en cuestión; en segundo lugar, debe identificarse el riesgo de un perjuicio “concreto, definido y evaluable” en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentarse la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada; y finalmente, una vez superado este test, aún ha de determinarse, atendiendo a las circunstancias

ha sido avalado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de marzo de 2020 (600/2018).

³² Entre las más recientes, RR 44/2021, 60/2021, 78/2021 o 95/2021.

³³ Por todos, recientemente en “Límites”, en GUICHOT. E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, op. cit., págs. 175-513.

³⁴ Artículos 25 a 27.

concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información³⁵.

Las resoluciones del CTPDA que analizan la concurrencia de los límites siguen de forma expresa como criterio interpretativo las pautas que aporta la Memoria Explicativa del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 18 de junio de 2009 (CEADO), “cuya influencia en la conformación del sistema de límites establecido en el artículo 14 LTAIBG está fuera de toda duda³⁶ y, en ocasiones, de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea³⁷.”

IV.2. Límites conectados con el interés público: seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, política económica y monetaria, medio ambiente

Habida cuenta de la naturaleza de las competencias de la Administración autonómica y local y de las entidades de ellas dependientes, este tipo de límites ha tenido poco juego en la doctrina del CTPDA. Las pocas resoluciones que lo abordan se refieren todas ellas al límite relativo a la seguridad pública. En ellas, el CTPDA ha partido de un concepto de seguridad pública que integra la protección de la seguridad de las autoridades públicas y la actuación de la policía local³⁸.

IV.3. Límites que protegen la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales

Una serie de límites se relacionan con el acceso a la información referida a procedimientos en los que la autoridad pública aún no ha adoptado una decisión o, incluso, en los que la decisión ya ha sido adoptada, pero respecto a los que se reputa que el conocimiento público de la información puede condicionar procedimientos futuros. Agrupamos aquí los acogidos en las letras e), f), g) y k) del artículo 14.1 LTAIPBG, que están estrechamente relacionados entre sí; así, se refieren, respectivamente, a “la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”; “la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva”; “las funciones administrativas de vigilancia,

inspección y control” y “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”.

El CTPDA ha dictado diversas resoluciones en torno a estos límites.

- Así, en lo que se refiere a la “*prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios*”, considera que es de aplicación respecto del acceso a información que la Administración ha remitido a la Fiscalía ante la existencia de indicios criminales y es objeto de diligencias³⁹, circunstancia que aprecia incluso cuando el límite alegado por la Administración no es ese sino, erróneamente, el relativo a “la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva”⁴⁰.
- En cuanto a la “*igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva*”, en línea con la Memoria explicativa del CEADO, considera que este límite “está llamado a operar esencialmente respecto de los documentos generados específicamente con ocasión del procedimiento judicial de que se trate”, de modo que la apreciación ha sido, pues, restrictiva⁴¹ y solo cuando lo solicitado ha sido precisamente un documento elaborado *ad hoc* para su presentación en un proceso judicial ha entendido que concurrían los presupuestos de aplicación de este límite⁴².
- En lo que hace a las “*funciones administrativas de vigilancia, inspección y control*”, se le ha planteado si cabe acceder a las actas de inspección de actividades que dieron origen a sanciones y medidas de suspensión de actividades, y la respuesta ha sido afirmativa, al no apreciarse que con ello se produzca un perjuicio a este límite, si bien recuerda que hay dar trámite de audiencia a los afectados⁴³; o a las actas de un consejo escolar, con la misma respuesta positiva⁴⁴, observando que, en definitiva, si se trata de procedimientos ya concluidos, ésa es la regla general.
- Respecto de “*la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión*”, ha interpretado que no concurre este límite cuando se pretende acceder a información, no sobre un concreto y singular proceso de toma de decisión, sino sobre los criterios generales adoptados por la Administración⁴⁵, límite por lo demás que no debe confundirse con la protección de los intereses económicos y comerciales, confusión a la que podría llegarse en los casos en que

³⁵ Por primera vez, en R 81/2016.

³⁶ Por todas, R 3/2017.

³⁷ Así, p. ej., R 414/2018.

³⁸ Así, RR 3/2017, 34/2019, 35/2019 y 36/2019.

³⁹ RR 89/2016, 376/2018, 424/2018 y 57/2020.

⁴⁰ Así, RR 38/2019 y 215/2020.

⁴¹ RR 31/2017, 1/2019, 38/2019 y 207/2019.

⁴² R 209/2019,

⁴³ R 300/2020.

⁴⁴ R 31/2017.

⁴⁵ R 3/2017.

la normativa aplicable los proteja a través del reconocimiento de una garantía de la confidencialidad de la información aportada y en poder de la Administración⁴⁶.

IV.4. Límites conectados con la protección de derechos e intereses de contenido económico

La LTAIPBG se refiere a la categoría de la que tratamos como dos límites diferentes: los intereses económicos y comerciales (letra h) y el secreto profesional o la propiedad intelectual e industrial (letra j). En realidad, como se verá, las decisiones singulares muestran que la distinción es a veces más teórica que real.

- En lo que hace a “*los intereses económicos y comerciales*”, el CTPDA ha aclarado que pueden referirse tanto a los intereses de la concreta institución a la que se solicita la información, como a los intereses del sector privado, en este caso, dando trámite de alegaciones antes de decidir (salvo que conste ya de forma inequívoca su oposición y, aun en este caso, considera conveniente llevar a cabo dicho trámite⁴⁷). También este límite requiere la motivación –en este caso, por el afectado, al que ha de darse audiencia– del posible perjuicio derivado de la divulgación⁴⁸. El CTPDA, una vez más inspirado por la Memoria explicativa del CEADO, ha conectado este límite con el concepto de secreto comercial, y ha encontrado en el Derecho de la Unión Europea, al que posteriormente se ha adaptado el español, su definición⁴⁹. Su aplicación al caso concreto muestra una marcada voluntad de aquilatamiento en las decisiones, tanto en el test del daño como en el del interés. El ámbito más frecuente –aunque no único– en el que se ha suscitado la aplicación de este límite es el de la información relacionada con la contratación pública, normativa que prevé que los licitadores pueden declarar como confidencial la información que aportan y cuya divulgación consideran que afectaría a sus intereses económicos y comerciales. El CTPDA ha puesto en relación el límite de los intereses económicos y comerciales de la normativa sobre transparencia y la confidencialidad de la normativa de contratos y ha acudido a la doctrina acuñada por los Tribunales administrativos de recursos contractuales, entre la que destaca el principio de que no se consideran como

⁴⁶ RR 414/2018 y 143/2019.

⁴⁷ RR 42/2016, 120/2016 o 143/2019.

⁴⁸ RR 42/2016, 52/2017, 357/2019 y 351/2020. La R 42/2016 fue confirmada por la SJCA núm. 8 de Sevilla, de 21 de diciembre de 2018 (268/2018), que argumenta, en línea con la STS de 16 de octubre de 2017 (75/2017), que “[...] no basta con la mera alegación y argumentación teórica”. Objeto de apelación, la STSJ de Andalucía de 30 de junio de 2020 (596/2019, concluye que “debe desestimarse también el motivo de poder quedar afectados los intereses económicos y comerciales de la recurrente, por cuanto como se señala en la sentencia no se identifican y justifican de forma concreta la efectividad y realidad de los intereses económicos que se ven perjudicados por el acceso a la información, al margen de la afirmación genérica efectuada en el recurso”, declarando no haber lugar a tal recurso de apelación. No fue admitido el recurso de casación ante el TS (Providencia de 18 de febrero de 2021, 7019/2020).

⁴⁹ RR 120/2016, 143/2019 y 243/2019.

confidenciales los documentos que no fueron señalados como tales por los licitadores al presentar sus ofertas⁵⁰. Además, el CTPDA ha aclarado que no cabe invocar el secreto comercial para impedir el conocimiento de los pliegos contractuales⁵¹. Sí ha estimado que concurre este límite en casos como la información sobre condiciones de refinanciación de deuda empresarial, que afectaría tanto al prestatario como al prestamista, pero que, pese a ello, prevalece el interés público respecto de la información relacionada con el sujeto obligado⁵².

- Respecto del *secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial*, se trata de dos límites, en realidad, netamente diferenciados. En cuanto al secreto profesional, se refiere a determinados colectivos profesionales, y el CTPDA apenas ha tenido ocasión de analizarlo, salvo con ocasión de la solicitud de información sobre gasto total en concepto de honorarios de abogados y procuradores generados en la defensa procesal de altos cargos de la Administración autonómica, en que, por lo demás, no aprecia la existencia de perjuicio⁵³. En lo que hace a la propiedad intelectual, ha puesto de manifiesto que su protección no puede ser un obstáculo para el conocimiento por los ciudadanos de la conformidad con la legalidad de las actuaciones de terceros, y que ese conocimiento no tiene por qué suponer un perjuicio para el titular de los derechos de autor, cuando se le ha planteado respecto al contenido de una memoria incorporada a un expediente de contratación⁵⁴ o a los planos de proyectos⁵⁵. La propiedad industrial no ha sido objeto, por el momento, de ninguna resolución.

IV.5. El límite de la privacidad

IV.5.1. Alcance y normativa aplicable

Este límite se encuentra entre los más invocados a nivel estatal, y, desde luego, a nivel autonómico o local, de tal modo que las resoluciones del CTPDA que se dedican a él superan, con mucho, las que tienen por objeto la totalidad del resto de los límites.

La LTAIPBG le dedica un artículo monográfico, el 15, y lo mismo hace la LTPA, en su artículo 26, que remite a la legislación básica estatal, con una redacción por lo demás ambigua, dado que invoca tanto la normativa de transparencia como la de protección de datos, sin discriminar cuándo y en qué medida es aplicable una u otra.

⁵⁰ R 243/2019.

⁵¹ R 120/2016.

⁵² R 143/2019.

⁵³ R 1/2019.

⁵⁴ R 81/2016.

⁵⁵ R 357/2019.

En Andalucía, además, se da además la coincidencia, única en el panorama español, de confluencia en la misma Autoridad de la competencia sobre ambas materias, lo cual nos parece muy positivo a la hora de evitar conflictos en la ponderación a la que llaman estos artículos, en un ámbito como el autonómico, en el que es, con diferencia, el principal límite, y en el que tan solo preexistían a la aprobación de la LTBG dos Autoridades autonómicas en ejercicio, de modo que las demás pudieron desde el inicio haber sido creadas contemplando las dos caras y sin sesgo preexistente⁵⁶.

Lo primero que cabe puntualizar es que la protección de datos se refiere solo a personas físicas, y no a personas jurídicas, como deja claro la propia normativa de protección de datos y ha subrayado el CTPDA en múltiples ocasiones⁵⁷. Además, debe tratarse de personas físicas “identificadas o identificables”, de tal modo que, si la información no puede asociarse a una persona concreta, no entra en juego este límite⁵⁸. Debe referirse, además, a personas vivas, dado que, al ser un derecho personalísimo, se extingue con la muerte del afectado; no obstante, si se trata de datos íntimos habría que analizar si su divulgación puede afectar a la intimidad familiar, conforme a la jurisprudencia constitucional⁵⁹. Y no debe referirse a ellos en su condición de empresarios, profesionales o empleados, pues en ese caso no los considera datos personales⁶⁰.

Una cuestión de interés que se ha planteado ante el CTPDA es la de cuál sea la normativa aplicable a las solicitudes de acceso a información que contiene datos personales del propio solicitante. La precisión es tanto más importante por cuanto la normativa sobre protección de datos contempla un homónimo “derecho de acceso”. Ciertamente los presupuestos, la titularidad de este derecho, el obligado, el alcance, las condiciones de ejercicio y su garantía difieren. Sin embargo, la similitud en el nombre y el amplio desconocimiento de la normativa sobre protección de datos y, mayor aún, de la normativa sobre acceso y de sus relaciones con ella, hacía importante dilucidar esta cuestión, que no resolvió la LTAIPBG. A nuestro juicio, el principio, simple, es que rige la ley especial; esto es, a la publicidad activa y a las solicitudes de información se les aplica la LTAIPBG (o, en su caso, la respectiva ley autonómica de transparencia). Esto, además, encuentra su apoyo en la propia normativa de protección de datos, tanto en la anterior, como en la actual, si bien,

⁵⁶ Sobre este tema hemos reflexionado en varios trabajos. Por todos, y antes de la aprobación del CTBG, en GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, págs. 45 a 52.

⁵⁷ Por primera vez, en R 42/2016.

⁵⁸ Así, R 11/2017.

⁵⁹ Así, en R 121/2017.

⁶⁰ R 370/2018.

mientras que el Reglamento General de Protección de Datos es más claro⁶¹, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) apela a la aplicación de ambos bloques normativos, sin mayores precisiones⁶². Por lo demás, el entendimiento cabal ha de ser que si el solicitante de información desea acceder a la información en su integridad –incluida información que se refiere a su persona, exclusivamente o incluyendo a terceros– basta con hacerlo por los cauces de la LTAIPBG, sin invocar la normativa sobre protección de datos, como demuestra, por lo demás, la práctica de los sujetos obligados y del CTBG. Una interpretación diferente colocaría al afectado en peor posición que al resto de los posibles solicitantes⁶³. Si, por el contrario, lo que desea es ejercer el acceso a sus propios datos y conocer las posibles cesiones que se hayan podido hacer de los mismos, en aplicación de la DA1.2, se considerará que se trata de una materia que tiene su regulación específica en la normativa de protección de datos. La LTPA, en su artículo 26, no aclara tampoco la cuestión, en su apelación conjunta a lo dispuesto en la normativa de transparencia y de protección de datos. El CTPDA ha acogido los principios que antes hemos formulado.

Parte de la aplicación como ley especial de la normativa de transparencia⁶⁴, y solo cuando el interesado pide información que le concierne en exclusiva, considera que debe inadmitirse a trámite la solicitud formulada por la vía de la normativa de transparencia⁶⁵. Ahora bien, también admite que cuando el interesado pide información que se contiene en un entero expediente que le afecta, y dada la alta probabilidad de que haya en él datos de terceros y documentos sin datos personales, el cauce adecuado es precisamente el de la normativa sobre transparencia⁶⁶.

⁶¹ Artículo 86 (“Tratamiento y acceso del público a documentos oficiales”): “Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento”.

⁶² Disposición adicional segunda (“Protección de datos y transparencia y acceso a la información pública”): “La publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos de carácter personal, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”.

⁶³ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L., “Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación”, en CANALS (ed.), *Datos, protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, págs. 53-85, p. 66, y FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 198.

⁶⁴ Desde la RR 32/2016.

⁶⁵ Así, desde la R 180/2019.

⁶⁶ R 80/2020.

IV.5.2. Categorías de datos personales

Una vez determinado el ámbito de aplicación de este límite, expondremos cuáles son los criterios de ponderación que ha establecido la legislación estatal, que están en función del tipo de dato personal en juego, y cuál ha sido su interpretación por el CTPDA⁶⁷, que parte de un principio básico, pero que nunca está de más recalcar: la mera presencia de un dato personal en una información no la convierte *per se* en inaccesible, sino que es justo la *condictio sine qua non* para que entren en juego los referidos criterios de ponderación⁶⁸.

a) El acceso a categorías especiales de datos (especialmente protegidos)

La LTAIPBG estableció en su artículo 15.1 un criterio restrictivo en relación con el acceso a la información que contiene datos especialmente protegidos, con remisión expresa al artículo 7 de la entonces vigente LOPD. Posteriormente, la redacción se ha cambiado para acomodarse a la nueva LOPDGDD, eliminando la mención a los “datos especialmente protegidos” y refiriéndose directamente a ellos, en su ampliación por la mencionada Ley⁶⁹. Se puede afirmar que estas categorías especiales de datos vienen a aproximarse a las informaciones que sociológicamente son tenidas por íntimas, en directa relación con su potencial altamente condicionante de las posibilidades de libre desenvolvimiento de la personalidad sin obstáculos ni discriminaciones sociales derivados del conocimiento de esta información sensible. La regla general es la negativa de su acceso por terceros. Al respecto, el artículo 15.1 LTAIPBG, siguiendo lo dispuesto por la normativa sobre protección de datos entonces vigente, distingue entre dos tipos de datos especialmente protegidos. Por una parte, los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, para cuyo acceso se exige el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Por otra parte, los datos de origen racial, a la salud o a la vida sexual, genéticos o biométricos o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, respecto de los cuales solo puede autorizarse el acceso con consentimiento expreso del afectado o (y esta es la diferencia con la anterior categoría) si aquel estuviera amparado por una norma con rango de Ley⁷⁰.

⁶⁷ R 102/2016.

⁶⁸ RR 42/2016 y 113/2017.

⁶⁹ Artículo 15.1, en su redacción dada por la DF11 LOPDGDD.

⁷⁰ Curiosamente, no se añade el caso en que se hubieran hecho manifiestamente públicos, siendo así que, en la normativa europea, antes la Directiva de 1995 y actualmente el RGPD, de directa aplicación, esta excepción va referida a todos los datos especialmente protegidos (hoy, “categorías especiales de datos”). Por lo demás, como apuntan, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, op. cit., pág. 204, respecto de la pertinencia del acceso en el caso de datos hechos manifiestamente públicos, habrá que entender que si se admite para los datos personales más protegidos (los del art. 7.2 LOPD), con mayor razón deberá admitirse para el resto”.

El CTPDA ha aplicado estos principios en presencia de datos de ideología, creencias o afiliación sindical o política, salud⁷¹, de infracciones penales⁷², administrativas⁷³ o disciplinarias⁷⁴, a la vez que ha puesto de relieve que este tipo de datos no se encuentran en la mayoría de los expedientes administrativos⁷⁵. Si se trata de documentos que contienen datos personales “a secas” respecto de los que prevalece la transparencia y datos especialmente protegidos en los que prevalece la reserva, deben facilitarse los primeros y denegarse el acceso a los segundos⁷⁶. En todo caso, parece existir cierta ambigüedad en su práctica acerca de si el sujeto obligado debe dirigirse al afectado para recabar, en su caso, el consentimiento expreso, o basta que este no conste como acreditado para que proceda la desestimación⁷⁷.

b) El acceso a datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o actividad pública del órgano

El artículo 15.2 LTAIBG establece la regla general de que “se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”.

