

Nº 44
Cuarto trimestre 2025

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 44. Diciembre 2025

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

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

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local



D. Jordi Gimeno Beviá

Prof. Derecho Procesal de la UNED

D. Jorge Fondevila Antolín

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

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

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

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	11
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

OBSTÁCULOS A LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

D ^a Anabelen Casares Marcos.....	17
---	----

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19.

D ^a Lucía López Ortega	113
---	-----

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES DE SERVICIOS DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO 2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE

D ^a María Jesús García García	197
--	-----

LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

D ^a Lena Carazo Sánchez.....	273
---	-----



**DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES ACTUALES
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA**

D^a Patricia Cervera Valencia371

RECENSIÓN

**EL ACTO DE CERTIFICACIÓN: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN
CERTIFICANTE DEL SECRETARIO DE LOS ÓRGANOS
COLEGIADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....419

SECCIÓN INTERNACIONAL

**EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

D. Rodolfo Cancino Gómez433

BASES DE PUBLICACIÓN469



EDITORIAL

En el número 44 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional y una reseña, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. Anabel Casares Marcos ganadora de la categoría general de los premios Gabilex 2025 con el trabajo "Obstáculos a la transparencia y el derecho de acceso a la información pública: reflexiones desde el ordenamiento jurídico español".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Lucía López Ortega, ganadora de la categoría TFG, TFM y Másteres de los premios Gabilex 2025 con el trabajo "La responsabilidad patrimonial del estado legislador en la gestión de la pandemia por el Covid 19".

A continuación, D^a María Jesús García García realiza un estudio brillante sobre "Derechos y garantías de los ciudadanos como usuarios y consumidores de servicios digitales a la luz del Reglamento 2022/2065 de 19 de octubre". Como destinatarios de servicios digitales, los usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus



derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático.

D^a Lena Carazo Sánchez aborda bajo el título “La fiscalidad del comercio electrónico” las principales problemáticas fiscales derivadas de la digitalización, como el fraude fiscal, la evasión de impuestos y la dificultad de aplicar conceptos tradicionales como residencia fiscal o establecimiento permanente.

La sección nacional se cierra con la obra de D^a. Patricia Cervera Valencia sobre “Dificultades, retos y oportunidades actuales en la contratación pública estratégica”. A pesar del compromiso político y normativo, los datos muestran una escasa presencia de cláusulas estratégicas en los contratos públicos. Esta brecha entre discurso y práctica evidencia la necesidad de reforzar la gobernanza de la contratación pública estratégica, dotando al sistema de estructuras sólidas, coordinación interinstitucional y mecanismos de supervisión eficaces.

D. José Joaquín Jiménez Vacas realiza la recensión de la obra “El acto de certificación: análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las administraciones públicas”.

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Rodolfo Cancino Gómez que hará las delicias de los lectores sobre “El diálogo competitivo en la contratación pública”.



El 16 de abril del 2025 entró en vigor en México la nueva Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP), cuyas novedades son sustanciales y trascendentales para la Contratación Pública de las entidades y dependencias en los tres niveles de gobierno. Analiza el procedimiento de diálogo competitivo y sus implicaciones con otras figuras similares que se encuentran en normativas de carácter internacional, fuente de inspiración para su incorporación en la legislación mexicana.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



**OBSTÁCULOS A LA TRANSPARENCIA Y
EL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA:
REFLEXIONES DESDE EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

***OBSTACLES TO TRANSPARENCY AND
THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC
INFORMATION:
REFLECTIONS FROM THE SPANISH
LEGAL SYSTEM***

D^a Anabelen Casares Marcos

Catedrática de Derecho Administrativo de la
Universidad de León

Letrada del Tribunal Constitucional

Resumen: El valor, la filosofía y los efectos de la transparencia del sector público, en su vertiente tanto activa como pasiva, han experimentado un auge



espectacular desde una perspectiva comparada en un período de tiempo relativamente corto. Su consolidación internacional se erige sobre el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública entendido como instrumento de rendición de cuentas y de participación pública, que permite al ciudadano acceder a aquella información que le pudiera resultar de interés por afectar al interés general o al suyo particular. Su logro parte inevitablemente del conflicto y de la búsqueda de un complejo e inestable equilibrio que obliga a cada ordenamiento a articular los instrumentos, mecanismos y garantías que permitan ponderar adecuadamente las facetas y derechos en conflicto en cada caso. Queda aún, no obstante, trabajo por delante para hacer verdaderamente eficaz la reclamación articulada por el legislador frente a la resolución desfavorable a la pretensión de acceso ejercitada, así como para garantizar un seguimiento real de las obligaciones normativas alumbradas al respecto.