El precepto contiene un criterio general pero también una excepción (“salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida”), una previsión afortunada que permite modular los efectos perversos del automatismo y que entronca con la idea que está en la base de lo que en materia de protección de datos se califica “derecho de oposición”⁷⁸. Y es que en efecto puede haber casos en que la publicidad de determinada información, incluso meramente identificativa o de otro género, puede implicar para un individuo o para un colectivo, atendidas sus circunstancias especiales, un grave perjuicio (a veces, incluso, un riesgo para su vida e integridad física, como en el caso del puesto de trabajo de personas que han sido objeto de amenazas).

El CTPDA ha considerado que debe darse acceso a la identidad de las personas que ocupan puestos de trabajo en la Administración, incluido al sistema de provisión

⁷¹ RR 85/2018 y 204/2019.

⁷² R 209/2019.

⁷³ RR 123/2018 y 24/2019. Si bien ha aclarado que la resolución de contrato administrativo no tiene naturaleza sancionadora y, por tanto, no entra en esta categoría (R 81/2016).

⁷⁴ RR 269/2018 y 435/2018.

⁷⁵ Por todas, R 32/2016.

⁷⁶ Es, por ejemplo, el caso de las nóminas, que pueden contener datos de afiliación sindical o de salud (R 88/2019).

⁷⁷ Confróntense, por ejemplo, las RR 435/2018 y 24/2019.

⁷⁸ Actualmente, artículo 21 RGPD.

por el que lo hacen (interinidad o comisión de servicio⁷⁹, adscripción provisional⁸⁰) o si se trata de personal de confianza⁸¹. En todo caso, y puesto que cabe, como hemos dicho, la excepción, también ha afirmado la necesidad de dar audiencia a los afectados antes de resolver⁸². Asimismo, y en aplicación de esta misma regla, ha aclarado que no hay que ocultar en las copias de las actas la identidad de los miembros de un órgano colegiado⁸³.

c) El acceso a datos personales “ordinarios”: criterios de ponderación

Respecto del resto de datos de carácter personal, ni pertenecientes a categorías especiales ni meramente identificativos, la regla general es la ponderación entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos del afectado cuyos datos aparecen en la información solicitada, como dispone el artículo 15.3 LTAIBG. Una ponderación, como apunta el CTPDA, en pie de igualdad, dada la naturaleza constitucional de ambos derechos, uno reconocido en el artículo 18 CE y el otro en el 105.b) pero estrechamente conectado con el 20 CE⁸⁴.

El CTPDA se muestra tajante en relación con la obligada “explicitación de la ponderación” (“suficientemente razonada”, dice el precepto) como condición *sine qua non* para denegar el acceso a la información solicitada. La ausencia formal de esta ponderación puede, pues, bastar por sí misma para descartar la concurrencia del límite, máxime si dicha carencia apenas es suplida por el informe emitido en el trámite de alegaciones⁸⁵. Esta tarea de ponderación, como señala el CTPDA, “ha de acometerse sobre el siguiente presupuesto: “[...] cuando un operador jurídico afronte un eventual conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y el derecho al acceso a la información pública, no puede decantarse apriorísticamente por uno de ellos, atribuyéndole así una primacía casi automática. Antes de acordarse una precipitada realización de uno de ellos a costa del otro, debe procurarse la armonización entre los derechos que colisionan a fin de que ambos alcancen la máxima efectividad posible. Es en este sentido en el que ha de realizarse la ponderación a la que alude el artículo 15.3 LTAIBG”⁸⁶.

⁷⁹ R 67/2018.

⁸⁰ R 27/2019.

⁸¹ R 328/2018.

⁸² RR 67/2018 y 382/2020.

⁸³ RR 22/2017, 31/2017 y 312/2020.

⁸⁴ Por todas, R 108/2018. Impugnada la resolución por los Registradores, la SJCA núm. 2 de Sevilla, de 4 de marzo de 2020 (48/2020), desestima el recurso y asume la argumentación del CTPDA.

⁸⁵ RR 32/2016 y 386/2020.

⁸⁶ R 42/2016.

Algunos conflictos entre publicidad y privacidad recurrentes son los relacionados con las cualificaciones, modos de acceso, actividades, retribuciones y bienes de empleados públicos que, por razones de espacio, solo podemos aquí apuntar.

IV.5.3 La disociación y el acceso parcial

Es recurrente en la doctrina del CTPDA la llamada a la disociación –desagregar la información personal desvinculándola de la identidad de una persona, de modo que no pueda establecerse el vínculo– como forma de conciliar transparencia y protección de datos allá donde ello es posible sin merma de la finalidad del acceso⁸⁷, como también lo es la directriz de no dar más datos personales de los estrictamente necesarios para cumplir con la finalidad de transparencia perseguida⁸⁸. Ahora bien, hay que precisar que no procede la anonimización cuando se trata de datos sujetos a publicidad activa⁸⁹, o meramente identificativos⁹⁰. Tampoco debería caber cuando lo que se pide es justamente conocer la identidad, en cuyo caso la decisión debería ser, en aplicación de los criterios legales, o bien otorgar o bien denegar el acceso, pero no concederlo previa disociación, porque en realidad es una denegación encubierta que no permite obtener la información solicitada⁹¹. Otra cosa es, claro está, que se dé un acceso limitado a lo pedido, sin incluir otros datos personales excesivos innecesarios para la finalidad de transparencia⁹², muy en particular el DNI y la firma manuscrita, en línea una vez más con el CTBG y lo dispuesto en su

⁸⁷ Así, por todas, R 42/2016. La mencionada R 42/2016 opta por la disociación en el caso del número del Código universal de puntos de suministro (CUPS) y de las direcciones de correo electrónico. Fue impugnada por Endesa. En la SJCA núm. 8 de Sevilla, de 21 de diciembre (268/2018), se acoge esta misma aproximación y en la posterior STSJ de Andalucía de 30 de junio de 2020 (596/2019). No fue admitido el recurso de casación ante el TS (Providencia de 18 de febrero de 2021, 7019/2020).

⁸⁸ Así, por ejemplo, en R 90/2019. Fue impugnada y la SJCA núm. 10 de Sevilla, de 29 de enero de 2020 (22/2020), la ratificó, como también lo hizo en apelación la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2021 (1475/2020). Sobre la misma materia y con igual solución, la R 114/2019, ratificada por la STJCA núm. 1 de Sevilla de 21 de mayo de 2020 (90/2020); la R 37/2020, ratificada por SJCA núm. 13 de Sevilla, de 18 de diciembre (188/2020); o la R 127/2020, ratificada por SJCA núm. 7 de Sevilla, de 18 de mayo de 2021 (97/2021).

⁸⁹ Por todas, R 11/2018.

⁹⁰ RR 22/2017, 31/2017 y 312/2020, sobre mantenimiento en las copias de actas de la identidad de los miembros del órgano colegiado.

⁹¹ Así, en la R 179/2019, se solicita conocer el “listado y datos públicos de las autorizaciones o [...] licencias de venta ambulante” concedidas por un Ayuntamiento, y el CTPDA considera que claramente ha de concederse el acceso a la información solicitada, tomando “en consideración que los datos meramente identificativos de los titulares ya han de ser públicos *per se* por la necesaria publicación que ha de efectuarse durante el procedimiento de adjudicación; lo cual, unido al evidente interés público que conlleva para la generalidad de la ciudadanía conocer el procedimiento adjudicatorio, no puede sino llevar a estimar esta pretensión del reclamante [...]”.

⁹² Así, R 351/2018, en la que habiéndose solicitado copia de las resoluciones o acuerdos íntegros de autorización o reconocimiento de compatibilidad, el CTPDA estima la pretensión añadiendo que debe “sin embargo anonimizarse los datos de carácter personal que dichas resoluciones pudieran contener (DNI, dirección de correo postal o electrónica, teléfono, edad...), a excepción -claro está- del nombre de los empleados públicos y de las actividades para las que se autorizó la compatibilidad, que obviamente sí deben transmitirse al solicitante de la información”.

Criterio interpretativo 4/2015, de 23 de julio, sobre DNI y firma, a lo que en el caso de sujetos privados se le suma su domicilio particular⁹³.

IV.5.4. La aplicación posterior de la normativa sobre protección de datos

El apartado quinto del artículo 15 LTAIPBG prevé la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso, previsión que, aunque sea innecesaria, contribuye a reforzar la integración de ambos bloques normativos. El CTPDA, que como sabemos aúna las competencias sobre transparencia y protección de datos, apela en algunas de sus resoluciones a lo dispuesto en este apartado quinto⁹⁴. Ahora bien, no está de más recordar que dicha normativa prevé la posibilidad de tratamiento incontestado cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento o cuando el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular, cuando el interesado sea un menor, amén de la posibilidad de un régimen nacional más favorable a la comunicación de datos para conciliar la libertad de información y expresión y el derecho a la protección de datos, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria. Pues bien, la normativa de protección de datos remite a la de transparencia y acceso a la información para la garantía de ese equilibrio, establecido en las reglas examinadas contenidas en el artículo 15 LTAIPBG. Teniendo en cuenta, además, que las solicitudes de acceso no han de ser motivadas y que, en el caso de los datos personales a secas, ha de ponderarse el “interés público en la divulgación de la información” [el realce es nuestro], parece que no cabe invocar la normativa sobre protección de datos para impedir la divulgación general por el solicitante de información de la obtenida conforme a la LTAIPBG, esto es, una divulgación acorde con la finalidad de la propia LTAIPBG. En esta línea se sitúa el artículo 7.d) LTPA, que reconoce “el derecho a utilizar la información obtenida sin necesidad de autorización previa y sin más limitaciones de las que deriven de esta u otras leyes”. Lo que no cabría es un uso de la información ajeno a la finalidad de transparencia. Otros usos, como el empleo de los datos para el envío de comunicación comercial o cualesquiera otros fines ajenos a los señalados, sí pueden entenderse contrarios a la normativa de protección de datos.

⁹³ Desde la R 44/2016.

⁹⁴ Así, desde la R 66/2016.

V. EL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO

El procedimiento de acceso a la información se regula, con carácter básico, en la LTAIPBG a la que expresamente remite el artículo 28.1 de la LTPA que añade, no obstante, algunas previsiones de interés de las que iremos dejando constancia.

V.1. La solicitud de acceso. En especial, las causas de inadmisión

V.1.1. Contenido y medios de presentación

El procedimiento se inicia con la solicitud de acceso que, como dispone el artículo 17.2 de la Ley estatal, se podrá presentar “por cualquier medio que permita tener constancia de: a) La identidad del solicitante. b) La información que se solicita. c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones. d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada”. La LTPA no ofrece reglas propias sobre ninguno de estos extremos, aunque si recoge en su artículo 8, entre las obligaciones de las personas que accedan a la información pública, la de concretar “lo más precisamente posible la petición”, en tanto que en el artículo 29 fomenta la presentación de las solicitudes por vía telemática que, tratándose de la Administración autonómica, se hará en el Portal de la Junta de Andalucía. También impone en el artículo 31 a todos los sujetos sometidos a la Ley la obligación de tener “disponibles en sus respectivas sedes electrónicas, portales o páginas web, al menos, los modelos normalizados de solicitud”, ofrecer la “orientación necesaria para localizar la información que solicitan y los órganos que la posean” y “ayudar e informar a las personas que lo requieran sobre la forma y el lugar en que pueden presentar sus solicitudes de acceso a la información”, particularmente, a los colectivos con necesidades especiales.

El CTPDA, de acuerdo con lo establecido en esta normativa, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre muchos de estos extremos bajo la premisa de que “el marco normativo regulador de la transparencia está presidido por el principio antiformalista, que se traduce en la imposición de unos requisitos mínimos para dar curso a la petición del solicitante”⁹⁵. Particular atención ha de otorgarse a “la información que se solicita”, respecto de la que el consejo, con base en lo dispuesto en los artículos 17.1.b) de la LTAIPBG y 8.b) de la LTPA, no duda en manifestar que el solicitante ha de concretar “lo más precisamente posible la petición”, rechazando así aquellas peticiones que por “su vaguedad e inconcreción hacen inviable conocer qué información se está solicitando”⁹⁶, o las que pretenden “un acceso indiscriminado a toda la información existente sobre una entidad sin apuntar

⁹⁵ R 78/2016.

⁹⁶ R 81/2017

siquiera unos determinados –o determinables– documentos o contenidos objeto de la petición”⁹⁷. En definitiva, en “línea de principio, peticiones de información de naturaleza tan genérica e indeterminada no tienen cabida en la LTPA”⁹⁸, y no corresponde, además, “al órgano reclamado realizar una búsqueda sobre una información de tal naturaleza, so pena de que se vea comprometida la eficacia del funcionamiento de la entidad”⁹⁹. En clave negativa, la autoridad de control viene insistiendo, en cumplimiento del artículo 17.3 de la LTAIPBG, que “no cabe exigir motivación alguna para solicitar información pública ni la ausencia de ésta puede fundamentar la denegación del derecho de acceso”, lo que no quiere decir que el solicitante, si es su deseo, no pueda exponer los motivos que le llevan a la petición de información que “podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución”¹⁰⁰. Tampoco es necesario, de otra parte, que la solicitud indique de modo expreso que el derecho se ejercita al amparo de la LTAIPBG, pues su articulado no “prevé que haya de invocarse norma alguna en la que basar” la solicitud¹⁰¹.

En relación con la forma de presentación de la solicitud, el CTPDA reconoce, con base en el artículo 17.2 de la LTAIPBG, la libertad del solicitante para elegir el medio que estime oportuno, por lo que el sistema telemático de la Junta de Andalucía, denominado PID@, “no puede concebirse como la única y exclusiva vía” al respecto¹⁰². Caben otros medios posibles como la remisión “por conducto ordinario directamente al órgano que disponía de la información”¹⁰³ o “el Buzón para la ciudadanía del organismo” al que se dirigía la solicitud¹⁰⁴. Ha negado, sin embargo, que quepa “la presentación vía telefónica”¹⁰⁵. De otra parte, sostiene que “la ausencia de presentación” de la solicitud en un modelo normalizado no puede ser “causa que justifique no atender la petición de información”¹⁰⁶.

Si la solicitud no reúne los requisitos establecidos se pedirá al solicitante que la subsane, en el plazo de diez días, con indicación de que, de no hacerlo, “se le tendrá por desistido”, como establece el artículo 19.2 LTAIBG. La petición de subsanación determina “la suspensión del plazo para dictar resolución”. Aunque este precepto

⁹⁷ R 102/2016.

⁹⁸ R 80/2015. En la misma línea RR, entre otras, 79/2016, 46/2017, 69/2019, 23/2020 o 230/2020.

⁹⁹ R 102/2016.

¹⁰⁰ Entre las más recientes, RR 11/2018, 324/2019, 265/2019, 18/2020 o 55/2020. Así ha sido reconocido además por la Sentencia del JCA n.º 11 de Sevilla, 7/2021, de 20 de enero, en el recurso interpuesto contra la R 93/2019, o por la Sentencia del JCA n.º 7 de Sevilla, 97/2021, de 18 de mayo, dictada en relación con la R 127/2020.

¹⁰¹ RR, por ejemplo, 36/2016 o 1/2017.

¹⁰² R 120/2017.

¹⁰³ R 36/2016.

¹⁰⁴ R 120/2017.

¹⁰⁵ R 10/2017.

¹⁰⁶ R 1/2017.

se refiere específicamente al hecho de que la información objeto de la solicitud no se “identifique de forma suficiente”, existen ya pronunciamientos judiciales que manifiestan que la posibilidad de subsanación se extiende a “cualquier defecto de la solicitud de los que se recogen en el art. 17.2 de dicha Ley”¹⁰⁷, como venía entendiendo el CTPDA que siempre ha considerado aplicable la norma no solo en los casos de “inconcreción de la información”¹⁰⁸, sino también ante otras deficiencias posibles de la solicitud¹⁰⁹.

V.1.2. Las causas de inadmisión

Especial atención, en esta fase inicial del procedimiento, debe otorgarse a las causas de inadmisión que implican el rechazo de la solicitud sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Son las establecidas en el artículo 18.1 de la LTAIPBG en términos que, en algunos extremos, desarrolla la LTPA y que cuentan con una consolidada doctrina del CTPDA que, al igual que el consejo estatal y el resto de autoridades autonómicas, destaca la obligada interpretación restrictiva de la que han ser objeto¹¹⁰, y la necesidad de una exhaustiva motivación de la resolución que las aplique, pues, como tantas veces repite, “nuestro sistema de transparencia se articula en torno a la regla general de acceso a la información pública, que sólo puede ser modulada o limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permitan dicha limitación”¹¹¹. Finalmente, y en este plano general, cabe destacar el parecer del consejo en el sentido de que la causa de inadmisión ha de quedar establecida en la resolución, de tal forma que la tramitación de la reclamación no constituye “el momento procedimental oportuno” para invocarla “por vez primera”¹¹². Se trata, no obstante, de una cuestión que, como he estudiado en otro lugar, no ha dejado de suscitar, y continúa haciéndolo, dudas importantes¹¹³.

Las causas de inadmisión establecidas en el artículo 18.1 de la LTAIPBG son las siguientes:

- a) La información en curso de elaboración o publicación general

El primero de los motivos de inadmisión es el que recae sobre solicitudes que “se refieran a información que esté en curso de elaboración o publicación general”. La LTPA, en lo que el CTPDA califica como “un plus normativo sobre la regulación

¹⁰⁷ SAN de 24 de septiembre de 2018 (49/2018).

¹⁰⁸ Por ejemplo, en R 46/2017.

¹⁰⁹ Así en la R 119/2017.

¹¹⁰ Entre otras, RR 49/2016, 45/2017, 440/2018, de 14 de diciembre, 86/2019, 342/2019 o 102/2021.

¹¹¹ Por ejemplo, en RR 285/2018 o 34/2021.

¹¹² RR 103/2016 o 108/2016.

¹¹³ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información: algunas cuestiones sobre las que reflexionar”, en A. Boix y J. Castellanos (coords.), *Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 55 a 80.

básica”¹¹⁴, establece en su artículo 30.a) que “en el supuesto de que se inadmita la solicitud porque la información esté en curso de elaboración o publicación general, la denegación de información deberá especificar el órgano que elabora dicha información y el tiempo previsto para su conclusión y puesta a disposición”. Son numerosas las resoluciones en las que el consejo, atento a las características del supuesto enjuiciado, ha aceptado la concurrencia de la causa de inadmisión aplicada por una Administración, sujeto al que, por lo general, se dirigen las peticiones de acceso, al no estar concluida la información o encontrarse en trámites para su publicación¹¹⁵, o, por el contrario, ha rechazado su presencia¹¹⁶, siendo importante advertir, como nota más destacada de la interpretación de esta causa, la necesidad de no confundir el “expediente en tramitación” con la “información en curso de elaboración” porque “aunque un expediente esté en curso, puede contener información pública ya existente, la cual debe ser proporcionada, a menos que exista alguna causa que lo impida”¹¹⁷.

b) La información auxiliar o de apoyo

El artículo 18.1.b) permite la inadmisión de las solicitudes “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. El artículo 30.b) de la Ley andaluza niega que los informes preceptivos puedan ser “considerados como información de carácter auxiliar o de apoyo para justificar la inadmisión de las solicitudes referidas a los mismos”. Se trata de un motivo frecuentemente utilizado aunque de difícil aplicación ante la falta de una definición legal de la información de esta clase y la indeterminación del conjunto de documentos en los que el propio precepto la ejemplifica. El CTPDA se sirve, a la hora de decidir sobre el mismo, de la interpretación ofrecida por el Criterio Interpretativo del consejo estatal 6/2015¹¹⁸, cuyo contenido resumen sus propias resoluciones. Ya su R 48/2016, en términos que repiten otras posteriores¹¹⁹, dejaba constancia de los extremos más destacados de ese Criterio que parte del “carácter restrictivo de su aplicación, así como que lo sustantivo no es la denominación del documento (notas, borradores, opiniones, resúmenes e informes...), sino si el contenido de esa información puede considerarse como auxiliar o de apoyo”. Dando un paso más en su concreción, establece que una solicitud “podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se

¹¹⁴ RR 69/2016 o 1/2020.

¹¹⁵ Las representadas, entre otras, por las RR 69/2016, 108/2016, 1/2020, 211/2020, 370/2020 y 371/2020.

¹¹⁶ Por ejemplo, en R 26/2019.

¹¹⁷ R 56/2021 expresiva de otras en el mismo sentido.

¹¹⁸ Como puede apreciarse, entre las más recientes, en las RR 250/2020, 312/2020 y 34/2021.

¹¹⁹ Por ejemplo, RR 228/2018, 241/2018, 247/2018, 380/2018, 414/2018, 211/2019, 10/2020, 34/2020, 250/2020 o 312/2020.

den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias”: “1. Cuando contengan opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad. 2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final. 3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud 4. Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento. 5. Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final”. Con base en esta interpretación, el CTPDA reconoce que “venimos vinculando expresamente la aplicabilidad de esta causa de inadmisión con la relevancia que juega la información pretendida en el proceso de toma de decisiones de la Administración interpelada”¹²⁰, de tal forma que nunca podrá ser considerada información auxiliar la que, al margen de su denominación, el tipo de soporte en el que se encuentre o su integración o no en un procedimiento, “forma parte de la *ratio decidendi* del órgano”¹²¹. Enjuiciados desde este parámetro, son muchos los supuestos en los el CTPDA ha apreciado su concurrencia¹²², o, más frecuentemente, negado su presencia¹²³.

Una mención especial merecen, dentro de la información de esta clase, “los informes internos”, dada su importancia en la actividad administrativa y la frecuencia con la que se discute su condición de información auxiliar. El Criterio Interpretativo 6/2015, del CTBG, reconoce este carácter a los “informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final”. Ahora bien, el análisis de sus resoluciones evidencia, al igual que las del consejo andaluz, su rechazo a la causa de inadmisión no solo, y como queda reconocido en el artículo 30.b) de la LTPA, ante informes preceptivos, sino también ante otros muchos que ni cuentan con este carácter ni han quedado incorporados a la decisión final, pero que contribuyen “con toda evidencia a la intelección de la decisión finalmente adoptada por la Administración interpelada”¹²⁴, son relevantes en la conformación de la voluntad del órgano¹²⁵.

c) La información precisada de una acción de reelaboración

El artículo 18.1.c) recoge la inadmisión de solicitudes “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”. El artículo

¹²⁰ En términos de la R 34/2021.

¹²¹ R 380/2018.

¹²² Así en las informaciones examinadas por sus RR 80/2016, 112/2017, 241/2018 o 34/2020.

¹²³ Por ejemplo, en sus RR 117/2016, 228/2018, 380/2018, 414/2018, 211/2019, 10/2020, 289/2020 o 312/2020.

¹²⁴ R 34/2021.

¹²⁵ En las RR 117/2016, 250/2020 o 382/2020 pueden encontrarse ejemplos de informes a los que el consejo niega su condición de información auxiliar; en la 48/2016 un supuesto, por el contrario, en el que se acepta tal carácter.

30.c) de la LTPA determina que “no se entenderá como reelaboración que justifique la inadmisión la información que pueda obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente”. También aquí el CTPDA resuelve con base en la interpretación ofrecida por el CTBG en su Criterio Interpretativo, en este caso, 7/2015¹²⁶. Su R. 64/2016, sintetizó, en términos que repiten otras posteriores, las directrices fijadas por ese Criterio a fin de “descifrar el sentido del concepto “acción de reelaboración”. Y así señala: “Desde el punto de vista de la delimitación negativa del concepto ha de tenerse presente que ‘reelaboración’: 1º) no supone ‘la mera agregación, o suma de datos, o el mínimo tratamiento de los mismos’; y 2º) que tampoco equivale a información ‘cuyo volumen o complejidad hace necesario un proceso específico de trabajo o de manipulación para suministrarla al solicitante’, puesto que este tipo de información permitiría prorrogar el plazo para resolver la correspondiente solicitud (art. 20.1 LTAIBG) pero no acordar sin más su inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio de que ‘sí puede tenerse en cuenta el elevado volumen de la información... cuando ello suponga que, atendiendo también al alcance y objeto concreto de lo solicitado así como los medios disponibles, se incurra en algunas de las circunstancias o supuestos que... impliquen que estemos ante un supuesto de reelaboración’. Y por lo que hace a la concreción de los casos que sí son reconducibles a la categoría ‘acción de reelaboración’, cabe inferir del Criterio Interpretativo las siguientes pautas orientadoras: 1º) ‘La reelaboración supone un nuevo tratamiento de la información’ 2º) ‘La reelaboración habrá de basarse en elementos objetivables de carácter organizativo, funcional o presupuestario’ 3º) Hay reelaboración ‘cuando la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional del organismo o entidad que recibe la solicitud, deba... [e]laborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información’. 4º) Asimismo, nos hallamos en presencia de una ‘acción de reelaboración’ cuando el organismo o entidad que recibe la solicitud ‘carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada”.

Desde esta base, y sin olvidar la regla estipulada en el artículo 30.c) de la LTPA y las aportaciones, en número creciente, procedentes del ámbito judicial, el CTPD viene, en síntesis, estimando, en una amplia casuística de la que no podemos dar cuenta, que concurre una acción de reelaboración de la información cuando la respuesta a la solicitud de acceso exige “la realización o producción de un informe, de un documento *ad hoc*, llevando a cabo un nuevo tratamiento de la información”¹²⁷, obliga a acudir a diferentes fuentes, sobre todo ante solicitudes de información

¹²⁶ Como muestran sus RR 251/2020, 57/2021, 73/2021, 102/2021 o 201/2021.

¹²⁷ Supuestos de los que pueden encontrarse ejemplos en las RR 34/2016, 71/2016, 75/2016, 131/2018, 133/2018, 237/2018, 251/2018 o 315/2021. En otras, niega su admisión al constatar que “no puede en modo alguno considerarse que deba elaborarse *ad hoc* para atender su solicitud” (R 168/2019).

complejas o voluminosas¹²⁸, o la Administración carece de los medios necesarios para responder a solicitudes de información, por lo general, extensas y que, además, no está automatizada¹²⁹, aunque, como indica con frecuencia, “es la causa de inadmisión del art. 18.1 e) LTAIBG la más propiamente aplicable a aquellas solicitudes de información cuyo desmesurado volumen o extensión pueden llegar a obstaculizar el normal funcionamiento de la Administración”¹³⁰. Mucho más frecuentes son los supuestos en los que el CTPDA, en términos que tampoco podemos desarrollar, estima que la tarea conducente a facilitar la información supone “un tratamiento informatizado de uso corriente”. Así ocurre, por ejemplo, en hipótesis en las que se requiere “la mera agregación o suma de datos”¹³¹, o la sola realización de copias, aun cuando sea por un periodo amplio de tiempo¹³², y otras muchas, en fin, en las que se estima que “no resulta lo suficientemente persuasiva” la argumentación ofrecida por el sujeto correspondiente sobre “la pertinencia de aplicar” el motivo de inadmisión¹³³.

d) Solicitudes “dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente”

La cuarta causa de inadmisión, letra d), del artículo 18.1 viene dada por las solicitudes “dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente”, supuestos en los que el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en su resolución el que, “a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”. El motivo de inadmisión exige pues, y así lo destaca el CTPDA desde sus primeras resoluciones, la concurrencia de un doble requisito: que la solicitud se dirija “a un órgano en el que no obre la información, y éste desconozca el competente”. De conocerlo, deberá remitírsela en cumplimiento del artículo 19.1¹³⁴. Se trata de una causa que, en principio, ha de considerarse excepcional, pues lo normal será que ese órgano incompetente para conocer de la solicitud sepa, o lo pueda averiguar sin mayor dificultad, aquel al que, por serlo, debe enviar la petición.

e) Solicitudes “manifiestamente repetitivas” o que “tengan un carácter abusivo”
El artículo 18.1.e) permite, finalmente, la inadmisión de las solicitudes “manifiestamente repetitivas” o que “tengan un carácter abusivo no justificado

¹²⁸ Ejemplos de estos supuestos pueden verse en las RR 4/2017, 8/2017, 71/2017, 181/2018, 267/2018 o 326/2018. En otros casos, y a pesar de la dispersión de la información, no se estima que se den los requisitos necesarios para su apreciación, como ocurre en la R183/2019.

¹²⁹ En este sentido, RR 326/2018, 358/2019, 241/2020, 243/2020 o 244/2020.

¹³⁰ RR, entre otras, 60/2019 o 126/2019.

¹³¹ Como el consejo entendió que sucedía en las peticiones examinadas por las RR 75/2016, 136/2016, 70/2018, 108/2018, 285/2018 o 1/2019.

¹³² En tal sentido, R 262/2019.

¹³³ Sobre la importancia de la motivación en estos casos pueden verse, entre otras, las RR 358/2019, 14/2020, 179/2020, 297/2020 o 57/2021.

¹³⁴ RR 47/2016, 26/2019 o 72/2019.

con la finalidad de transparencia de esta Ley”, causa objeto de interpretación por el CTBG en su Criterio Interpretativo 3/2016, sobre cuya base, y aunque nada le obligue a ello, resuelve, de nuevo, el consejo andaluz¹³⁵.

El CTPDA ha fijado, como ya dejara establecido en su R 37/2016 y en una línea que, como reconocerán resoluciones posteriores, es la asumida por el CTBG, los criterios que han de concurrir a los efectos de valorar el carácter repetitivo de una solicitud: “un criterio subjetivo, puesto que la petición de información debe ser formulada por el mismo solicitante y ha de ser dirigida al mismo sujeto obligado al cumplimiento de la legislación de transparencia; un criterio objetivo, ya que la solicitud ha de ser idéntica o sustancialmente similar a otra formulada con anterioridad; un criterio cronológico, toda vez que el tiempo transcurrido entre la contestación dada a la previa petición de información y la nueva solicitud puede ser relevante desde el punto de vista de la actualización de la información, decayendo el carácter repetitivo de la misma” y, por último, “es necesario que la formulada con anterioridad haya generado una respuesta expresa de la entidad a la que se pide la información (sea o no denegatoria), o, en caso de silencio, que el solicitante haya reclamado contra la resolución presunta y se haya resuelto la reclamación por este Consejo o por la jurisdicción contencioso-administrativa”¹³⁶. La aplicación de esta doctrina a los distintos supuestos que se le han planteado le ha llevado, por ejemplo, a rechazar el carácter repetitivo de la solicitud en supuestos en los que “la primera petición no recibió una resolución formal expresa de la entidad interpelada” y “no se reclamó contra la resolución presunta”¹³⁷; la segunda fue “formulada por una tercera persona”¹³⁸; o cuando “la información solicitada no es idéntica o coincidente” con la anterior, “sino que se refiere a espacios temporales distintos”¹³⁹ o “difiere en uno y otro caso”¹⁴⁰. Por el contrario, ha aceptado el motivo de inadmisión cuando constata que la solicitud presentada es “idéntica a una formulada con anterioridad”, reproduce la que “ya fue resuelta por la entidad interpelada”¹⁴¹. En cualquier caso, y para que la causa invocada pueda prosperar, es “presupuesto indispensable” que el sujeto que la invoque identifique “un adecuado término de comparación que permita constatar dicho carácter repetitivo”¹⁴².

¹³⁵ Como puede comprobarse, por citar las más recientes, en las RR 58/2021 o 102/2021.

¹³⁶ R 143/2019, expresiva de otras muchas en el mismo sentido.

¹³⁷ R 143/2019.

¹³⁸ R 37/2020, confirmada por la Sentencia del JCA n.º 13 de Sevilla, 188/2020, de 18 de diciembre.

¹³⁹ R 82/2017.

¹⁴⁰ R 426/2018.

¹⁴¹ Ejemplos de este tipo se encuentran en las RR 58/2016, 85/2016, 53/2017, 275/2018, 163/2019, 165/2019, 360/2019, 35/2021 o 38/2021.

¹⁴² RR 40/2020 18/2020, 102/2021 o 243/2021.

El artículo 18.1.e) posibilita, de otra parte, la inadmisión de las solicitudes que tengan “un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”, supuesto objeto, igualmente, del Criterio Interpretativo 3/2016 del CTBG, cuyas directrices sigue el CTPDA. De esta forma, considera que pueden tildarse de abusivas aquellas solicitudes que, “en sí mismas consideradas, entrañen una utilización manifiestamente injustificada, inadecuada o impropia de la LTPA”¹⁴³, lo que implica una valoración por su parte inseparable de las circunstancias concretas de cada uno de los supuestos analizados que, en muchos casos, le ha permitido rechazar la existencia de un “uso desviado o torticero de la legislación reguladora de la transparencia por parte del interesado”¹⁴⁴, y, en otros, aceptar, por el contrario, la presencia de una solicitud que compromete “el normal desempeño de los servicios públicos”¹⁴⁵, que no se ha realizado “con respeto a los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho” [artículo 8 a) LTPA]¹⁴⁶. De especial interés resulta su negativa a “equiparar lisa y llanamente la petición de una información voluminosa con la causa de inadmisión del 18.1.e) LTAIBG, lo que no excluye, en la línea marcada por ese Criterio Interpretativo que, en determinadas circunstancias, puedan catalogarse como abusivas las ‘peticiones de información que, dado su excesivo volumen o la extrema dificultad que conlleva su examen, pueden entrañar una desmesurada carga para la autoridad pública’ hasta el punto de suponer ‘un serio obstáculo al normal desenvolvimiento de sus funciones’”, lo que no pasó inadvertido al legislador andaluz que en su artículo 8 incluye la obligación del solicitante de “realizar el acceso a la información de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”. No obstante, se trata de una posibilidad excepcional que pasa por su debida argumentación, de acuerdo con los parámetros fijados por el consejo, por parte del sujeto que la aplique y que solo podrá adoptarse una vez agotada “la vía de colaboración para dar ocasión al interesado a que acote en términos razonables su petición inicial”¹⁴⁷.

V.2. La tramitación

Cabe recordar que el artículo 28.1 de la LTPA remite a “lo establecido en la legislación básica en materia de transparencia”, sin que, en relación con la fase que ahora nos ocupa, establezca ninguna disposición. La LTAIBG establece los siguientes trámites.

¹⁴³ RR 37/2016, 85/2018, 143/2019 o 73/2021.

¹⁴⁴ Como, por ejemplo, en las RR 143/2019 o 168/2019.

¹⁴⁵ Como en las RR 275/2020, 31/2021, 50/2021 o 58/2021.

¹⁴⁶ R 214/2020.

¹⁴⁷ Interpretación desde la que ha concluido ya sea en el carácter abusivo de la solicitud (RR 181/2018, 326/2018, 344/2019 o 358/2019) o en la desestimación de esta circunstancia (168/2019, 262/2019, 18/2020 o 186/2020).

V.2.1. La remisión de la solicitud a un sujeto distinto de aquel al que se dirige la petición

El artículo 19 de la LTAIPBG prevé esta remisión en dos hipótesis diferentes. De una parte, apartado 1, cuando la solicitud se refiera “a información que no obra en poder del sujeto al que se dirige”, en cuyo caso la remitirá “al competente, si lo conociera”, informando “de esta circunstancia al solicitante”. De no conocerlo, la inadmitirá en aplicación del artículo 18.1.d). En estos casos, y como disponen los artículos 20.1 y 32.1 de las Leyes estatal y andaluza, respectivamente, el plazo para resolver y notificar computará “desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver”. No prevén, sin embargo, el plazo en el que el órgano al que se ha dirigido la solicitud ha de proceder a esa remisión, ni aquel con el que cuenta el órgano competente para resolver para comunicar al solicitante el tiempo de duración del procedimiento y el sentido de una posible falta de respuesta. El artículo 19.1 sí impone al sujeto que recibe la petición de acceso la obligación de informar al solicitante de su remisión a otro diferente, aunque tampoco dispone ningún plazo para ello. Son muchas las ocasiones en las que el CTPDA ha impuesto al órgano receptor de la solicitud la obligación de remitirla a aquel que cuenta con la información¹⁴⁸, o en las que declara, por el contrario, la corrección de su actuación al haber procedido a ese envío¹⁴⁹. Ante el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 19.1, y planteada reclamación ante el consejo, procede “acordar la retroacción del procedimiento de resolución de la solicitud de información” al objeto de que se proceda a su envío al órgano competente¹⁵⁰.

El artículo 19 prevé también, en este caso en su apartado 4º, que cuando “la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro” se le remitirá para que sea este el “que decida sobre el acceso”. La norma tiene pues, como “presupuesto imprescindible”, que, como mínimo, esa otra entidad u órgano a la que se remite “sea el autor principal de la información requerida”¹⁵¹ y esté, además, en el ámbito de la aplicación de la LTPA¹⁵². Cabe notar, de otra parte, que el artículo 19.4, a diferencia de lo que hace el apartado primero, no impone el deber de informar al solicitante sobre la remisión efectuada, lo que no ha impedido, sin embargo, que el CTPDA lo considere un requisito necesario¹⁵³. Son numerosas

¹⁴⁸ Por ejemplo, en RR 35/2016, 47/2016, 119/2016, 51/2017, 120/2017, 217/2018, 285/2018, 26/2019, 258/2019, 265/2019, 216/2020, 159/2020, 200/2020, 300/2020, 345/2020, 376/2020 o 381/2020.