Palabras clave: transparencia, acceso a la información pública, información pública

Abstract: From a comparative perspective the value, philosophy, and effects of public sector transparency, in both its active and passive aspects, have experienced a spectacular rise in a relatively short period of time. International strengthening of transparency is built on the recognition of the right to access public information as an instrument of accountability and public participation, which allows citizens to access information that may be of interest to them because it affects the



general interest or their own. Its achievement inevitably stems from conflict and from the search for a complex and unstable balance that requires each legal system to build the tools and guarantees that should allow for the adequate weighing of the conflicting aspects and rights involved in each case. There is still, however, work ahead to ensure that the claim regulated by the legislator against unfavorable resolutions is effective, as well as the adequate monitoring of the legal obligations therefore imposed.

Keywords: transparency, access to public information, public information

Sumario: I. La recepción y consolidación internacional de un nuevo derecho a acceder a la información pública. II. Vertientes de la transparencia: ¿cómo materializarla? III. La información pública como objeto de la transparencia: ¿qué ha de ser transparente? IV. Limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública. V. Algunos escollos para la materialización de la transparencia: 1. Reclamación frente a la inadmisión o desestimación de las solicitudes efectuadas en ejercicio del derecho de acceso a la información pública. A) Sujetos del procedimiento de reclamación. B) Tramitación y resolución del procedimiento de reclamación. 2. Necesidad y complejidad de efectuar un seguimiento eficaz en materia de transparencia. VI. BIBLIOGRAFÍA.



I. La recepción y consolidación internacional de un nuevo derecho a acceder a la información pública.

Desde una perspectiva internacional el régimen jurídico de la transparencia se erige fundamentalmente sobre el reconocimiento y la regulación del derecho de acceso a la información pública considerado desde una doble dimensión. De una parte, de interés general como instrumento o herramienta para controlar y garantizar el adecuado funcionamiento de las instituciones en una sociedad democrática, asegurar la rendición de cuentas en la actuación pública y la participación de los ciudadanos en la gestión y procesos de toma de decisión en relación con los asuntos públicos¹. De otra, una dimensión propiamente privada o particular, en tanto permite a las personas acceder a aquella información sobre la actuación pública que pudiera resultarles de interés desde la esfera de sus intereses particulares por afectarles de forma específica o individual.

En el ámbito europeo, el art. 15.3 del Tratado de la UE reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión, así como de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establezcan al respecto de conformidad con el propio precepto. En esta misma línea, los arts. 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que garantizan «el derecho de toda persona a acceder al

¹ Así lo refiere, por todos, el Síndic de Greuges de Cataluña en su informe extraordinario *El derecho de acceso a la información pública*, marzo 2012, págs. 5 y ss.



expediente que le concierna»² y el de «todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro [...] a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte».

Este reconocimiento encuentra desarrollo, por lo que afecta a las instituciones europeas, en el Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo, de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, cuyo Preámbulo afirma que «tiene por objeto garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos y determinar los principios generales y los límites que han de regularlo»³. Su amplitud ha sido sancionada por la jurisprudencia del TJUE que ha incidido en la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones al derecho de acceso⁴. Pese al indudable

² Dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, tal y como sanciona el art. 41.2 b) de la Carta, precepto relativo al derecho a una buena administración.

³ Vid., con mayor profundidad, NEIRA BARRAL, D., *Transparencia de las Administraciones públicas y acceso a la información*, Colex, A Coruña, 2022, págs. 19 y ss., sobre la finalidad de la política de transparencia europea, la evolución del régimen de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión Europea y los principios derivados de la jurisprudencia europea en tal sentido.

⁴ Así, a título de ejemplo, en la Sentencia de la Gran Sala de 26 de enero de 2010, asunto C-362/08 P, *Internationaler Hilfsfonds* eV.



ejemplo que representa este Reglamento, susceptible de actuar como modelo para los Estados miembros, no existe una norma europea equivalente que armonice desde una perspectiva general las legislaciones internas en materia de acceso a la información, destacando, no obstante, algunas Directivas que inciden en la cuestión desde la perspectiva sectorial de materias concretas, en especial, la medioambiental⁵.

Resulta significativo, asimismo, el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009. Inspirado en las experiencias comunes de una parte importante de sus Estados miembros, constituye el primer instrumento legal internacional que reconoce el derecho de acceso con carácter general y vinculante. Sanciona el acceso a los documentos públicos como

⁵ En particular, Directivas 2003/4/CE, de 28 de enero, de acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, y 2004/35/CE, de 21 de abril, de responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Destacan, asimismo, las previsiones en materia de acceso recogidas en su momento por la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre, de reutilización de la información del sector público, sustituida hoy día por la Directiva 2019/1024/UE, de 20 de junio, de datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, por no hablar de las obligaciones que sancionan en materia de transparencia y acceso a la información las Directivas aplicables en materia de contratación pública (en la actualidad, Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE) o de servicios en el mercado interior (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior).



regla efectiva y el rechazo a su difusión como excepción en ciertos supuestos que «se establecerán específicamente en la ley, habrán de ser necesarias en una sociedad democrática, y proporcionales» al objeto de proteger ciertos intereses jurídicos legítimos superiores que pueden ser de naturaleza pública o privada y que el propio Convenio relaciona⁶.