¹⁴⁹ Así en las RR 397/2018, 258/2019, 86/2020, 103/2020, 157/2020, 188/2020 o 3/2021.

¹⁵⁰ RR 35/2016, 51/2017, 26/2019, 191/2020 o 192/2020. Una interpretación confirmada por la SAN de 12 de febrero de 2018 (7/2018).

¹⁵¹ R 15/2018.

¹⁵² RR 109/2017, 3/2018, 15/2018, 41/2018, 96/2018 o 178/2020.

¹⁵³ Por ejemplo, en RR 45/2018, o 202/2020.

las ocasiones en las que el consejo ha estimado que el órgano receptor de la solicitud actuó correctamente cuando remitió la información a otro diferente¹⁵⁴, o que, por el contrario, no lo hizo así al no reenviar la solicitud, aun cuando contara con la información, a quien la había producido¹⁵⁵. El incumplimiento de esta norma, en caso de haberse formulado reclamación, lleva al consejo a retrotraer el procedimiento al momento en el que había de darse cumplimiento a este trámite¹⁵⁶.

V.2.2. La audiencia a terceros

El artículo 19.3 LTAIPBG dispone que “si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados”, se les concederá un plazo de quince días para que “puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas”, circunstancia de la que deberá ser informado el solicitante, “así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación”. Se trata de un trámite que el CTPDA considera “esencial” y de “obligado cumplimiento”, dado que solo tras su realización “podrá el órgano valorar si se da alguna causa de limitación de las previstas en la Ley (esencialmente las mencionadas en los artículos 14 y 15 de la LTAIBG) para denegar la información o conceder un acceso parcial de la misma”¹⁵⁷, de ahí que, en caso de incumplimiento, acuerde, en aplicación del artículo 119.2 de la LPAC, “retrotraer el procedimiento” al momento “en que se otorgue el período de alegaciones”¹⁵⁸.

V.3 La resolución

Las solicitudes de acceso, como establece el artículo 32.1 de la LTPA, “deberán resolverse y notificarse en el menor plazo posible” y “en todo caso, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales”, en “20 días hábiles desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver”. Para el resto de los sujetos vinculados por la Ley, ese plazo será de un mes según lo dispuesto en el artículo 20.1 de la LTAIPBG. Se trata, como con frecuencia recuerda el CTPDA, de un plazo de obligado cumplimiento¹⁵⁹, con la consecuencia, en caso contrario, de “la producción de un acto presunto de denegación de la solicitud planteada, de acuerdo con lo previsto en el artículo

¹⁵⁴ RR 81/2017, 96/2018, 100/2018, 248/2018 o 66/2019.

¹⁵⁵ RR 109/2017, 154/2020, 178/2020 o 377/2020.

¹⁵⁶ RR 109/2017, 28/2018, 34/2018, 45/2018 o 202/2020, entre otras.

¹⁵⁷ RR, entre otras, 14/2016, 35/2016, 108/2018, 59/2019, 203/2019, 227/2019 o 269/2019.

¹⁵⁸ Así lo manifiesta desde sus primeras resoluciones (RR 43/2016, 119/2016 o 126/2016) hasta las más recientes (RR 382/2020, 8/2021, 20/2021 o 195/2021).

¹⁵⁹ RR, entre las más recientes, 295/2020, 320/2020, 349/2020, 381/2020, 393/2020 o 397/2020.

20.4 LTAIBG¹⁶⁰, pudiendo, igualmente, esa falta de respuesta “ser constitutiva de infracción, según dispone el régimen sancionador de la LTPA”¹⁶¹. El plazo, no obstante, podrá ser prorrogado, como dispone el propio artículo 32.1, “por igual período en el caso de que el volumen o la complejidad de la información solicitada lo requiera”, debiendo ser notificada esa ampliación “a la persona solicitante”. El CTPDA, tomando como referencia los parámetros fijados por el CTBG en su Criterio Interpretativo 5/2015, exige que la ampliación se produzca antes del vencimiento del plazo inicial y que se motiven adecuadamente las razones que la justifican¹⁶². En los casos de resolución extemporánea, una vez planteada la reclamación, el CTPDA declara la terminación del procedimiento por desaparición de su objeto¹⁶³, no siendo tampoco desconocidos los supuestos en los que el propio interesado desiste de la reclamación interpuesta¹⁶⁴.

La resolución de acceso podrá estimar, total o parcialmente, la solicitud o desestimarla, en cuyo caso, y en cumplimiento de los artículos 20.3 de la LTAIPBG y 7.c) de la LTPA, habrá de motivarse, al igual que las que concedan un acceso parcial a la información, lo hagan a través de una modalidad distinta a la solicitada, o “permitan el acceso cuando haya habido oposición de una tercera persona interesada”. Una exigencia sobre cuya importancia insiste el CTPDA desde sus primeras resoluciones¹⁶⁵.

La resolución, como establecen los artículos 20.1 y 32.1 de las Leyes estatal y andaluza, respectivamente, deberá ser notificada al solicitante. El CTPDA señala que esa notificación se ha de producir en los términos establecidos en el artículo 40 de la LPAC¹⁶⁶, disposición igualmente aplicable en los supuestos de notificación infructuosa¹⁶⁷ o de rechazo de la practicada electrónicamente¹⁶⁸. Podrá ser recurrida, como dispone el artículo 33.1 de la LTPA, dentro del marco básico establecido por los artículos 20.5 y 23 de la LTAIPBG, ante el CTPDA “con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa”, reclamación en cuyo análisis no podemos adentrarnos.

¹⁶⁰ RR, entre las más antiguas, 49/2016 o 53/2016, y, entre las más cercanas, 42/2020 o 394/2020.

¹⁶¹ En tal sentido, RR 31/2016, 38/2016, 182/2019 y 18/2021.

¹⁶² Por ejemplo, en RR 60/2016 o 59/2019.

¹⁶³ Entre las más recientes, RR 175/2021, 176/2021, 178/2021, 179/2021, 204/2021 o 205/2021.

¹⁶⁴ Por ejemplo, RR 151/2017, 64/2018, 202/2018 o 4/2021.

¹⁶⁵ R 38/2016, de 15 de junio.

¹⁶⁶ En este sentido, RR 84/2016, 7/2017, 113/2017 y 26/2019.

¹⁶⁷ RR 93/2017 o 251/2020.

¹⁶⁸ RR 403/2018, 126/2020 o 47/2021.

VI. La formalización del acceso

En línea con lo ya dispuesto en el artículo 22.1 LTAIPBG, el artículo 34.1 de la LTPA dispone que “la información solicitada se entregará a la persona solicitante en la forma y formato por ella elegidos, salvo que pueda ocasionar la pérdida o deterioro del soporte original, no exista equipo técnico disponible para realizar la copia en ese formato, pueda afectar al derecho de propiedad intelectual o exista una forma o formato más sencillo o económico para el erario público”. Este marco normativo, destaca el CTPDA, reconoce “ciertamente la posibilidad de que el interesado en la solicitud indique ‘la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada’”, modalidad que, “en línea de principio, deberá atenderse por la Administración en cuestión, desplazando consecuentemente a la inicialmente preferente alternativa de la vía electrónica”¹⁶⁹. No obstante, “la elección del interesado puede ser rechazada” siempre y cuando se motiven suficientemente las razones que impiden atender su petición¹⁷⁰.

El acceso, como determina también el artículo 22.1, debe ofrecerse “en el momento de la notificación de la resolución”. Cuando ello no sea posible, “deberá otorgarse, en cualquier caso, en un plazo no superior a diez días”. El CTPDA ha tenido oportunidad de manifestar la obligación del órgano que ha de entregar la información de arbitrar los medios necesarios a tal fin¹⁷¹, y viene igualmente insistiendo, en contra de cierta práctica que carece de fundamento, que es al solicitante, y no al consejo, a quien se debe ofrecer la información¹⁷². El acceso, no obstante, podrá dilatarse, como dispone el artículo 22.2, en los supuestos de “oposición de tercero”, en cuyo caso, y así lo reconoce el consejo ante la claridad de los términos legales¹⁷³, “solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información”.

El artículo 22.3 de la LTAIPBG prevé la posibilidad, en los casos en los que la “información ya ha sido publicada”, de que la resolución se limite “a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella”. El CTPDA “considera una buena práctica llevar a cabo la remisión a la información del modo que se describe” en el Criterio Interpretativo del CTBG 9/2015¹⁷⁴, de tal forma que mantiene, y resuelve con base

¹⁶⁹ Hipótesis de las que ofrecen ejemplos las RR 74/2017, 82/2017, 87/2017, 113/2017, 148/2017, 255/2018, 378/2018, 3/2019 o 250/2019.

¹⁷⁰ R 148/2017.

¹⁷¹ Así en la R 17/2017.

¹⁷² RR, entre las más recientes, 392/2020, 396/2020, 398/2020, 399/2020, 110/2021, 125/2021, 130/2021, 140/2021, 148/2021 o 165/2021.

¹⁷³ RR, entre las primeras dictadas, 32/2016 o 42/2016, y 260/2020 o 386/2020, entre las más recientes.

¹⁷⁴ R 31/2016.

en ello, que “en ningún caso será suficiente únicamente la remisión genérica al portal o a la sede o página web correspondiente”. Es requisito necesario que “la remisión sea precisa y concreta y lleve, de forma inequívoca, rápida y directa a la información sin necesidad de requisitos previos, ni de sucesivas búsquedas”¹⁷⁵.

El derecho de acceso a la información, como reconoce el artículo 22.3 de la LTAIPBG y reiteran los artículos 6.g) y 34.2 de la LTPA, es gratuito, sin perjuicio “de las exacciones que puedan establecerse por la expedición de copias o soportes o la transposición de la información a un formato diferente al original”. Este último precepto establece el deber de los sujetos obligados por la Ley de poner a “disposición de las personas solicitantes de información pública el listado de las tasas y precios públicos que sean de aplicación”, añadiendo que, en ningún caso, “la imposibilidad o incapacidad de hacer frente a las tasas o precios públicos establecidos podrán ser causa para negar el acceso pleno a una información pública... en los términos que reglamentariamente se establezcan”. La aplicación de estas disposiciones ha llevado al consejo, como no podía ser de otra forma, a declarar la regla general de gratuidad del acceso y, también, la legitimidad de las exacciones pretendidas por la Administración en los casos legalmente previstos¹⁷⁶, destacando que los supuestos que, de acuerdo con la Ley, admiten exacción no pueden considerarse una enumeración exhaustiva, admitiendo así otros distintos regulados en la “normativa local que resulte aplicable”¹⁷⁷.

VII. REGULACIONES ESPECIALES DEL DERECHO DE ACCESO

La DA1^a LTAIPBG y la DA4^a LTPA se refieren de manera idéntica a lo que llaman las “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”. La interpretación de cuál sea el sentido y alcance de esta disposición y, en particular, el ámbito de competencia de las autoridades de transparencia para conocer de reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información, ha dado origen a una frontal disparidad de enfoques entre las autoridades de control y, mucho menor, entre la doctrina. Analizaremos, en primer lugar, el apartado primero y, a continuación, el segundo y tercero (que, por su redacción, podrían, con más propiedad gramatical, constituir uno solo).

¹⁷⁵ RR, entre otras, 33/2016, 82/2017, 285/2018, 203/2019, 40/2020 o 75/2021.

¹⁷⁶ RR 148/2017, 255/2018, 430/2018 o 239/2020.

¹⁷⁷ RR 60/2020 y 48/2021.

VII.1 Acceso por los interesados a información relativa a procedimientos en curso¹⁷⁸.

El apartado primero de la DA1 LTAIPBG remite a la normativa que regule el correspondiente procedimiento administrativo la regulación del acceso de los interesados a la información obrante en procedimientos en curso. Ello implica que la normativa de transparencia es de aplicación en todos los demás supuestos, incluidos en el acceso por terceros a información de procedimientos en curso o en el acceso por el interesado a procedimientos finalizados¹⁷⁹. La clave, pues, no está en que unos sujetos –interesados– puedan solicitar acceso a una información y otros –no interesados– no, sino en que si el solicitante es un interesado y el procedimiento está en curso, la normativa aplicable no será la normativa de transparencia sino la reguladora del correspondiente procedimiento –la LPAC, salvo que haya normativa específica respecto de la materia en cuestión–.

El CTPDA considera que un procedimiento está terminado cuando se dicta resolución en vía administrativa, con independencia de que quepa interponer recursos administrativos o judiciales¹⁸⁰, lo que se aplica también en el caso de las subvenciones, en que es el otorgamiento el que pone fin al procedimiento¹⁸¹. Por lo demás, al igual que el CTBG, y a diferencia de otros Consejos autonómicos, si el procedimiento está en curso y el solicitante es un interesado, cualquiera que sea la normativa invocada, el CTPDA inadmite la reclamación, sin considerar que quepa aplicar la normativa de procedimiento, pero complementada supletoriamente con la garantía de la reclamación¹⁸².

¹⁷⁸ Sobre este tema, en general, me remito a mi trabajo GUICHOT, E., “El acceso por los interesados a información relativa a procedimientos en curso y la Ley de Transparencia”, en BOIX, A y CASTELLANOS, J. (coords.), *Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 25 a 54.

¹⁷⁹ La cuestión, como hemos defendido en otros trabajos, parece clara en una interpretación gramatical, histórica, sistemática y finalista de la LTAIPBG. De la misma opinión, O. MIR PUIGPELAT, *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, Civitas-Aranzadi, Madrid, 2019, págs. 37-45.

¹⁸⁰ Así, desde la R 110/2016.

¹⁸¹ R 301/2018: “[...] toda suerte de actuaciones *ex post* de la concesión, como podrían ser, a título de ejemplo, el cumplimiento de obligaciones impuestas por la normativa o por cláusulas *ad hoc*, plazos de justificaciones o ejecuciones, o incluso los eventuales reintegros que pudieran acordarse, no pueden considerarse incluidos en el procedimiento de concesión [...]”

¹⁸² En la R 164/2018, señala: “Pues bien, ante el silencio recaído ante la solicitud planteada con invocación expresa de una normativa ajena a la LTPA no cabe plantear una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por cuanto resulta de aplicación la normativa aplicable en la que basó su solicitud [...] Siguiendo pues la doctrina que sigue este Consejo en la materia [...], en el momento que un ciudadano opta por un concreto bloque normativo que permitiría obtener la información solicitada, esta elección vincula tanto al órgano al que se dirige como al propio interesado, debiendo en lo sucesivo aplicarse en su integridad dicho grupo normativo, sin que en ningún caso quede a disposición de las partes recurrir a un bloque normativo que el solicitante declinó seguir inicialmente”.

VII.2. Regímenes jurídicos específicos de acceso a la información

La LTAIPBG ha mantenido la posibilidad de existencia de regímenes jurídicos específicos de acceso a la información. Frente a la regulación anterior, contenida en el artículo 37.6 de la LRJAP-PAC, que se refería expresamente a qué materias se regían por sus disposiciones específicas, el apartado segundo de la DA1 LTAIPBG plantea dos cuestiones claves: cuándo puede hablarse de “materias que tienen previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información” (entre las que el apartado tercero incluye, en todo caso, el acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización), y cuál es el alcance, en esos casos, de la supletoriedad de la LTAIPBG.

El CTBG aprobó el Criterio Interpretativo 8/2015, sobre “Aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”, conforme al cual solamente aquellos sectores u órganos que cuenten con una normativa que prevea un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTAIPBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con esta última como norma supletoria.

El CTPDA ha hecho suyo este Criterio interpretativo¹⁸³, y ha negado la condición de normativa específica a la de archivos –respecto de la cual la propia LTPA procedió a una unificación de regímenes¹⁸⁴–, a la de contratos¹⁸⁵, a la de sociedades de capital¹⁸⁶, o a la de colegios profesionales¹⁸⁷. Por el contrario, ha reconocido la condición de normativa específica la normativa sobre protección de datos respecto al acceso por el propio afectado a sus datos personales –o la sanitaria en relación con el acceso al historial clínico–, siempre, como vimos, *supra*, que no incluya también otra información de terceros o no personal¹⁸⁸, a la normativa sobre acceso a la información ambiental¹⁸⁹ y a la relativa al acceso a la información por representantes políticos¹⁹⁰.

¹⁸³ Desde la R 74/2016.

¹⁸⁴ En su DF3^a, que modificó la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía. Así lo interpreta el CTPDA desde la R 95/2017.

¹⁸⁵ R 110/2016.

¹⁸⁶ R 112/2017, 229/2019, 230/2019, 234/2019, 242/2019.

¹⁸⁷ RR 85/2019, 90/2019, 92/2019, 93/2019, 114/2019 (ratificada por la SJCA núm. 1 de Sevilla de 21 de mayo de 2020, 90/2020), 272/2019, 37/2020 (ratificada por la por SJCA núm. 13 de Sevilla, de 18 de diciembre, 188/2020).

¹⁸⁸ RR 132/2016, 249/2018 y 446/2018.

¹⁸⁹ Desde la R 51/2016.

¹⁹⁰ El CTPDA se acercó por primera vez al tema en su respuesta a la Consulta 1/2016, de 11 de mayo de 2016, y asumió la doctrina del CTBG. En realidad, ha dado un paso más, endureciendo la doctrina estatal. Si esta parte de la libertad de determinación por el representante político del bloque normativo aplicable, para el consejo andaluz hay una limitación a dicha libertad, conforme a la cual este no puede solicitar por la vía de la normativa de acceso la información que no obtuvo por la vía de la normativa local (o de las peticiones de información a través de la Mesa del Parlamento, en el caso de los parlamentarios autonómicos). Y ello, incluso, si la falta de obtención fue debida a una ausencia de contestación (así,

En los casos de la información ambiental o solicitada por representantes políticos ha negado también que supletoriamente sea de aplicación la garantía consistente en la reclamación potestativa ante el propio CTPDA, alineándose así con el CTBG y en contra de la posición que es mayoritaria entre las Autoridades de transparencia autonómicas¹⁹¹ y en la doctrina,¹⁹². El propio Defensor del Pueblo se ha posicionado también a favor de la admisión de las reclamaciones en materia ambiental¹⁹³. Por argumentos que hemos expuesto *in extenso* en múltiples trabajos, consideramos que el CTPDA debería reconsiderar su interpretación¹⁹⁴.

desde las RR 96 y 97/2016, que fueron impugnadas. El Auto núm. 184 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Sevilla, en relación con la R 96/2016, consideró que había habido satisfacción extraprocesal ya que en el expediente la Administración hizo constar la respuesta que finalmente dio a la solicitud de información en sede parlamentaria).

¹⁹¹ Para la información ambiental, lideradas por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (R 211/2017) y seguida por el Comisionado de Canarias (R 8/2017), la Comisión de Transparencia de Galicia (R 82/2017) y el Consejo de Valencia (RR 45/2017 o 77/2017). Para el acceso por representantes políticos, de nuevo liderados por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, desde la R de 11 de febrero de 2016 (Reclamación 4/2016). Otros consejos autonómicos han seguido la vía del catalán, como el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana (desde las RR 6/2017, 7/2017, y 17/2017), el Comisionado de Transparencia de Canarias (desde la R 61/2016) o el Consejo de Transparencia de Aragón (R 6/2017). La STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2019 (1074/2019), en relación con la admisión de su competencia por la Comisión catalana, califica su razonamiento de “impecable” y su respuesta de “extensa y sobradamente fundamentada”, y califica el razonamiento de que “aquellos que representan a la ciudadanía en las instituciones públicas, no pueden disfrutar de un derecho de acceso a la documentación pública, de alcance y calidad inferior que cuando este mismo derecho lo ejercitan sus representados individualmente considerados”, como de “un sentido común abrumador”.

¹⁹² Para la información ambiental, FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho de acceso a la información pública en España, op. cit.*, págs. 67-68; CASADO CASADO, L. “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, Reguladora del derecho de acceso a la información ambiental”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, núm. 99-100, págs. 843-844; MARTÍN DELGADO, I., “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, en *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016; MONTERERIN HEREDIA, S. y PÉREZ GARCÍA, M., “La protección del medio ambiente”, en *VVAA, Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2017, págs. 209-226, p. 223. Para el acceso a la información por representantes políticos, MARTÍN DELGADO, I. “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *Las vías administrativas de recurso a debate, Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid; BLANES CLIMENT, M. A. (<https://miguelangelblanes.com/2017/02/08/los-concejales-pueden-presentar-la-reclamacion-prevista-en-las-leyes-de-transparencia/>), o RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “Límites del derecho de información de los diputados”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, p. 15, nota 39, quien no se pronuncia con carácter general, pero considera que, en todo caso, la posición del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, que llega a indagar si la solicitud de acceso a la información del concejal (y consiguientemente la posterior reclamación) está desvinculada de una posible petición de acceso por vía del régimen local, lo cual estimamos un exceso de rigorismo: si el representante local alega acogerse a la legislación de transparencia (algo que, por lo demás, la ley no exige), no corresponde al órgano de garantía del derecho indagar posibles juicios de intenciones. La excepción, en contra, en M. I. JIMÉNEZ PLAZA, “La disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018.

¹⁹³ Recomendación de 2 de enero de 2018.

¹⁹⁴ Por todos, en “El ámbito de competencia de las autoridades de transparencia para conocer de reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información”, en MARTÍN DELGADO, I., GUICHOT REINA, E. y CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019, págs. 71-123.

Por lo demás, ha generado una interesante polémica la consideración o no de la normativa tributaria como normativa específica. Se ha planteado qué tratamiento ha de darse al acceso a la información fiscal, habida cuenta de que la Ley General Tributaria (LGT) le atribuye carácter reservado. La respuesta ha sido dispar en la doctrina de las autoridades administrativas independientes de control y en los tribunales. El CTBG entendió en un primer momento que la regulación de la LGT, no podía considerarse un “régimen jurídico específico de acceso a la información” –frente a las alegaciones en este sentido por parte de la Administración tributaria– y admitió las reclamaciones¹⁹⁵. Sin embargo, al conocer de una impugnación de una de esas resoluciones, los tribunales consideraron que es de aplicación la LGT, y, por ende, que no cabe otorgar acceso a esta información¹⁹⁶, a resultas de lo cual el CTBG asumió esta doctrina, y analiza ya en cada supuesto si se trata de información con trascendencia tributaria, a los efectos de aplicar la LGT en caso afirmativo o la LTAIPBG en caso negativo, discutiéndose en algunos casos el propio concepto de la “relevancia tributaria”, y denegándose su concurrencia cuando se trata de información anonimizada o estadística¹⁹⁷.

Entre las Autoridades autonómicas, el CTPDA admite su competencia para conocer de la reclamación y considera que de la LGT no se deriva ningún completo régimen específico de acceso a la información tributaria por parte de la ciudadanía, si bien el principio de reserva allí establecido ha de conectarse con el límite de la garantía de la confidencialidad. El carácter reservado de los datos trata de preservar los derechos e intereses de los obligados tributarios (por conexión de los artículos 34.1 y 95 LGT). No cabe, pues, una aplicación maquinal o mecánica del art. 95 LGT, sino que es preciso analizar y valorar, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si y en qué medida los derechos e intereses del obligado tributario –a cuya tutela se encomienda el deber de confidencialidad de

la Administración tributaria – han de prevalecer sobre el derecho de acceso a la información pública”¹⁹⁸. En esta misma línea se situó la Comisión catalana¹⁹⁹.

La doctrina se mostró muy crítica con la exclusión jurisprudencial de la información tributaria del ámbito de aplicación de la LTAIPBG²⁰⁰.

Finalmente, la posición del CTPDA, que fue objeto de cuestionamiento, ha sido acogida por el Tribunal Supremo, en una sentencia que descarta que la normativa tributaria constituya una normativa específica y, por tanto, estima que en estos casos es de aplicación la normativa de transparencia²⁰¹.

¹⁹⁸ Cuando se trata de la solicitud de un vecino que desea conocer la cantidad recaudada por cuenta de la Comunidad Autónoma por su Ayuntamiento en concepto de canon de mejora de infraestructura hidráulica y abonada a la propia Comunidad Autónoma, no cabe, pues, apreciar la preferencia del deber de confidencialidad (R 78/2016). Este mismo criterio de atender a la finalidad a la que sirve el deber de confidencialidad le lleva a estimar una reclamación contra la denegación de una solicitud de información sobre incentivos a funcionarios ligados a la recaudación en relación con los procedimientos sancionadores de tráfico, que un Ayuntamiento consideraba protegida por el deber de confidencialidad de los datos de relevancia tributaria (R 11/2017). También prevalece cuando se trata de conocer los bienes exentos del IBI, con indicación de su cuantía, la causa legal de la exención y el domicilio de tales bienes, puesto que la legislación catastral solo incluye el domicilio de sus titulares entre los datos protegidos. Una valoración diferente merece, por el contrario, la pretensión de que también se facilite información sobre los titulares de los inmuebles. Además de excluir a las personas físicas de la información a suministrar – como expresamente hace el solicitante-, tampoco procede en línea de principio identificar a las personas jurídicas titulares de los derechos sobre los bienes inmuebles declarados exentos, toda vez que el repetido art. 51 TRLCI considera un dato protegido la “razón social” de los que aparezcan inscritos en el catastro como titulares. Únicamente cuando se trate de bienes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los gobiernos locales (y de los organismos y entidades de ellos dependientes), así como de los inmuebles de los Gobiernos extranjeros, puede prevalecer el derecho de acceso a la información, debiendo en consecuencia identificarse en estos supuestos a sus correspondientes titulares (Por todas, R 144/2017).

¹⁹⁹ R 33/2017, R 299/2018.

²⁰⁰ Así, para FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, op. cit., págs. 80-81.

²⁰¹ En primer instancia y apelación, los juzgados de lo contencioso-administrativo y el TSJ de Andalucía consideraron, en línea con la SAN de 5 de febrero de 2017 (46/2017), que la Ley General Tributaria tiene el carácter de normativa específica. Así, en relación con la R 144/2017, la SJCA núm. 7 de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (6/2019), y, en apelación, la STSJ de Andalucía de 26 de noviembre de 2020 (564/2019). Respecto de la R 152/2017, la SJCA núm. 4 de Sevilla, de 24 de febrero de 2021 (51/2019), y, en apelación, la STSJ de Andalucía de 28 de noviembre de 2019 (930/2019). Y respecto a la R 86/2019, la SJCA núm. 2 de Sevilla de 2 de junio de 2019 (77/2020) y, en apelación, la STSJ de 2 de marzo de 2020 (1172/2020). En este caso, además, se añade que “la protección debe darse tanto a los datos directamente identificativos de las personas físicas titulares de los inmuebles (nombre y apellidos, o DNI) como aquellos otros datos personales que, indirectamente, permitan la identificación, y en este sentido, el domicilio de la finca es un elemento identificador de la persona física titular”. Interpuesto recurso de casación contra la STSJ de Andalucía de 28 de noviembre de 2019 (930/2019), la STS de 24 de febrero de 2021 (257/2021) descarta que pueda calificarse la regulación de la Ley General Tributaria como régimen específico de acceso. Considera, eso sí, al igual que lo hiciera el CTPDA, que la combinación con la normativa catastral, que declara reservado el dato de la titularidad y, en el caso de las personas físicas, de la normativa sobre protección de datos, debe llevar a dar la información sin la identidad del titular, salvo en el caso de las instituciones públicas.

¹⁹⁵ RR 104/2015 y 469/2015.

¹⁹⁶ La R 469/2015 fue impugnada y la SJCCA núm. 5, de 28 de octubre de 2016 (145/2016), considera que la LGT contiene un “régimen jurídico específico de acceso a la información”. El fallo fue confirmado en apelación por la SAN de 6 de febrero de 2017 (547/2016). Las RR 320/2015, 321/2015 y 60/2016, fueron también impugnadas y la SJCCA núm. 11, de 8 de octubre de 2018 (123/2018), que acumula los tres recursos desestimó la reclamación, siendo confirmada por la SAN de 30 de mayo de 2019 (1/2019). El ATS de 31 de enero de 2020 (682/2020) inadmite el recurso de casación.

¹⁹⁷ Así, por todas, R 472/2017.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información: algunas cuestiones sobre las que reflexionar”, en BOIX, A y CASTELLANOS, J. (coords.), *Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 55 a 80.

CASADO CASADO, L. “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, Reguladora del derecho de acceso a la información ambiental”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, núm. 99-100.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017

GUICHOT, E., “El acceso por los interesados a información relativa a procedimientos en curso y la Ley de Transparencia”, en BOIX, A y CASTELLANOS, J. (coords.), *Transparencia y Comunidades Autónomas: una perspectiva multinivel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 25 a 54

GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011

GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

MARTÍN DELGADO, I. “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *Las vías administrativas de recurso a debate*, Actas del XI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2016

MARTÍN DELGADO, I., “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, en *Las vías administrativas de recurso a debate*. Actas del XI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2016

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

MONTESERIN HEREDIA, S. y PÉREZ GARCÍA, M., “La protección del medio ambiente”, en VVAA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2017

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “Límites del derecho de información de los diputados”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L., “Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación”, en CANALS (ed.), *Datos, protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, págs. 53-85

BLANES CLIMENT, M. A. (<https://miguelangelblanes.com/2017/02/08/los-concejales-pueden-presentar-la-reclamacion-prevista-en-las-leyes-de-transparencia/>)

JIMÉNEZ PLAZA, M. I., “La disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018

TRANSPARENCIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO FISCAL

María-José Fernández-Pavés¹

I. TRANSPARENCIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

“La peculiaridad y problemática de este derecho a la buena administración estriba en su origen no tanto jurisprudencial (esto es, jurídico) cuanto político. De hecho, las primeras versiones del mismo hablaban más bien de «gobernanza política», en lugar de «buena administración»” (FUENTETAJA, 2014: 25); en realidad, como se ha dicho, se puede “identificar el derecho a la buena administración con un derecho de derechos o subderechos de contenido muy amplio, que se identifica con una nueva concepción de la relación de la Administración con los ciudadanos” (LARA, 2019: 343), comprensivo de un haz de derechos de los administrados o, como más gráficamente se ha calificado “en relación con nuestro derecho interno, como una «abrazadera» de «determinaciones jurídico-positivas»” (LITAGO, 2021: 5).

En este marco, “la buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general” (RODRÍGUEZ, 2013: 24). De ambas vertientes, nosotros vamos a centrarnos en este trabajo fundamentalmente en esta segunda,

¹ Doctora desde 1992 y actualmente Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Autora de más de 70 libros y capítulos de libro, y 50 artículos de revista. Responsable de 7 Proyectos y Contratos de Investigación, e investigadora en otros 8 Proyectos. Directora de 7 Tesis Doctorales. Ponente nacional e internacional en 58 Conferencias invitadas y casi 40 Comunicaciones en Congresos. Evaluadora y Consultora en 27 ocasiones, tanto nacional como internacional. ORCID: 0000-0003-1634-613X. Researcher ID: K-8329-2014 fpaves@ugr.es

la buena administración como principio de actuación administrativa, calificado incluso como «*un nuevo paradigma del Derecho del Siglo XXI*»², en este caso a cargo de la Administración tributaria, una de las áreas de gestión pública más perceptible por parte del ciudadano en sus relaciones con la Administración, y en la que la buena gestión administrativa se revela como un imperativo acuciante, entre otros factores relevantes por el fenómeno de la elusión fiscal; constituyendo uno de los múltiples sectores de actuación de la Administración en los que, curiosamente pero con toda lógica, se han desarrollado normativamente los dictados constitucionales de buena administración (TOMÁS, 2004: 165 y 166), como vamos a tener ocasión de ver, y en el que, además, adquieren también una significativa y creciente relevancia en lo atinente a los derechos y garantías de los contribuyentes, como ya reflejó la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo hace años³.

Mismo órgano jurisdiccional que ha invocado expresamente a la buena administración como «*principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá reclama, la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto*»⁴; de ahí que se haya señalado la oportunidad y corrección de invocarlo pues, en cuanto “conjunto de derechos procedimentales -y no solo de prácticas o compromisos genéricos de actitud y comportamiento en sus relaciones con los obligados tributarios- impone a la Administración, en aras de encontrar una solución materialmente justa, un deber de tramitar correcta y proporcionadamente sus potestades administrativas a través de los distintos procedimientos” (SESMA, 2020: 9).

I.1. El punto de referencia

Sin duda, el referente actual del principio o derecho a una buena administración es el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵

² STS de 15-octubre-2020 (rec. 1652/2019).

³ En su sentencia de 8-julio-1987 sobre una reclamación económico-administrativa, donde puso en conexión la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados con «los principios inspiradores sobre los que descansan las relaciones de toda buena administración».

⁴ STS de 5-marzo-2019 (rec. 4628/2017).

⁵ «Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

(CDFUE), que se proclamó formalmente en diciembre de 2000 en Niza, pero que se convirtió propiamente en norma jurídica vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, y que podríamos desgranar a nivel general en los siguientes derechos y obligaciones, *grosso modo*: el derecho del administrado a ser oído antes de la adopción de una resolución que le resulte desfavorable; el derecho del administrado a acceder al expediente que le afecte; el derecho del administrado a la reparación del daño soportado por la actuación de las Administraciones públicas; el derecho del administrado a utilizar cualquiera de las lenguas oficialmente reconocidas; la obligación de la Administración de tratar los asuntos de forma imparcial y equitativa; el deber de la Administración de resolver los procedimientos en un plazo razonable, y la obligación también de ésta de motivar las resoluciones administrativas, lo que se ve además complementado con el derecho de acceso a los documentos, reconocido en el siguiente precepto⁶. En este sentido, incluso se ha llegado a señalar el extraordinario potencial de las implicaciones tributarias que posee la CDFUE, estando llamada a incrementar su protagonismo, no solo ya respecto a cuestiones sustanciales, sino sobre todo en relación con aspectos formales o procedimentales (CASAS, 2020: 65).

En cierta forma podríamos decir que se trata de una reformulación con esta denominación, sobre todo con soporte inicial jurisprudencial⁷, para acoger bajo dicho “paraguas” a nivel europeo varios derechos ya existentes, de origen y forjado a partir del quehacer jurídico-político sobre el que se ha construido Europa y, en términos geopolíticos, Occidente; y que concretamente en nuestro país, ha tenido una extraordinaria aceptación en los últimos años, en la legislación estatal y autonómica e incluso en parte a nivel doctrinal, a pesar de constituir una categoría jurídica no demasiado precisa en cuanto a su contenido y a las concretas obligaciones que impone a la Administración y las correlativas facultades que atribuye a los ciudadanos (ESCUÍN, 2019: 339).

Y aunque su aplicación quedaría inicialmente limitada a las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, así como a los Estados miembros pero únicamente

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

⁶ Art. 42 CDFUE. «Derecho de acceso a los documentos. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte».

⁷ Se puede decir que a partir de la sentencia de 20-enero-2002 (asunto *max.mobil telekomunikation Service GmbH contra Comisión*) el TPIUE manifestó abiertamente que el derecho a la buena administración «*forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*».

cuando apliquen el Derecho de la misma si atendiésemos literalmente al art. 51 CDFUE; en uno de los Informes que elabora anualmente la Comisión desde el año 2010 sobre la aplicación de la CDFUE, con lo que manifiesta su compromiso de llevar a cabo un seguimiento del progreso en la aplicación de la Carta respecto de las materias en que ella tiene potestad para actuar (concretamente en el de 2018), señala claramente que «*los jueces nacionales no solo mencionan la Carta en asuntos que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. En la mayoría de las decisiones judiciales que citan la Carta, no se plantea la cuestión de si la Carta es aplicable y el motivo de ello. Rara vez el artículo 51 de la Carta y su ámbito de aplicación son analizados por los jueces*», dado que los Estados miembros están obligados a respetar los valores en los que se fundamenta la Unión Europea, también cuando actúan fuera del ámbito de aplicación de su Derecho (MARÍN-BARNUEVO, 2020: 19).