Su Preámbulo cita, en concreto, como antecedentes para su reconocimiento del derecho de acceso, el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷, los arts. 6, 8 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸, la Convención de NU sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia del medio ambiente⁹, y el Convenio del Consejo de

⁶ Destaca el Síndic de Greuges de Cataluña en su informe extraordinario *El derecho de acceso a la información pública*, marzo 2012, pág. 9, que con ello el Consejo de Europea ha establecido «que hay que aplicar los principios de daño efectivo y de interés público preferente en el acceso, antes de denegar el acceso en base a la aplicación de alguna de las excepciones que enumera el artículo 3.1 del Convenio», de forma que el sujeto obligado deberá «valorar si el acceso provocaría un daño real al derecho o el interés protegido con la excepción y ponderar si se da un interés público superior en la difusión, en relación con la afectación del derecho o el interés protegido con la excepción».

⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁸ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁹ Hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998.



Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹⁰.

Por otra parte, ante el silencio al respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que no recoge de forma expresa un derecho de acceso a la información pública, alcanzará también gran repercusión en el ámbito europeo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que en su labor interpretativa ha ponderado el texto del Convenio a la luz de diversos criterios y antecedentes hasta desembocar en el reconocimiento del citado derecho de acceso, si bien con un carácter marcadamente instrumental en tanto presupuesto para la protección de la «libertad de recibir o de comunicar informaciones» que sanciona el art. 10 CEDH.

Se revela capital, en tal sentido, la Sentencia de la Gran Sala de 8 de noviembre de 2016, asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, que sintetiza y aclara el debate y su doctrina acerca de la eventual existencia, naturaleza jurídica y efectos de este derecho en la jurisprudencia del Tribunal¹¹. El TEDH afianza en este

¹⁰ Hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

¹¹ HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 2018, págs. 485 y ss., profundiza en los criterios hermenéuticos tenidos en cuenta a tal efecto por el TEDH, en particular, los contenidos en los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.



pronunciamiento su consideración del derecho de acceso a la información y documentación pública como parte esencial de la libertad de recibir información ex art. 10 CEDH, desgajándolo de los derechos al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y a la tutela judicial efectiva (art. 6.1 CEDH), que quedan en cambio al margen. Su instrumentalidad como derecho se concreta en la articulación por el Tribunal de un test que descansa sobre cuatro criterios o elementos para determinar su iusfundamentalidad y, por ende, su eventual protección en el caso concreto: i) la finalidad de la solicitud de información, de manera que pese a no ser precisa la motivación de la petición correspondiente se tomará en consideración, caso de existir, en la ponderación correspondiente¹²; ii) la naturaleza de la información solicitada; iii) el rol del solicitante de información, en especial si cumple con el importante papel de *social public watchdog*, que puede recaer no solo sobre la prensa sino también sobre organizaciones no gubernamentales implicadas en asuntos de interés

¹² PÉREZ CONCHILLO, E., «Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 35, 2021, se muestra crítica con la tibieza desplegada por el TEDH en este punto en su Sentencia de 26 de julio de 2020, asunto *Centro para la Democracia y Estado de Derecho c. Ucrania*, en la que mantiene una postura diferente y cuestionable, «preocupante» a su juicio, alejada a la mantenida en otros supuestos, en particular, en la Sentencia recaída poco antes, con fecha 30 de enero de 2020, en el asunto *Studio Monitori Studio y otros c. Georgia*.



público; y, iv) que la información esté lista y disponible, elaborada¹³.

La doctrina del TEDH considera, en síntesis, que cuando el art. 10 CEDH sanciona el derecho a la libertad de recibir información básicamente prohíbe que se restrinja o limite desde el ámbito público que una persona reciba información de quien desee o quiera dársela, sin que pueda interpretarse, no obstante, que exista con carácter general una obligación positiva del Estado a la luz del Convenio de recopilar y difundir información de oficio (publicidad activa) o, en su caso, de transmitirla a un solicitante a resultas de un pretendido derecho de acceso a información en poder de una autoridad pública (publicidad pasiva)¹⁴. Este último derecho personal y, por ende, su correlativa obligación pública puede surgir, no obstante, en dos supuestos concretos. De un lado, cuando la divulgación de la información hubiera venido impuesta por una orden judicial firme a la luz de la legislación y la realidad judicial nacional correspondiente. De otro, cuando de las circunstancias del caso concreto quepa inferir que el acceso a la información es realmente instrumental para

¹³ Vid. con mayor profundidad sobre la evolución de la doctrina del TEDH en relación con este derecho de acceso, por todos, HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH...», op. cit., y PÉREZ CONCHILLO, E., «Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso...», op. cit.

¹⁴ De ahí que HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH...», op. cit., pág. 508, concluya que el balance del estudio de la jurisprudencia del TEDH en materia del derecho de acceso a la información pública «arroja luces, sombras y penumbras».



el ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión, en particular, de su vertiente concreta de libertad para recibir y difundir información, erigiéndose la negativa pública a proporcionarla en una injerencia indebida en el derecho¹⁵.