1.2. Reflejo en nuestro país y en Andalucía

En nuestro país, la idea de una “buena administración” está tan sólo implícita en la Constitución⁸ (CE), destacando en este sentido sus arts. 9.3 y 103; además de que la misma refleja principios y valores⁹ que, implícita o explícitamente, deben ser inherentes a los servidores públicos y a la gestión pública, entre los que cabe mencionar la integridad, la neutralidad, la imparcialidad y la transparencia en la gestión, la receptividad, la responsabilidad profesional y el servicio a los ciudadanos, que implican también cambios en el sistema de adopción de decisiones de nuestras Administraciones públicas (CASTILLO, 2015: 13 y 14). Siendo destacable también en nuestro ámbito, la exigencia de justicia financiera del art. 31.1 y 2 CE, donde se puede apreciar la exigencia de los principios de economía y eficiencia en la asignación del gasto público empezando por este segundo apartado, así como

⁸ De procederse a una reformulación de nuestra Carta Magna, el derecho a una buena administración encontraría su mejor acomodo en la Sección 1ª del Capítulo II de su Título I, «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*», al acoger otros derechos con una innegable proyección en el funcionamiento de la Administración y con una estrecha vinculación (TOMÁS, 2004: 28 y 29).

⁹ Como puede ser una Administración centrada en el ciudadano en un Estado democrático y de Derecho (art. 1 CE), que debe contemplar el sometimiento a la ley por parte no solo de la ciudadanía sino también de los poderes públicos (art. 9 CE); el reconocimiento del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos, no solo por medio de representantes sino también directamente (art. 23.1 CE); la garantía de la seguridad jurídica cuya máxima manifestación es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); el respeto a la dedicación y supuestos de ineligiibilidad e incompatibilidad de los miembros del Gobierno y los Altos cargos (arts. 70 y 98 CE); el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, así como el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda la audiencia del interesado (art. 105.b y c CE, respectivamente); el control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE); el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE); que la Administración pública ha de servir los intereses generales con objetividad y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), regulando la ley las garantías para el ejercicio de sus funciones con imparcialidad (art. 103.3 CE), y las características de los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.1 CE).

la implicación de la buena administración en cuanto al respeto debido por la Administración en la aplicación de los tributos a la justicia tributaria a través de los principios de generalidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad del primer párrafo, pudiendo afirmarse que, “establecida la conexión con el Estado social y democrático de Derecho y el servicio al interés general que representa el deber de contribuir..., la aplicación del principio de buena administración no puede quedar limitada a las potestades discrecionales o ejecutivas, como lo fue en sus orígenes, sino que,... se extiende a todo el espectro de las potestades de autotutela administrativa” (LITAGO, 2021: 8).

Sin embargo, a nivel andaluz sí que se ha normativizado dicho principio¹⁰, partiendo del art. 31 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma de nuestro Estatuto de Autonomía¹¹, que garantiza el derecho a una buena administración, comprendiendo el derecho de todo ciudadano a participar plenamente en las decisiones que le afecten y tomen las Administraciones públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial, siendo resueltos en un plazo razonable, junto al acceso a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte; complementado esto con las referencias de sus arts. 34, 133 y 134, respectivamente, al acceso de aquéllos a las tecnologías de la información y la comunicación, a los principios que han de presidir la actuación y gestión de competencias de ésta y a la participación ciudadana. Podría resultar interesante en este sentido plantear una comparación entre los distintos Estatutos de Autonomía de nuestro país para ver la diferente configuración que hacen del derecho a una buena administración; sin embargo nuestro trabajo se circunscribe al ámbito andaluz, razón por la cual no entramos en ello (sin embargo, puede consultarse al respecto ESCUÍN, 2019: 334- 337).

Igualmente pero ahora a nivel legal, el art. 13 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) es probablemente el precepto interno que más se asimila al art. 41 CDFUE, al enumerar como derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas los de comunicarse con ellas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración; ser asistidos en el uso de medios electrónicos en dichas relaciones; utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma; acceder a la información pública, archivos y registros de acuerdo con la ley que lo regula

¹⁰ Se pueden encontrar ya referencias a ella en el art. 111 del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, o en el art. 25.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien es cierto que con un sentido algo distinto.

¹¹ Este derecho también ha tenido recepción expresa en el art. 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006) o en el art. 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007).

(Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno); ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y autoridades cuando así corresponda; obtener y utilizar los medios de identificación y firma electrónica, y a la protección de datos de carácter personal, en particular mediante la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas.

Además de esto, la buena administración dimana también de los principios generales reflejados en el art. 3.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) respecto del actuar de las Administraciones públicas, que han de servir con objetividad los intereses generales actuando de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, respetando en su actuación y relaciones, entre otros, la claridad, la participación, la agilidad, la buena fe, la confianza legítima y la lealtad institucional. Junto a ello, cabe de nuevo señalar que el art. 3.1 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía¹² (LAJA) sí que recoge explícitamente a la buena administración entre los principios generales que han de marcar su organización y funcionamiento, desgranando su art. 5.1 todos los derechos de los ciudadanos que comprende dicho principio:

«En su relación con la ciudadanía, la Administración de la Junta de Andalucía actúa de acuerdo con el principio de buena administración, que comprende el derecho de la ciudadanía a:

- a) Que los actos de la Administración sean proporcionados a sus fines.*
- b) Que se traten sus asuntos de manera equitativa, imparcial y objetiva.*
- c) Participar en las decisiones que le afecten, de acuerdo con el procedimiento establecido.*
- d) Que sus asuntos sean resueltos en un plazo razonable, siguiendo el principio de proximidad a la ciudadanía.*
- e) Participar en los asuntos públicos.*
- f) Acceder a la documentación e información de la Administración de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en esta Ley y en la normativa que le sea de aplicación.*
- g) Obtener información veraz.*
- h) Acceder a los archivos y registros de la Administración de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca».*

¹² Igualmente hay referencias directas a este derecho en la Ley Foral 157/2004, de la Administración de Navarra (art. 7) y en la Ley 4/2006, de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Pública gallega (arts. 2 y ss.).

II. BUENA ADMINISTRACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

Por su parte, también a nivel legal, pero ahora específicamente en relación con el reflejo del deber de buena administración en el ámbito de las relaciones entre la Administración tributaria y los ciudadanos sometidos al deber de contribuir, principio al que se puede considerar “como marco conceptual de impacto creciente -tanto en el ordenamiento interno como en el Derecho de la Unión...- del que deriva la concreción de ajustes en las posiciones jurídico-subjetivas de Administraciones tributarias y ciudadanos” (JUAN y FUSTER, 2016: 12); destaca sobremedida el art. 34.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT) denominado precisamente «*Derechos y garantías de los obligados tributarios*» que reproduce, aunque yendo aún más allá, el listado de los que contenía el art. 3 de su precursora incluso antes del inicio de este siglo, la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes¹³, y cuyo contenido entronca directa y claramente con la esencia de lo que representa el derecho a una buena administración en este importante ámbito administrativo que, como hemos visto, comprende una serie de principios especialmente válidos para mejorar el control y correcto funcionamiento de la Administración tributaria en todos sus ámbitos de actuación y que, en muchos casos, tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea en este mismo o en otros preceptos, como vamos a ver; aunque este principio no deba considerarse definitivamente concretado, siendo posible que su aplicación dé lugar al reconocimiento de nuevas pautas para la correcta actuación administrativa (FERNÁNDEZ-LOMANA, 2020: 2) pues, como se ha afirmado, «según la mayoría de la doctrina, el principio de buena administración... no constituye un principio administrativo autónomo, sino que el mismo engloba varios principios, constituyendo en cierto modo un concepto colectivo para todos o algunos principios del Derecho administrativo...», añadiendo que «los principios que efectivamente abarca la expresión “principio de buena administración” varían y no siempre es posible determinarlos con exactitud. A ello hay que añadir la dificultad de determinar si se trata de principios que la Administración sólo debe tener en cuenta o, más bien, de derechos que confieren a los particulares un derecho subjetivo a exigir una acción o una omisión concretas de la Administración»¹⁴.

Dicho precepto, cuya deriva además hemos visto se ancla al art. 41 CDFUE, adapta propiamente y desarrolla casi de forma global el contenido del citado art. 13 de la

¹³ Cuya Exposición de Motivos establecía literalmente: «Las modificaciones que la Ley incorpora van dirigidas, por una parte, a reforzar los derechos del contribuyente y su participación en los procedimientos tributarios y, por otra, y con esta misma finalidad, a reforzar las obligaciones de la Administración tributaria, tanto en pos de conseguir una mayor celeridad en sus resoluciones, como de completar las garantías existentes en los diferentes procedimientos».

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas el 11-septiembre-2008 ante el TJUE en el asunto C-308/07P.

LPAC, al reconocer legalmente los derechos que definen lo que debe entenderse como una buena administración tributaria, y que se traducen en el reconocimiento de una serie de derechos que deben ser interpretados de conformidad con los criterios que vayan fijando los Tribunales al aclarar el alcance del citado principio (FERNÁNDEZ-LOMANA, 2020: 2) pues, “del mismo modo que el principio de seguridad jurídica o tutela judicial efectiva se invocan en ocasiones para hacer referencia a otros sub-principios perfectamente delimitados, tampoco consideramos problemático que se invoque el principio de buena administración para referirse a esos principios de eficacia, eficiencia y objetividad que lo integran, o a esas reglas que exigen motivar los actos, resolver en plazo razonable o hacer efectivo el derecho de audiencia que también componen el núcleo de ese genérico principio de buena administración” (MARÍN-BARNUEVO, 2020: 13):

«1. Constituyen derechos de los obligados tributarios, entre otros, los siguientes:

- a) Derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
- b) Derecho a obtener, en los términos previstos en esta ley, las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo y las devoluciones de ingresos indebidos que procedan, con abono del interés de demora..., sin necesidad de efectuar requerimiento al efecto.
- c) Derecho a ser reembolsado, en la forma fijada en esta ley, del coste de los avales y otras garantías aportados para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda..., con abono del interés legal sin necesidad de efectuar requerimiento al efecto, así como a la reducción proporcional de la garantía aportada en los supuestos de estimación parcial del recurso o de la reclamación interpuesta.
- d) Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico.
- e) Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte.
- f) Derecho a conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración tributaria bajo cuya responsabilidad se tramitan las actuaciones y procedimientos tributarios en los que tenga la condición de interesado.
- g) Derecho a solicitar certificación y copia de las declaraciones por él presentadas, así como derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados ante la Administración, siempre que la aporten junto a los originales para su cotejo, y derecho a la devolución de los originales de dichos documentos, en el caso de que no deban obrar en el expediente.
- h) Derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante, siempre que el obligado tributario indique el día y procedimiento en el que los presentó.

i) Derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes.

j) Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración tributaria.

k) Derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulte menos gravosa, siempre que ello no perjudique el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

l) Derecho a formular alegaciones y a aportar documentos que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

m) Derecho a ser oído en el trámite de audiencia, en los términos previstos en esta ley.

n) Derecho a ser informado de los valores de los bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión.

ñ) Derecho a ser informado, al inicio de las actuaciones de comprobación o inspección sobre la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que las mismas se desarrollen en los plazos previstos en esta ley.

o) Derecho al reconocimiento de los beneficios o regímenes fiscales que resulten aplicables.

p) Derecho a formular quejas y sugerencias en relación con el funcionamiento de la Administración tributaria.

q) Derecho a que las manifestaciones con relevancia tributaria de los obligados se recojan en las diligencias extendidas en los procedimientos tributarios.

r) Derecho de los obligados a presentar ante la Administración tributaria la documentación que estimen conveniente y que pueda ser relevante para la resolución del procedimiento tributario que se esté desarrollando.

s) Derecho a obtener copia a su costa de los documentos que integren el expediente administrativo en el trámite de puesta de manifiesto del mismo en los términos previstos en esta ley. Este derecho podrá ejercitarse en cualquier momento en el procedimiento de apremio».

Evidentemente su contenido es muy extenso y prolijo, además de bastante detallado, estando regulados cada uno de esos derechos específicamente citados en el texto de esta norma legal, que por otra parte resulta de aplicación general a todas las Administraciones tributarias (art. 1.1 LGT); razón por la cual la Administración tributaria andaluza, organizada en la Agencia Tributaria Andaluza, debe actuar

de acuerdo a ello, y consideramos que también respetando los demás aspectos o principios que derivan de esa buena administración aunque no estén explícitamente positivizados en algunos casos, lo que hará que precisamente ahí resulte mucho más necesaria y relevante su exigencia. Por estas razones nos vamos a centrar a continuación en aquellos aspectos que, en cierta forma, resultan más relevantes o destacados por su entronque constitucional y aún con el reiteradamente citado art. 41 CDFUE, donde en general podremos encontrar, además, mayor soporte y desarrollo jurisprudencial, además por supuesto de guiarnos los contenidos que marca el art. 5.1 LAJA que, de manera evidente, como hemos visto, desarrolla lo anterior; todo ello sin perjuicio de que las relaciones, en muchas ocasiones necesarias o convenientes, entre varios de estos múltiples aspectos del derecho a una buena administración en el ámbito tributario, implicarán hacer mención expresa de algunos otros de ellos.

II.1 Interdicción de la arbitrariedad: equidad, imparcialidad y objetividad

Como sabemos, el final del art. 9.3 CE establece que nuestra Carta Magna garantiza, entre otros principios, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, manifestación clara y evidente de la necesaria equidad, imparcialidad¹⁵ y objetividad¹⁶ como valores que han de prevalecer en el ejercicio de las funciones y desarrollo de las actuaciones que lleven a cabo las Administraciones, como hemos visto explícita el art. 5.1.a y b LAJA y como recoge también el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa¹⁷; del mismo modo, puede verse una proyección de esto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁸ como manifestación de la buena administración, cuando exige ponderar los intereses individuales con el interés público general a la hora de controlar la discrecionalidad, en concreto en un procedimiento inspector en el que la Administración estaba a punto de superar el plazo máximo de finalización del mismo (lo que resultó decisivo para la estimación del recurso) al entender que ésta podía vulnerar el principio de proporcionalidad que también debe tenerse en cuenta en el seno del citado procedimiento, concluyendo que, a la vista de las particulares circunstancias del caso, la actuación administrativa no había respetado dicho principio, «*alejándose de*

¹⁵ Según la sentencia del TPIUE de 6-diciembre-1994, T-167/94, asunto *Nölle*, cuando las instituciones de la Comunidad disponen de una amplia facultad de apreciación, el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento comunitario en los procedimientos administrativos reviste una importancia aún más fundamental y, entre estas garantías figura, la obligación de examinar minuciosamente e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata.

¹⁶ Que puede verse reflejado, por ejemplo, en la exigencia que se establece en varios procedimientos tanto aplicativos de los tributos como resolutorios de mecanismos de revisión, de separar o diferenciar el órgano instructor o que ha dictado el acto, y el que ha de resolver el correspondiente expediente.

¹⁷ Aprobado mediante resolución adoptada el 6-septiembre-2001 por el Parlamento Europeo.

¹⁸ STS de 30-septiembre-2019 (rec. 6276/2017).

las elementales exigencias del principio a una buena administración tributaria que, en el presente caso, ha determinado la preterición de varios derechos del contribuyente», o del mismo modo, cuando afirma basándose en la teoría de la *actio nata* y el juego de los principios de buena fe y buena administración, que una «*Administración que sirve con objetividad los intereses generales y debe ajustar su actuación a la ley y el Derecho no podría desconocer que la regularización que efectuaba a PSA incidía de lleno en la situación de VSL, al punto de que el gasto regularizado en aquella era el correlato del ingreso efectuado por esta*»¹⁹.

En efecto, al fijar en el primer supuesto referido el plazo para alegaciones frente a la propuesta de liquidación, dentro de la horquilla que establece la ley, justo en el más corto aun tratándose de un procedimiento inspector y, por ello, más complejo que los de gestión, dado que la Administración tributaria goza de discrecionalidad para determinarlo²⁰ cuando la norma sólo ha establecido un plazo mínimo y un máximo como es el caso; si aquella concedía tan sólo ese tiempo mínimo, esto implicaría que el contribuyente debiera solicitar su ampliación, petición posterior del obligado tributario que, al concederse, fue entendida como un beneficio otorgado a éste, considerándose así dicha ampliación como dilación no imputable a la Administración que, por tanto, no se tomaría en consideración a efectos del cómputo máximo de duración del procedimiento.

Sin embargo, los procedimientos administrativos y, concretamente en este supuesto, el de inspección tributaria, deben ser considerados como un modo de desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales, y no como una mera sucesión de actos administrativos de trámite, desconectados entre sí, que concluyen con una resolución que pone término al procedimiento y que, en su caso, establece una serie de derechos y obligaciones que no pueden ser considerados como generadores en uno u otro sentido de intereses particulares. El procedimiento administrativo debe valorarse conjuntamente, más allá del mero examen individualizado de los distintos actos producidos durante su tramitación; por tanto, la decisión administrativa, aun adoptada en ejercicio de una potestad discrecional, se entendió que vulneraba dicha exigencia de buena administración aunque formalmente respetaba el mandato contenido en la norma que regula su actuación porque, en estos supuestos, la Administración esté habilitada para elegir una solución concreta entre las varias alternativas posibles legalmente, pero esto no significa que la solución finalmente adoptada sea jurídicamente indiferente.

¹⁹ STS de 11-junio-2020 (rec. 3887/2017).

²⁰ Este es uno de los pocos casos, pues en los procedimientos tributarios, realmente, no hay muchos supuestos de potestades discrecionales, sino más bien de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (como la resolución de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de pago o de elección del método de comprobación de valores).

Por su parte, en otro asunto que enjuiciaba un supuesto en que se había llevado a cabo tan sólo una regularización parcial, lo que provocaba un enriquecimiento injusto de la Hacienda pública; el mismo órgano jurisdiccional falló²¹ anulando el acto impugnado, igualmente, porque «*le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente*», al ser evidente que la Inspección actuaba sesgadamente, no habiendo abordado el asunto de forma equitativa, en tanto que se limitaba a regularizar los elementos de la relación jurídico tributaria que favorecían a la Administración. Con la misma fundamentación y conclusión, la obligación de la Administración de llevar a cabo una regularización completa y bilateral de la situación para evitar dicho enriquecimiento injusto; el Tribunal Supremo²² estima la pretensión formulada por la parte, aunque sin invocar aquí expresamente este principio, al señalar que, «*sin perjuicio del soporte que proporciona la seguridad jurídica, una elemental consideración de los principios de economía procedimental, de eficacia de la actuación administrativa (artículo 103 CE) y de proporcionalidad en la aplicación del sistema tributaria (artículo 3.2 LGT) refuerza el entendimiento que sostenemos del principio de íntegra regularización*»²³.