También la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado que «el derecho de acceso a la información es una herramienta crítica para el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, así como para la prevención de la corrupción», calificándolo de «requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del gobierno y de las restantes autoridades estatales». Su pleno ejercicio constituye «una garantía indispensable para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal y prevenir la corrupción y el autoritarismo»¹⁶.

Ha profundizado en ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al inferir de la libertad de pensamiento y de expresión que establece el art. 13 de

¹⁵ HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH...», op. cit., págs. 499 y ss., sintetiza la evolución y los elementos esenciales de la doctrina del TEDH, subrayando la trascendencia que ha otorgado al hecho de que la autoridad pública a la que se solicite la información la ostente en régimen de monopolio, en cuyo caso impone extremar el escrutinio a la negativa a concederla.

¹⁶ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022*, volumen II, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 50, de 6 de marzo de 2023, párr. 85.



la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷, en particular, de la libertad que consagra su primer apartado «de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección», «el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención». Es más, «dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción», amparando, a su vez, que el solicitante la «circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla». Así lo establece su Sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*¹⁸, de repercusión indudable en esta zona geográfica a la vista de la evolución seguida por el régimen jurídico aplicable al respecto desde su punto inicial de partida¹⁹.

¹⁷ Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

¹⁸ Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, párr. 77.

¹⁹ Vid. el reportaje de 27 de julio de 2023 sobre el caso disponible en el blog *Reparando Derechos*, alojado en la página web de la Corte y relativo al impacto de sus Sentencias en la reparación de derechos humanos. En él se destaca cómo antes de la aplicación de la sentencia «solo tres países de América Latina y el Caribe tenían normativas claras de acceso a la información pública», si bien «dieciséis años después, son solo tres países de la región los que no cuentan con normativa de acceso a la información pública».



Con esta resolución la CIDH abrió el camino para la interpretación del derecho a la libre información como obligación que incumbía también a los poderes públicos, sentando una serie de principios que influirían con posterioridad en la jurisprudencia del TEDH. Así, i) que el principio general de acceso a la información pública es el de «máxima divulgación», de modo que corresponde al Estado demostrar la existencia de restricciones; ii) que toda restricción ha de estar establecida por ley; iii) que la ley ha de haber sido dictada por razones de interés general para la defensa del bien común, como elemento integrante del orden público democrático; iv) que la restricción debe obedecer a un motivo permitido por la Convención en su art. 13.2, redirigiéndose a las necesarias para garantizar «el respeto a los derechos o a la reputación de los demás» o «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas»; y, v) que la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y apropiada para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el ejercicio efectivo del derecho.

Revisten especial interés los casos resueltos por la CIDH en que ha vinculado el derecho de acceso a la información pública a la investigación de violaciones de derechos humanos, concibiéndolo como un instrumento idóneo para proteger el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares, ya sea ante la insuficiencia de la investigación pública desarrollada²⁰ o ante el

²⁰ Así, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 136, en especial, párrs. 78 y 79.



ocultamiento deliberado de la información disponible tras mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o, incluso, en razones de interés público o seguridad nacional para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes²¹. En estos supuestos la Corte vincula ambos derechos a partir de la premisa de que la información sobre una violación de derechos humanos, debido precisamente a su trascendencia para la autodeterminación colectiva, no solo concierne a la víctima y a sus familiares, sino a toda la sociedad²².

²¹ A título de ejemplo, en sus Sentencias de 25 de noviembre de 2003, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 101, párr. 180; de 26 de noviembre de 2008, caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 190, párr. 77; de 23 de noviembre de 2009, caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209, párr. 258; y, de 24 de noviembre de 2010, caso *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 219, párr. 202, que sanciona, además, en la línea de la primera Sentencia citada, caso *Myrna Mack Chang*, párr. 181, que «cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito», sin que pueda tampoco «quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada».

²² Con mayor profundidad, SOTELO-TORRES, C. R. A.; GARCÍA-CURIEL, K., «El procedimiento de acceso a la



En definitiva, el interés inherente a la divulgación de la información que se solicita a las autoridades públicas es ampliamente reconocido en el plano internacional no solo por su eventual incidencia en la esfera particular del requirente, sino por su trascendencia para la conformación de una sociedad informada y crítica y, en última instancia, para el fortalecimiento de una democracia de calidad²³. De ahí su amplia positivación desde hace décadas por muchos Estados²⁴, comenzando por la pionera norma sueca de

información pública como mecanismo para proteger el derecho a la verdad. Una revisión de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia», *Revista Española de la Transparencia*, 19, 2024.

²³ Vid. a título de ejemplo el comentario de SARAT, A., «Georgia Court Case Tests the Limits of Execution Secrecy in the United States», *Verdict. Legal Analysis and Commentary from Justia*, 15 de marzo de 2024, sobre la creciente falta de transparencia activa e incluso pasiva respecto a la práctica y la información atinente a la ejecución de la pena de muerte en diversos estados norteamericanos.