II.2. La necesidad de resolver

Por su parte, la exigencia de resolver en un plazo razonable que refleja expresamente el art. 5.1.d LAJA, se opone a que la Administración tributaria pueda retrasar de forma indefinida el ejercicio de sus facultades; en este caso, el recurso a una buena administración toma como punto de partida, en primer lugar, que los asuntos de los ciudadanos se traten de verdad y además tomando en consideración para ello las alegaciones, información y documentos que estos hayan podido aportar en el transcurso de las actuaciones (lo que entronca claramente también con el art. 5.1.c LAJA) o, lo que es lo mismo, que se cumpla con la obligación administrativa de resolver de forma expresa todo procedimiento iniciado, en paralelo podríamos decir (aunque en un plano menor, por supuesto) al deber de los órganos jurisdiccionales de que decidan, resuelvan expresamente en todo caso los asuntos en litigio, pues en el sistema judicial no cabe el silencio administrativo al estar prohibido el *non*

²¹ STS de 17-abril-2017 (rec. 785/2016). Igualmente STS de 5-diciembre-2017 (rec. 1727/2016).

²² STS de 13-noviembre-2019 (rec. 1675/2018).

²³ Como también ha dicho, esto supone «*una actuación administrativa a doble cara, [que es] siempre favorable a la Administración, pues se exige el importe de la cuota indebidamente repercutida sin proceder a la devolución de lo ingresado*» (STS de 7-octubre-2015, rec. 2622/2013).

liquet, lo que sí puede ocurrir sin embargo en el ámbito tributario, que tiene una propia regulación específica de las consecuencias de ello para cada procedimiento en muchos casos, más una general de aplicación supletoria ante la ausencia de regulación expresa, como a veces sucede.

Este aspecto de la buena administración resulta exigible expresamente a nivel legal por el art. 103.1 LGT que, precisamente, se denomina «*Obligación de resolver. La Administración tributaria está obligada a resolver expresamente todas las cuestiones que se planteen en los procedimientos de aplicación de los tributos, así como a notificar dicha resolución expresa*»²⁴. Y ello es lógico puesto que, en sus relaciones con la Administración tributaria, el obligado tributario no puede estar indefinidamente en una situación de pendencia, con lo que ello implicaría de una eventual comprobación de su situación fiscal o de alguna nueva exigencia de ingreso, además por supuesto de atentar claramente contra la seguridad jurídica. Obligación de resolver que, además, está ligada a la de su motivación en ciertos casos, como requiere la legislación tributaria y vamos a ver a continuación; y, como sabemos también, al igual que toda actuación administrativa, a la de notificar dicho acto o resolución, incluso a veces a otros interesados que no sean su destinatario directo cuando se vean afectados por él²⁵, y de hacerlo dentro del plazo máximo previsto de duración del procedimiento en el que se ha producido, lo que sin embargo hoy día es un trámite que no debería conllevar especial complejidad debido a los medios materiales de los que disponen las Administraciones tributarias, particularmente estatal y autonómicas, como es el caso de la andaluza.

En relación con esto, es de lamentar que el Tribunal Supremo, al menos en mayoría de su Sala, no haya estado siempre tan claramente alineado con dicha exigencia, al haber fallado un asunto²⁶ en el que, a pesar de que la Administración tributaria no resolvió una previa solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago presentada ya fuera de plazo voluntario pero antes de notificarle al contribuyente la providencia de apremio, consideró que procedía un mayor recargo de apremio (no el mínimo, el ejecutivo del 5%) puesto que no se cumplía el requisito del art. 28.2 LGT para ello, que sería el ingreso de la totalidad del importe de la deuda tributaria, «*dado que a estos efectos el aplazamiento/fraccionamiento del pago no se*

²⁴ Su párrafo segundo, no obstante, establece que no existe dicha obligación en los siguientes procedimientos: los relativos al ejercicio de derechos que sólo han de comunicarse por el obligado tributario, o en los que se produzca la caducidad, la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, la renuncia o el desistimiento de los interesados; aunque si el interesado lo solicita expresamente, la Administración tributaria debe contestarle sobre la producción la circunstancia que corresponda.

²⁵ Como la STS 22 de septiembre de 2020 (rec. 5825/2018) por la que el comportamiento omisivo de la AEAT no es conforme con el principio de buena administración, al tener la obligación «*de notificar, conforme a la normativa vigente en territorio común, la realización de ajustes de valoración en materia de precios de transferencia a la entidad que tributa conforme a la normativa de los Territorios Históricos Vascos*».

²⁶ STS de 27-marzo-2019 (rec. 1418/2018).

asimila al pago propiamente dicho, lo cual no implica, necesariamente, que el recargo exigible sea el de `apremio ordinario` del 20 %». Frente a esto, sí es de destacar que se incorporó a la sentencia un voto particular²⁷ que, entre sus argumentos, alude al principio de buena administración, el cual exigiría resolver sobre esa solicitud de aplazamiento (permitida en vía ejecutiva) antes de dictar la providencia de apremio²⁸; pues aunque la previsión legal de dicha petición estando ya en período ejecutivo no implica la suspensión del procedimiento de apremio, esto no significa en absoluto anteponer el dictado de la providencia de apremio a la resolución de dicha solicitud²⁹ que, además, finalmente fue aceptada y declarada procedente, como sostienen con buen criterio ambos magistrados.

Afortunadamente poco después, ahora ya en su fallo³⁰, sí sostuvo que «no es admisible jurídicamente que la misma [la Administración] permanezca inactiva dando lugar a un enriquecimiento injusto prohibido o a obligar a los administrados, ciudadanos de un Estado de Derecho, a transitar por largos y costosos procedimientos para a la postre obtener lo que desde un inicio se sabía que le correspondía o, lo que es peor, esperando que el mero transcurso del tiempo convierta en inatacable situaciones a todas luces jurídicamente injustas; lo cual se compadece mal con un sistema tributario basado en el principio superior de Justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad de cada uno»; criterio mantenido en otros asuntos resueltos posteriormente, como por ejemplo cuando señala que una Administración diligente no debe prolongar en el tiempo los efectos de una resolución que se sabe contraria a la legalidad, pudiendo «incluso afirmarse que hubiera resultado exigible para la Hacienda Local... revocar de oficio sus liquidaciones de IBI cuando ha tenido constancia indubitada de que la base imponible sobre las se giraron era errónea», por lo que no resulta conforme a Derecho «imponer al contribuyente una carga innecesaria, ilógica y desproporcionada, impropia de una Administración que debe atemperar su conducta a la Ley cuando se ha comprobado... que la base imponible del impuesto girado al contribuyente es contraria a Derecho»³¹.

²⁷ Formulado por D. José Díaz y al que se adhirió D. Jesús Cudero.

²⁸ En cierta forma y relacionado como ello, sí hay jurisprudencia sobre que la Administración no puede iniciar la vía ejecutiva de una liquidación impugnada mientras no resuelva la solicitud de suspensión de ejecución, como la STS de 27-febrero-2018 (rec.170/2016), con bastantes referencias a otras anteriores.

²⁹ Por ello será muy revelador la resolución a la cuestión casacional planteada por Auto de 12-septiembre-2019: «Si, tomando en consideración los principios de buena Administración que deriva de los artículos 9.3 y 103 de la CE, así como el de buena fe contenido en el artículo 3.1 de la LRJSP, y conforme a los artículos 65.5 y 167.3.b) de la LGT, una Administración tributaria a la que el contribuyente haya solicitado aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo de cobro de las deudas tributarias puede, sin contestar previamente tal solicitud, dictar providencia de apremio en relación con las cuantías adeudadas, con las consecuencias derivadas de tal decisión, como el tipo del recargo procedente».

³⁰ STS de 2-abril-2019 (rec. 2154/2017).

³¹ STS de 18-mayo-2020 (rec. 6950/2018).

Del mismo modo reitera este nuevo criterio al sostener que, cuando no es clara la intención del legislador (como el caso en que haya querido o no establecer «que la solicitud de aplazamiento/fraccionamiento en período ejecutivo impida el inicio del procedimiento de apremio»), ante tal laguna deba acudir al principio general de buena administración para integrar aquella, no resultando por tanto de aplicación el principio de especialidad³²; siendo todavía más clara y general su jurisprudencia cuando mantiene que «el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1.; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración», ya que «la Administración, cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativo, potestativo y obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin resolver antes ese recurso de forma expresa, como es su deber, pues el silencio administrativo no es sino una mera ficción de actos a efectos de abrir frente a esa omisión las vías impugnatorias pertinentes en cada caso»³³, o incluso cuando afirma que «el principio de buena administración, así como los del art. 103 CE, pueden imponer a la Administración el deber de anular de oficio una liquidación nula que se sabe, cuando se dictó, amparada en una norma que se sospecha, en un proceso judicial comunitario, contraria al Derecho de la UE³⁴. Y también puede revocar de oficio un acto de gravamen de [sic] los términos del art. 219 de la LGT, sin que sea dable invocar un pretendido derecho a no hacer nada al respecto»³⁵.

II.3. Motivación del acto administrativo

Como acabamos de señalar, la exigencia jurídica de motivación del acto o resolución en materia tributaria viene establecida en el art. 103.3 LGT³⁶, al igual que ha sido reiteradamente exigida por la jurisprudencia europea³⁷ además de por la patria, vinculándola a este principio de buena administración que estamos analizando; una evidente prueba de ello podemos encontrarla en un pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo³⁸, donde establece que aquel principio exige a la Administración

³² STS de 15-octubre-2020 (rec. 1652/2019).

³³ STS de 28-mayo-2020 (rec. 5751/2107).

³⁴ De hecho se declaró así por STJUE de 3-septiembre-2014, asunto C-127/12, condenando a España.

³⁵ STS de 16-julio-2020 (rec. 810/2019).

³⁶ Deben motivarse con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho, en principio, los actos de liquidación, de comprobación de valores, los que impongan una obligación o denieguen un beneficio fiscal, o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, aunque hay algún otro caso más no citado aquí expresamente.

³⁷ Entre otras que veremos puede citarse la STJUE de 9-noviembre-2017, C-46/16, *LS Customs Services*.

³⁸ STS de 19-febrero-2019 (rec. 128/2016).

motivar sus decisiones, por existir una «estrecha conexión entre el requisito de la motivación y el derecho de defensa del obligado tributario. Pero la exigencia de motivación no se reduce a esa conexión. La obligación de motivar no está prevista solo como garantía del derecho a la defensa de los contribuyentes, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración tributaria, así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas»³⁹; del mismo modo que también nuestra Audiencia Nacional ha destacado en otra de sus sentencias, que el derecho a una resolución administrativa motivada es parte integrante del derecho a una buena administración⁴⁰.

Y ello es así porque, la necesidad de motivación, puede ser entendida, además, como una manifestación de otro requisito más general, cual es la imposición a los poderes públicos de que justifiquen todas aquellas decisiones que afecten a los derechos e intereses de los ciudadanos, en este caso a los de los obligados tributarios en concreto; como una de las principales garantías que le asisten en el curso de estos procedimientos según estamos viendo, en tanto que deriva claramente de nuestro modelo, en esencia un Estado de Derecho; además de que, como venimos comentando y más concretamente, resulta destacable su relevante papel en relación con el derecho de defensa en su sentido amplio, en tanto que la motivación de los actos administrativos permite el control jurisdiccional de la legalidad de la decisión administrativa, además por supuesto de posibilitar una mejor argumentación a los obligados tributarios frente a aquellas actuaciones que no compartan de la Administración tributaria, al mostrarles su justificación o motivación frente a la que podrán contra argumentar. Esto podemos verlo también a nivel europeo⁴¹, cuando se señala que la motivación «debe indicar el iter lógico seguido por la autoridad comunitaria que ha adoptado el acto, de tal manera que permita al interesado conocer las razones del mismo para la defensa de sus derechos y al TJCE el ejercicio de su control»⁴², o bien que la motivación «debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la autoridad comunitaria de la que emane el acto impugnado, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y que el juez comunitario pueda

³⁹ En el mismo sentido pueden verse la STS de 27-junio-2013 y la SAN de 21-febrero-2002.

⁴⁰ SAN de 7-marzo-2002.

⁴¹ Como indica también la sentencia del TPIUE de 6-diciembre-1994, T-167/94, asunto *Nölle*, al señalar que las instituciones de la Comunidad disponen de una amplia facultad de apreciación, por lo que el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento comunitario en los procedimientos administrativos reviste una importancia aún más fundamental y, entre ellas, junto con otras, el derecho del interesado a expresar su punto de vista y el de que se le motive la decisión de modo suficiente (también sentencia del TJUE de 21-noviembre-1991, C-269/90, asunto *TU München*).

⁴² SSTJUE de 26-junio-1986, C-203/85, asunto *Nicolet Instrument GmbH*, y de 21-noviembre-1991, C-269/90, asunto *München*.

*ejercer su control»*⁴³. Y es que, esta conexión entre el derecho de defensa y la buena administración ha sido puesta de relieve igualmente por nuestros tribunales⁴⁴.

Más anticipadamente incluso, en relación con las actuaciones de verificación, comprobación e investigación que se inician, se ha señalado la necesidad de que la Administración tributaria indique al obligado tributario en ese comienzo cuál es su objeto así como la finalidad que se persigue con las mismas; lo que evidentemente también «constituye una garantía fundamental del derecho de defensa», por lo que se deduce de esta exigencia «que el alcance de la obligación de motivar las decisiones de verificación no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación»; «si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de verificación todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, debe, en cambio, indicar con claridad los indicios que pretende comprobar», lo que requiere como necesario a juicio de ese Tribunal, que la motivación «contenga los elementos esenciales»⁴⁵, si bien es cierto que lo deseable sería ampliarla a unos términos más generales.

II.4. La exigencia de resolución en un plazo razonable

La exigencia de resolución vista aún va más allá, puesto que no se trata sólo de resolver, sino de hacerlo también en un plazo razonable, lo que sin embargo ya no tiene una aplicabilidad tan generalizada en materia tributaria, puesto que en muchos de sus procedimientos la ley fija directamente la duración máxima establecida para su desarrollo y consecución⁴⁶ así como, en su caso, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento por la Administración⁴⁷; a pesar de lo cual, para aquellos supuestos en que no sea así, que también los hay, nos serviría traer a colación la invocación que hace la jurisprudencia europea del principio de buena administración, por la ausencia de una regulación general sobre la duración de los procedimientos administrativos en dicho ámbito, al utilizarlo como principio general que obliga a las instituciones de la Unión a respetar un plazo razonable en todas sus actuaciones cuando no se hubiera previsto un plazo legal, al margen de lo relativo de dicho concepto, la razonabilidad del mismo, dado que, evidentemente,

⁴³ STJUE de 14-febrero-1990, C-350/88, asunto *Delacree*.

⁴⁴ Por ejemplo en las SSTS de 15-octubre-2010, 19-octubre-2015 y 2-marzo-2016.

⁴⁵ STJUE de 17-octubre-1989, C-85/87, asunto *Dow Benelux NV contra Comisión*.

⁴⁶ Podemos mencionar el art. 104.1 LGT que fija el plazo general de 6 meses, con la excepción *in fine* del procedimiento de apremio que lo vincula a los 4 años de prescripción, y del art. 150.1 LGT respecto del procedimiento de inspección que lo establece en 18 meses, ampliables a 27, por citar algunos.

⁴⁷ Incluso en el art. 104.3 y 4 LGT se fijan, para el caso en que la propia regulación del procedimiento no lo haga, cosa que no es habitual en este ámbito pues suelen establecerse.

es en este caso precisamente donde el principio de buena administración adquiere especial protagonismo, al exigir a la Administración resolver en un plazo razonable, sin que se haya concretado su duración, es decir, el número de días que lo integran y que puedan considerarse razonables. En este sentido puede citarse al Tribunal de Primera Instancia⁴⁸, quien ha sostenido que *«para apreciar si la duración de dicho procedimiento resulta razonable será preciso tener en cuenta las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, el contexto mismo, las diferentes fases del procedimiento que debe seguir la Comisión, la complejidad del asunto y su trascendencia para las diferentes partes interesadas»*.

Y en el mismo sentido, ahora ya a nivel nacional, encontramos una argumentación interesante de nuestro Tribunal Supremo⁴⁹, a pesar de lo cual el fallo curiosamente no resolvió en el sentido que cabría esperar, pues la Sala desestimó el recurso interpuesto por el contribuyente aunque realizó unas declaraciones sobre el principio de buena administración que no se compadecían con su conclusión, al destacar que la dilación denunciada no puede ser jurídicamente indiferente. *«No es aceptable, pues, que los órganos administrativos queden solo sometidos al plazo de prescripción para remitir el expediente al órgano ejecutor. A la Administración, y claro está, a los órganos económico-administrativos conformadores de aquella, le es exigible una conducta lo suficientemente diligente como para evitar posibles disfunciones derivadas de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta del procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente. Del derecho a la buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos de plasmación efectiva, no es una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a éstas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela judicial efectiva y, en lo que ahora interesa, sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable»*.

Esa celeridad procedimental evitando prácticas dilatorias o posibles ineficacias, sobre todo teniendo en cuenta que, actualmente, las comunicaciones se pueden hacer utilizando medios informáticos, electrónicos y telemáticos⁵⁰ (como tanto se encarga de recordar la Ley General Tributaria para incentivar su uso) y que

⁴⁸ En sus sentencias de 15-septiembre-1998, T-95/96, asunto *Gestevisión Telecinco*, y de 19-marzo-1997, T-73/95, asunto *Oliveira*, entre otras.

⁴⁹ STS de 5-diciembre-2017 (rec. 1727/2016).

⁵⁰ Como señala la STSJ Castilla y León 126/2019, de 6-febrero (rec. 486/2018), *«si bien los medios de comunicación informáticos se establecen para favorecer a los administrados frente a la administración, ésta también resulta muy beneficiada por las nuevas tecnologías... y fruto de ello es que tengan aplicación las exigencias a la administración en cuanto al Derecho a una Buena Administración que establece el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»*.

se han establecido una serie de deberes de comunicación electrónica para la Administración y los administrados y, además, en último caso, también la exigencia del cumplimiento de los plazos como aplicación de la buena administración debida; ha tenido en otros casos un reflejo jurisprudencial más directo, al hacerse eco de su relación con la eficacia y adecuación precisa de los tiempos en que responde y, en definitiva, resuelve la Administración. En este sentido, respecto de las dilaciones o retrasos por parte de la Administración tributaria en la retroacción de actuaciones ordenada por un Tribunal Económico-Administrativo; el Tribunal Supremo⁵¹ ha señalado que eran incompatibles con el principio de buena administración, *«de tan arraigada raigambre en el Derecho Europeo forjado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y plasmado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -...-, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015»*.