²⁴ NEIRA BARRAL, D., *Transparencia de las Administraciones públicas y...*, op. cit., pág. 20, da cuenta de cómo se expandió la legislación en materia de transparencia entre los países latinos de la Europa occidental, con Francia como pionera, y de cómo se integró en algunos de ellos en leyes más generales reguladores de las relaciones entre Administración y ciudadano o del procedimiento administrativo, tal y como sucedió en un primer momento en España con la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dedicó a la cuestión su art. 37.



1766²⁵, si bien resulta indudable la creciente atención académica y normativa recibida por la transparencia y, en especial, el acceso a la información como elemento estructural del ejercicio del poder y la autoridad pública durante los últimos veinte años²⁶.

Se han aducido como motivos para ello, entre otras razones al respecto, las transiciones hacia la democracia experimentadas por muchos países desde los años noventa, las demandas de mayor participación y transparencia en los asuntos públicos a causa de cierta pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones, los efectos sociopolíticos derivados de la grave crisis económico-financiera desatada a comienzos de siglo o los avances tecnológicos que han facilitado e

²⁵ El Decreto de su Majestad sobre la Libertad de Escritura y Prensa promulgado por la Dieta de los Estados Generales sueca con fecha 2 de diciembre de 1766, fue respaldado por tres de los cuatro estamentos representados, otorgándole así rango de Ley Fundamental.

²⁶ Para GINESTA RODRÍGUEZ, V. *et al.*, «Diez años de la aprobación de la Ley 19/2013: una panorámica de los patrones de publicidad activa en los ayuntamientos españoles», *Revista Española de la Transparencia*, 19, 2024, pág. 49, se trata, sin duda, de «un fenómeno global desarrollado en gran medida durante este siglo» como demuestra que «el grueso de las leyes de acceso a la información» se haya aprobado durante los últimos veinte años, «pasando de las 26 existentes en 1999 a las aproximadamente 132 de la actualidad».



impulsado el acceso real y efectivo a documentación de toda clase²⁷.

II. Vertientes de la transparencia: ¿cómo materializarla?

La transparencia se despliega fundamentalmente en dos vertientes o direcciones. De un lado, a través del establecimiento de obligaciones de publicidad activa para todas las instituciones y entidades públicas comprendidas en su ámbito de aplicación. De otro, garantizando el acceso, el auténtico derecho, en suma, de los ciudadanos a la información pública, también tildada de publicidad pasiva. Ambas forman parte de las denominadas políticas de *open data* o datos abiertos y se encuentran estrechamente imbricadas. No en vano, a mayor publicidad activa, menor demanda de información y menos litigiosidad a causa de su denegación.

En España, la mayor novedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se situó, precisamente, en relación con el régimen jurídico de la transparencia y las obligaciones de publicidad activa y pasiva que incorporó, resultando quizá más conocido y pacífico el tema del buen gobierno. Dedicó su Título I a la transparencia de la actividad pública, englobando bajo este rótulo obligaciones tanto de publicidad activa, esto es, de dar a conocer cierta información, como de publicidad pasiva o acceso a la información pública a

²⁷ VVAA, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, pág. 19.



petición o solicitud del propio ciudadano; ambas debidamente enmarcadas por dos vertientes esenciales: de un lado, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, al que se dedica el Capítulo I de este primer Título a fin de delimitar los sujetos públicos y privados obligados a su cumplimiento, y, de otro, el ámbito objetivo afectado por el texto legal, concretado en los Capítulos II y III, en los que se aborda la cuestión esencial acerca de cómo y cuál sea la información a suministrar, en cada caso particular, a la sociedad, ciudadano solicitante o, en definitiva, *stakeholder* afectado.

Desde la primera de las perspectivas apuntadas, la determinación del ámbito subjetivo de la ley condiciona, sin duda alguna, la forma en que se materializa la transparencia en tanto marca quién ha de ser transparente y hasta dónde²⁸. Cabe diferenciar en sus arts. 2 a 4 cuatro grupos de sujetos en función de su atadura o grado de sumisión a las obligaciones de publicidad activa y pasiva impuestas por la ley. En cuanto a la segunda faceta apuntada, esto es, al ámbito

²⁸ Cabe traer a colación la reflexión desarrollada en este punto por el Síndic de Greuges de Catalunya en su Informe extraordinario sobre *El derecho de acceso a la información pública*, de marzo de 2012, cuando afirma, pág. 26, que «lo que debería ser relevante a los efectos de la aplicación de la normativa reguladora del derecho de acceso es que la información haga referencia a actividad pública, entendida en sentido amplio, con independencia de que esté en posesión de un sujeto público o privado. Y si determinada información de relevancia pública no puede ser accesible, debe ser por razones objetivas y motivadas, porque exista una excepción al acceso, no por razón del ente o la persona que posee esta información.»



propiamente objetivo de la Ley, el Título I diferencia de forma expresa entre dos regímenes de publicidad, activa y pasiva, dedicando a cada uno de ellos un Capítulo independiente.

Y así, el Capítulo II prevé, en primer lugar, la publicación periódica y actualizada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web de los sujetos obligados de aquella información «relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública», deber que recae directamente sobre algunos sujetos y de forma, en cambio, tan sólo indirecta o tangencial sobre otros, en cuanto obligados a transmitir a otra Administración, organismo o entidad, previo requerimiento o en los términos previstos contractualmente, la información que pudiera reputarse necesaria para su cumplimiento de este extremo.

Exige el legislador que la publicación se realice de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, preferiblemente, en formatos reutilizables, debiendo establecerse los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, interoperabilidad, calidad y reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. A tal efecto, los arts. 6 a 8 de la Ley identifican y desgranar el contenido de aquella «información relevante» que debe ser objeto de publicación, en la que quedan comprendidos aspectos no sólo institucionales, organizativos y de planificación, sino



también información de relevancia jurídica, de un lado, y económica, presupuestaria y estadística, de otro²⁹.

Poco más precisa este Capítulo, que resulta, precisamente por ello, un tanto limitado, en cuanto requiere, sin duda alguna, del complemento de la pertinente normativa de desarrollo, ya sea sectorial o no, para la determinación no sólo del modo en que habrá de realizarse la publicación correspondiente, sino de las posibles consecuencias que llevaría anudadas la inobservancia de lo que en él se dispone. A título de ejemplo, se determina de forma un tanto imprecisa que las obligaciones de publicidad activa tendrán carácter periódico, sin concretar o establecer lapsos temporales concretos, ya sean siquiera plazos mínimos o máximos; tampoco se ofrecen criterios claros para discernir, de otro lado, la relevancia o irrelevancia, en su caso, de una información concreta que pudiera o hubiera de ser objeto de publicidad.

El Capítulo III del Título I se centra, en cambio, en las obligaciones de publicidad pasiva que recaen sobre los sujetos obligados por la Ley, esto es, en el que tradicionalmente ha venido conociéndose y enunciándose como derecho de acceso a la información pública. A diferencia de la publicidad activa, esta segunda presupone una actuación o solicitud previa de algún ciudadano, interesado en acceder a la información pública correspondiente. Regulada hasta aquel momento de forma claramente insuficiente en el art. 37 de la Ley

²⁹ En todo caso, se debe tomar en consideración la normativa sectorial que amplía, en ciertos supuestos y para determinadas materias y organismos públicos, la información que debe ser objeto de publicidad activa.



30/1992, de 26 de diciembre, se le dedican ahora en el nuevo texto legal de diciembre de 2013 trece preceptos, los arts. 12 a 24, estructurados en tres Secciones que regulan, sucesivamente, los posibles límites al derecho de acceso a la información pública, el procedimiento concreto para su ejercicio, así como el régimen, en su caso, para la posible impugnación de la resolución correspondiente.

Sobresale, en particular, respecto al cauce procedimental dispuesto por la ley al que deberá acomodarse el ejercicio del derecho de acceso, la exigencia de motivación para su eventual denegación, requerimiento fácilmente eludible, como se comprende, ante la previsión expresa de efectos desestimatorios una vez transcurrido el plazo máximo establecido para resolver, de un mes, como regla general, ampliable por otro mes, previa notificación al interesado, en caso de que «el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario». Cabía augurar desde un primer momento, pese al tenor literal del precepto, la ampliación prácticamente automática y generalizada de este plazo máximo para resolver, ante la facilidad de interpretar y expandir el concepto jurídico indeterminado «complejidad» para justificar la prórroga correspondiente, cuando no la directa pasividad e inactividad del sujeto obligado frente al requerimiento efectuado.

La complejidad procedimental se ve incrementada, además, por la introducción de una vía administrativa de recurso alternativa y potestativa, ex arts. 23 y 24 de la Ley de 2013, ante la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno como organismo público



de nueva creación cuyo régimen jurídico establece el Título III de la ley. Se trata de una posible vía para la impugnación de las resoluciones, expresas o presuntas, que recaigan a resultados del procedimiento instado para el ejercicio del derecho de acceso³⁰, sustitutiva, en todo caso, de los recursos administrativos ordinarios regulados al momento de aprobarse la Ley 19/2013 por la Ley 30/1992³¹ y actualmente por la vigente Ley 39/2015³². Conforme al art. 24.4, el plazo máximo de que dispone el Consejo para resolver es de tres meses, entendiéndose desestimada la reclamación en caso de silencio administrativo.