De ahí deduce este órgano que *«le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente»*; por lo que *«resulta procedente dejar apuntado que en atención a las circunstancias de cada caso, bajo el prisma de los anteriores principios, la dilación no razonable y desproporcionada en la remisión del expediente para ejecución de la resolución estimatoria del órgano económico-administrativo no puede resultar jurídicamente neutral sino que deberá extraerse las consecuencias jurídicamente derivadas»*⁵². Y es que, a pesar de no haber un único régimen jurídico establecido para los casos en que se incumpla el plazo máximo de finalización del procedimiento fijado por ley (caducidad o no, posible desarrollo de un nuevo procedimiento sobre lo mismo o no...), lo que sin duda dificulta identificar las consecuencias jurídicas aplicables en el supuesto de que los tribunales justificaran dicho incumplimiento en la vulneración del principio de buena administración; resulta evidente que debería tener un efecto suficientemente disuasorio (fuera el que fuese) para terminar con este tipo de dilaciones y, de esa forma, lograr el

⁵¹ Pueden verse SSTS de 14-febrero-2017 (rec. 2379/2015), 17-abril-2017 (rec. 785/2016) y 5-diciembre-2017 (rec. 1727/2016).

⁵² La STS de 14-febrero-2017 (rec. 2379/2015) pone de manifiesto que el precepto reglamentario que ordena el cómputo del plazo para la ejecución a partir del momento de la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución, establece una regla que quiebra el equilibrio entre las partes, con clara vulneración de las garantías establecidas para el obligado tributario, puesto que la Administración podría *«dilatarse el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras a voluntad»*, consiguiendo por esta vía indirecta un privilegio que carece de respaldo normativo alguno.

cumplimiento real del principio de buena administración para que su vulneración no resulte finalmente indiferente.

Por todo ello, de esta jurisprudencia dimana que la buena administración implica un plus de exigencia y racionalidad en la actuación administrativa para que ésta sea correcta, incluso podríamos decir legítima, lo que conlleva un control sobre la adecuación o no de los tiempos de las resoluciones (pero desde un punto de vista material), cuando los derechos e intereses de los ciudadanos puedan sufrir una merma o perjuicio ostensible y efectivo; por ello, la Administración tributaria deberá actuar resolviendo y notificando en los plazos legales establecidos, como garantía de la seguridad jurídica y de la eficacia en su actuación. Pero incluso, dentro de los mismos, no debe agotarse necesariamente, resultando en todo caso razonable; pues en ciertos supuestos puede entenderse que el plazo fijado por ley es excesivo, atendiendo a esas circunstancias de cada caso⁵³.

Sin embargo y lamentablemente, no es la única línea argumental de nuestro Tribunal Supremo, puesto que en alguna otra ocasión⁵⁴ no apreció dilación desproporcionada alguna, más allá de un simple error del órgano económico-administrativo en la remisión de su resolución a un órgano incompetente (el Director del Departamento de Inspección, que no era competente para llevar a término lo acordado por el órgano revisor de instancia), a pesar de que ésta no era la única demora ostensible producida⁵⁵; apartándose con ello de lo anteriormente señalado. Insistiendo no obstante, eso sí, en la necesidad de analizar las circunstancias del caso concreto, pero sin basar su resolución en la posible vulneración del principio de buena administración (entendiendo cumplido el art. 150.5 LGT que permite ampliar el plazo máximo de duración del procedimiento inspector en tres o seis meses en determinadas circunstancias), aunque se realizaba una fundamentación jurídica detallada sobre su significado y alcance en el texto de la sentencia.

⁵³ En este sentido, resulta paradójico el plazo máximo establecido para el desarrollo y conclusión del procedimiento de apremio, coincidente con el de prescripción, es decir, 4 años (art. 104.1 LGT); aunque también se ha citado a título de ejemplo, el plazo legal máximo de contestación a las consultas tributarias que es de 6 meses (art. 88.6 LGT), planteando su modificación legal pues, aun respetándose, algo que no es habitual en la práctica, puede resultar excesivo ante situaciones económicas tan cambiantes como las actuales (CASAS, 2020: 82, en nota 74 citando a MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2018): *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implantación de un Manual de Buenas Prácticas (Compliance)*, pág. 13. Madrid: Ed. Lefebvre El Derecho).

⁵⁴ STS de 18-diciembre-2019 (rec. 4442/2018).

⁵⁵ Puesto que, aun tratándose de un procedimiento abreviado cuyo plazo de resolución legal son 6 meses, se tardaron 7 meses en notificar la resolución al órgano encargado de ejecutar la resolución que, además, lo que ordenaba era la retroacción de actuaciones. En total, entre la notificación de la liquidación y la ordenación de esa retroacción, la Administración había demorado 6 años.

II.5. Acceso al expediente y derecho a formular alegaciones

En último lugar nos vamos a referir a estos otros aspectos también cruciales del principio de buena administración, relacionados ahora con el art. 5.1.c.f.g y h LAJA, y que igualmente entroncan con el art. 41.2 CDFUE que, como vimos, además del deber de motivar las decisiones administrativas ya referido, refleja los derechos de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente (traducido en nuestra legislación andaluza como participación en las decisiones que le afecten, lo cual es mucho más amplio y completo), y de acceso a su expediente dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial (en este caso, reflejado como acceso a la documentación e información de la Administración, siendo ésta veraz, y a los archivos y registros de la misma, igualmente con mucho mayor alcance); teniendo en cuenta en relación con esto último que, según se ha mantenido, “la normativa de protección de datos resulta de aplicación a las solicitudes de acceso a la información pública del mismo modo que resulta de aplicación a las solicitudes de información medioambiental, de información tributaria o a las realizadas en el marco de un procedimiento administrativo en curso” (ADÁN, 2021: 4), mientras que, por el contrario, se ha considerado a nivel jurisprudencial que debe darse prioridad a la aplicación de la ley sectorial (LGT) que regula de manera específica el régimen tributario y la obtención de datos personales junto al establecimiento del carácter reservado de la información tributaria, restringiendo el derecho a obtener la información sobre estos datos, frente a la ley general o Ley de transparencia⁵⁶ (FERNÁNDEZ y PÉREZ, 2021: 24).

Todo ello deviene del carácter contradictorio de los procedimientos administrativos, como son los de aplicación de los tributos, en tanto que exigencia evidente del derecho de defensa, pues los obligados tributarios han de estar en disposición de poder presentar dentro de los plazos establecidos sus alegaciones, observaciones, documentación e informaciones que le interesen en relación con la argumentación, conclusiones y posibles imputaciones realizadas por el órgano administrativo, y hacerlo con anterioridad a que llegue a dictarse el acto o resolución correspondiente⁵⁷, es decir, a la vista de la propuesta formulada por la Administración tributaria previa a su decisión.

El derecho a ser oído, también conocido como principio *audi alteram partem*, reviste una especial relevancia, constituyendo uno de los pilares esenciales del Derecho, particularmente del administrativo y, por ende, del Derecho tributario

⁵⁶ La STSJ Andalucía, de 26-noviembre-2019, concluyó que es la propia Ley de transparencia la que remite a la legislación específica, por lo que ésta resulta de aplicación (su D.A. 1ª.2 en relación con el art. 95.1 LGT).

⁵⁷ STJUE de 13-julio-1966, C-56 y 58/64, asuntos acumulados *Consten y Grundig contra Comisión*.

en concreto, como ha señalado nuestra jurisprudencia⁵⁸, al tratarse de un sector de nuestro ordenamiento jurídico en el que genuinamente se pone de manifiesto el ejercicio de autoridad o, si queremos decirlo así, la coacción o ejecución forzosa sobre el obligado tributario y su patrimonio, pues la vía de apremio como máximo ejemplo de ello es precisamente esto, ejecutar por la fuerza el patrimonio del obligado tributario para que la Administración tributaria pueda cobrar su deuda, además de otras muchas manifestaciones que podrían citarse (requerimientos de información, imposición de medidas cautelares...); teniendo por ello también un reflejo específico en el art. 34.1.m LGT, que lo reconoce como el derecho a ser oído en el trámite de audiencia, aunque tenga muchas más referencias específicas en los diversos procedimientos tributarios. Precisamente es así porque el carácter contradictorio de estos procedimientos se considera como una exigencia de eficacia y buena administración, además por supuesto de un requisito de justicia, al igual que asegura un mejor y más completo conocimiento del caso específico que se está gestionando, permitiendo obtener una decisión o resolución del expediente más ajustada a Derecho⁵⁹.

De hecho, claramente el art. 105.c CE establece la exigencia al legislador ordinario para que, al dictar la normativa que regule el procedimiento a través del cual deben producirse los diversos actos administrativos, garantice la audiencia al interesado «cuando proceda» (específica), es decir, en el momento correspondiente y como norma general, cuyas excepciones habrán de estar debidamente justificadas⁶⁰; de lo que viene dado igualmente, y para asegurar precisamente que se cumpla con ese derecho de audiencia eficazmente, que una de las garantías imprescindibles sea el derecho de toda persona de acceso al expediente que le afecta, pues así podrá conocer su contenido íntegro, actuaciones, datos, documentos y, en su caso, pruebas que lo integran, lo que a su vez posibilitará que pueda contra argumentar, aportar información y documentación así como otros medios para demostrar sus alegaciones, referido en este otro caso en el art. 105.b CE⁶¹ con el que entronca, como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, razón por la cual se ha señalado que “no

⁵⁸ STS de 14-octubre-2013 (rec. 361/2012).

⁵⁹ Al respecto resultan interesantes las conclusiones del Abogado General Melchior Wathelet, presentadas el 25-febrero-2014 en los asuntos acumulados C-129/13 y C-130/13, *Kamino International* y *Datema Hellmann*, en las que analizó la compatibilidad del «derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente» del art. 41.2.a CDFUE con la normativa nacional, que no permitía al deudor opinar antes del requerimiento de pago, admitiendo tan sólo realizar alegaciones en vía de recurso.

⁶⁰ En nuestro caso es el art. 99.8 LGT el que permite prescindir del trámite de audiencia en las Actas con Acuerdo y si hay trámite posterior de alegaciones.

⁶¹ STJUE de 9-noviembre-2017, C-298/16, asunto *Ispas*.

nos encontramos ante un derecho reconocido como fundamental” al no vincularlo con el art. 20.4 CE (CHAMORRO, 2021: 3).

No obstante, la jurisprudencia europea equilibra esto con el principio de proporcionalidad⁶², que puede llevar a ponderar la oportunidad de acordar un acceso solamente parcial a los datos o incluso a establecer excepciones al mismo, basadas en la tutela del interés público y de las relaciones internacionales, en el hecho de que ese acceso parcial pueda implicar una carga administrativa desproporcionada o en que el examen de los documentos que serían divulgados no tuviera utilidad para quienes solicitan el acceso, al entender que el principio de buena administración permite ambas posibilidades.

III. BREVE BALANCE: HACIA DÓNDE VA LA “BONDAD” DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el derecho a una buena administración marca un principio o criterio genérico, que está permitiendo a los Tribunales de Justicia ir delimitando lo que debe entenderse por un funcionamiento correcto y adecuado de la Administración tributaria, posibilitando con ello la mejora de la calidad en sus múltiples actuaciones que tanta trascendencia tienen para todos los ciudadanos, al resultar en general todos ellos como obligados tributarios en unos u otros momentos de su vida; con esto, el ideal o utopía podría definirse como la procura de un comportamiento intachable, ejemplar, cuando ejercita cualquiera de las múltiples potestades tributarias que le han sido conferidas por nuestro ordenamiento jurídico, lo que contribuirá muy probablemente a su mayor aceptación por la ciudadanía, fomentando una imprescindible cultura tributaria que, sin duda alguna, la legitima y, sobre todo, fortaleciendo nuestro sistema tributario lo que, en última instancia, redundará en beneficio de todos al incrementar los recursos disponibles para atender nuestras necesidades de gasto.

Y esto es así indiscutiblemente, porque nuestra Administración tributaria no puede relajar, ni mucho menos eludir sus responsabilidades en el transcurso de sus múltiples actuaciones y procedimientos desarrollados, trasladando al obligado tributario lo que a ella compete mediante la imposición de cargas que le requieren llevar a cabo iniciativas que, a todas luces, resultan innecesarias en un funcionamiento administrativo, ni siquiera exquisito, sino tan sólo normal y adecuado (como la interposición de recursos innecesarios, la aportación de pruebas que obran en su poder o puede obtener fácilmente...); o bien a través de

⁶² STJUE de 22-enero-2004, C-353/01, asunto *Olli Mattila*.

la consecución para él de efectos negativos que le impiden obtener la adecuada respuesta para sus situaciones, actividades o solicitudes que, con una actividad administrativa correcta, no se habrían producido (como impedir que opere la prescripción que le favorece, posibilitar que ciertos actos adquieran firmeza en su contra...). La Administración tributaria debe procurar el interés público y la justicia material con su actuación, desarrollando todas aquellas actividades que le son propias y le están permitidas, con la utilización de los muchos y variados medios procedimentales y jurídicos de los que dispone, sin traspasar su diligencia debida a los obligados tributarios mediante una sobrecarga o sobreesfuerzo injustificable.

Además, la Administración tributaria debe buscar, de forma diligente y activa, soluciones a los casos que se le plantean, tomando la iniciativa en todo aquello para lo que está dotada de potestades y facultades a nivel normativo, sin esperar a que sea el obligado tributario quién se tenga que dirigir a ella para instarla, solicitarle o incluso reclamarle lo que procede; el impulso de oficio en las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos es una necesidad en muchos supuestos, más aún, es una exigencia con la que aquella debe cumplir, siempre con la premisa de evitar que se produzcan y, más aún, que puedan consolidarse resultados contrarios a Derecho. Su pasividad o inacción no puede llevar a que se produzcan o consagren situaciones injustas, contrarias a las finalidades que busca nuestro ordenamiento jurídico tributario, que puedan y deben evitarse o, al menos, reducirse o limitarse al máximo si hubiera una implicación administrativa más proactiva en lugar de reactiva.

Y esas potestades y facultades deben ejercitarse en un plazo razonable, que no solamente legal, sin dilaciones innecesarias que no estén motivadas o sean evitables; estando la Administración tributaria en condiciones de poder explicar y justificar también, precisamente, las decisiones que toma desde un punto de vista objetivo, imparcial, proporcionado y, por supuesto, acorde a Derecho, motivando el contenido de dichas resoluciones así como las actuaciones desarrolladas y facultades empleadas o, por el contrario, no utilizadas para ello. En su actuar, debe seguir un *iter* procedimental lógico y razonable, aunque no le venga explícitamente impuesto por la normativa, dado que los procedimientos tributarios son muy complejos, en ellos se desarrollan muchas actuaciones de diversa índole que se pueden entrecruzar pero que, al fin y a la postre, lo que persiguen finalmente es dar cumplimiento a la obligación tributaria; haciendo un uso discrecional, aún más, justificado y en ningún caso arbitrario, de las potestades discrecionales de las que goza. Todo esto es exigible a una buena administración.

Por todo ello, el principio de buena administración puede resultar un instrumento muy valioso para tutelar los derechos de los obligados tributarios; exigiendo a la Administración tributaria tratar los asuntos de forma imparcial y objetiva, que su

actuación sea eficaz, equitativa y proporcionada, y que resuelva los procedimientos de aplicación de los tributos diligentemente, tomando las decisiones más adecuadas en un plazo razonable, además de motivándolas suficientemente, con la participación de dichos sujetos al considerar para sus resoluciones las informaciones, manifestaciones y alegaciones que hayan podido formular. Lo cual no es incompatible, en absoluto, con el recurso a los principios de capacidad económica o igualdad, generalidad o progresividad que sienta el art. 31.1 CE y que se engloban en la más genérica exigencia del reparto justo de la carga tributaria. Por esto, es muy lógico que el principio de buena administración tenga una proyección especial y específica en ciertos ámbitos administrativos como es el tributario; pues supone una exigencia genérica de actuación coherente con todos los principios constitucionales, no solamente los implicados en la necesidad y obligación de sostener los gastos públicos mediante un sistema tributario justo, sino igualmente también, todos los demás que nuestra Carta Magna impone a nuestro Estado de Derecho y requiere de las diferentes Administraciones públicas mediante las que éste actúa. En este sentido, creemos que poco a poco se está yendo por el buen camino, hacia una Administración tributaria “buena”; esperemos que no se tuerza o desvíe de dicha senda.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADÁN CASTILLA, I. (2021): “El acceso de información con datos personales de la persona solicitante: doctrina del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56, págs. 1-20.

CASAS AGUDO, D. (2020): “Derecho a una buena administración y ordenamiento tributario”, en *Nueva Fiscalidad*, núm. monográfico sobre Derechos fundamentales y Tributación, págs. 61-101.

CASTILLO BLANCO, F. A. (2015): “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, págs. 1-35.

CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. (2021): “Gobernanza y función pública. Transparencia y buen gobierno y su relación con la función pública”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, págs. 1-9.

ESCUÍN PALOP, V. (2019): “En torno a la buena administración”, en DEL GUAYO CASTIELLA, I. y FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (Coords.): *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, págs. 325-344. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2021): “Crónica de Jurisprudencia sobre transparencia y buen Gobierno”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56, págs. 1-25.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M. (2020): “El derecho a una buena administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, págs. 1-11.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2014): “Del «derecho a la buena administración» al derecho de la Administración europea”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 51, págs. 19-43.

JUAN LOZANO, A.M. y FUSTER ASENCIO, C. (2016): “Buena administración tributaria y seguridad jurídica: cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, en *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 5, págs. 130-1

LARA ORTIZ, M.L. (2019): “El derecho a la buena administración en el marco de la protección de los derechos humanos”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, núm. 39, págs. 340-355.

LITAGO LLEDÓ, R. (2021): “Eficacia práctica del «principio» de buena administración formulado por el Tribunal Supremo”, en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 133, págs. 1-21.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2020): “El principio de buena administración en materia tributaria”, en *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 186, págs. 15-38.

RODRÍGUEZ ARANA, J. (2013): “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, en *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 6, págs. 23-56.

SESMA SÁNCHEZ, B. (2020): “La invalidez sobrevenida del IBI: causas y alternativas de remisión”, en *Quincena Fiscal*, núm. 1, pág. 1-27.

TOMÁS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración*, págs. 342. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1.^a ed.