Sin menoscabar la importancia de esta nueva reclamación cabe cuestionarse, no obstante, acerca del impacto y los efectos prácticos derivados, de forma más amplia, de la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de

³⁰ Sean resoluciones en sentido estricto o actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, impidan la continuación del procedimiento, produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por aplicación supletoria del art. 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

³¹ En virtud de lo dispuesto por aquel entonces en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³² Actualmente, artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No en vano, las carencias del sistema de recursos administrativos ordinarios fueron ampliamente tratadas en la obra colectiva LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016.



diciembre, sobre el grado o nivel real de transparencia de nuestro sector público. No en vano, el procedimiento articulado por el legislador para acceder a la información pública está llamado a desembocar, las más de las veces, en la desestimación de la solicitud correspondiente por silencio administrativo³³, eludiendo con ello la exigencia de motivación para la eventual resolución denegatoria y abriendo al interesado la subsiguiente reclamación en vía administrativa, ya sea a través de los recursos administrativos ordinarios u optando, en su caso, por la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) u órgano de garantía autonómico correspondiente. Un auténtico vía crucis procedimental para el solicitante recalcitrante en su intención, por cuanto la posible desestimación de su petición en esta segunda vía administrativa, plagada de carencias e insuficiencias en su regulación, le abocaría, en última instancia, a la vía judicial, lenta y poco rentable si se

³³ Una vez transcurrido el plazo máximo establecido para resolver, de un mes, como regla general, ampliable por otro mes, previa notificación al interesado, en caso de que «el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario». El propio CTBG ha señalado en su *Memoria 2019*, pág. 148, que a causa de ello «a la hora de formular su reclamación, el interesado o la interesada se encuentra en una situación desfavorable al tener que presentar una impugnación sin conocer los motivos que han conducido a la otra parte a denegar su solicitud de acceso», sin que ello quede solventado porque «en buena parte de los casos, una vez presentada la reclamación, el órgano administrativo, a invitación de este CTBG, fija su posición haciendo alegaciones».



considera su sustanciación por procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

Sin duda la repercusión real de este procedimiento de impugnación como posible promotor de una toma de conciencia y, en definitiva, de un serio cambio de rumbo al efecto por parte de todas las Administraciones, entidades e instituciones competentes y obligadas en la materia, dependerá, en última instancia, de la propia trayectoria y, en definitiva, de la independencia, solidez y especialización que sean capaces de allegar los órganos de garantía en el ejercicio de sus funciones³⁴, sin olvidar, en cualquier caso, que su intervención es meramente potestativa a este respecto por cuanto corresponde al afectado decidir, en última instancia, la vía de impugnación que considera más adecuada u óptima para sus intereses.

En efecto, en lugar de interponer el correspondiente recurso de alzada o de reposición, el sujeto legitimado podrá optar, alternativa y potestativamente, por iniciar el procedimiento especial previsto por el art. 24 de la Ley 19/2013 estatal o, en su caso, el previsto en la legislación autonómica respecto de las decisiones adoptadas en aquel ámbito o el local de la autonomía correspondiente, recayendo su resolución sobre estos nuevos órganos de garantía. La virtualidad para el afectado se encuentra, en mi opinión, no sólo en quién resuelve el procedimiento, sino en el posible ahorro de tiempo en su tramitación y,

³⁴ Si bien la Ley 19/2013 ha omitido atribuir al CTBG algunas de las clásicas garantías que aseguran totalmente su independencia en los planos orgánico, presupuestario, funcional y personal.



probablemente, en el también posible efecto ejemplarizante o, en su caso, vergonzante que pudiera llegar a desarrollar el nuevo procedimiento, entiéndase bien esta última aseveración, por cuanto ninguna entidad obligada por la ley querría resultar públicamente señalada por un tercero ¿cualificado?³⁵, esto es, el órgano de garantía competente, como responsable de adoptar, expresa o presuntamente, resoluciones que resultaran abiertamente contrarias a la transparencia y vulneradoras de los derechos de los ciudadanos pormenorizados por la nueva Ley³⁶. Recuérdese, a este respecto, la función que encomienda al CTBG el art. 38, en su apartado d), de «evaluar el grado de aplicación» de la Ley y elaborar, a tal fin, una memoria anual que será presentada a las Cortes Generales «en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas», función compartida en el ámbito autonómico por algunas de las autoridades creadas al efecto.

III. La información pública como objeto de la transparencia: ¿qué ha de ser transparente?

Un aspecto crucial para articular el régimen jurídico de la transparencia es la determinación del objeto sobre el que ha de recaer. Conforme al Diccionario

³⁵ Dependerá del grado de especialización real de los miembros que integran su composición.

³⁶ Y cuya publicidad prevé el art. 24.5 de la Ley 19/2013, que ha de entenderse aplicable también, en tanto norma básica, a las resoluciones en la materia provenientes de los órganos de garantía autonómicos.



de la Real Academia Española una institución o entidad y sus gestores son transparentes cuando proporcionan «información suficiente sobre su manera de actuar». Define, por lo demás, una gestión o proceso como transparente siempre que se realice, a su vez, «sin que se oculte información sobre la manera en que se hace o se desarrolla y, en particular, sin que haya dudas sobre su legalidad o limpieza».

Ahora bien, ¿qué información es la que debe ser proporcionada y cómo se determina su suficiencia? En el ámbito internacional se ha consolidado que el objeto de la información a la que el ciudadano tiene derecho a acceder es muy amplio³⁷. La legislación estatal aplicable al efecto en España diferencia entre publicidad activa y pasiva, siendo más amplio, en principio, el objeto de la segunda, instada a solicitud del interesado. Así, conforme al art. 5.1 de la Ley 19/2013 los sujetos obligados publicarán periódicamente «la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública», concretando esa relevancia en torno a tres grandes apartados:

³⁷ COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», *Teoría y realidad constitucional*, 40, 2017, págs. 298 y ss., se remite, a tal efecto, a la definición que recogen en tal sentido la Convención de Aarhus de 1998, la Observación general núm. 34 de 2011 del Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Recomendación en Europa de 21 de febrero de 2002, entre otros documentos europeos posteriores.



1.- *Información institucional, organizativa y de planificación.* El art. 6 de la ley dispone que habrá de publicarse información precisa y actualizada acerca de las funciones que desarrolla el sujeto obligado en cuestión, la normativa que le resulta de aplicación y su estructura organizativa, exigiéndose de forma concreta la inclusión de un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y deje constancia de su perfil y trayectoria profesional.

A esta obligación general suma el legislador, para el caso concreto de las Administraciones públicas, el deber de publicar los planes y programas anuales y plurianuales en los que se les fijan objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo que se prevé asignar a su consecución. No basta, en todo caso, con esta publicación previa, sino que el precepto les impone, además, el seguimiento y la difusión del progreso en su consecución. Exige, en concreto, que «su grado de cumplimiento y resultados» sean «objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente».

La aprobación posterior de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ha incorporado un nuevo art. 6 bis a la Ley 19/2013 en el que impone, asimismo, a determinados sujetos concretos la publicación de su inventario de actividades de tratamiento, en aplicación del art. 31 de la citada LO. Llama la atención la deficiente técnica legislativa empleada al efecto en tanto las distintas leyes dirigidas a regular y establecer obligaciones en materia de publicidad activa a



instituciones y entidades públicas, entendidas en sentido lato, tienden a relacionar listados y emplear enunciados diversos en su tenor literal, planteando disparidades cuando no abiertas dudas acerca de su aplicación y la equiparación entre unas y otras.

En este caso concreto, la legislación de transparencia impone la obligación regulada en su art. 6 bis a los sujetos enumerados en el art. 77.1 de la LO 3/2018. Su enunciado no coincide exactamente, sin embargo, con el ámbito subjetivo de aplicación que sanciona el art. 2 de la misma ley en sentido lato y tampoco con su relación de Administraciones públicas en sentido estricto. De una parte, y a diferencia del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, la LO no menciona siquiera a las Ciudades de Ceuta y Melilla, a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social, a ciertas sociedades mercantiles y asociaciones o a los órganos administrativos de cooperación. De otra, incluye en su ámbito de aplicación a los órganos jurisdiccionales y a los consorcios, que no aparecen citados por el art. 2 de la ley de 2013, así como a los «grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas» y «de las Corporaciones Locales», siendo así que el art. 3 de la Ley 19/2013 extiende la aplicación de las disposiciones relativas a publicidad activa a «los partidos políticos» y no a los grupos³⁸.

³⁸ ¿Cabría reconducir estos últimos, a efectos del régimen jurídico aplicable en materia de transparencia activa, a «las



2.- *Información de relevancia jurídica.* La Ley 19/2013 reserva en su art. 7 la exigencia de publicidad activa para este tipo de información a las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias.

De un lado, porque son las únicas con capacidad de adoptar una decisión, ya sea con carácter resolutorio o de trámite, expresa o presunta, de eficacia declarativa, ejecutiva, consultiva o certificante, en ejercicio de una potestad administrativa, por lo que el precepto les impone en su apartado a) el deber de publicar:

a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos.

De otro, porque son las únicas que intervienen de forma directa en el proceso de elaboración normativa,

entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros» del art. 3 b) de la Ley 19/2013? Supondría extender la etiqueta a grupos que carecen de personalidad jurídica y tan solo en la medida en que percibieran ayudas o subvenciones públicas por la cuantía mínima fijada, frente a la ley orgánica vigente en materia de protección de datos que no distingue entre grupos y que permitiría *stricto sensu* excluir a los partidos políticos de la obligación de publicar su inventario de actividades de tratamiento.



destacando en este punto la necesidad de publicar la información comprendida en sus apartados b) a d):

b) Los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación.

c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública.

d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el entonces vigente Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio³⁹.

El precepto se cierra con un último apartado e) que remite a la legislación sectorial vigente para disponer la publicación de aquellos documentos que, conforme a la misma, «deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación».

3.- *Información económica, presupuestaria y estadística.* De acuerdo con el art. 8 de la Ley 19/2013 los sujetos obligados en materia de publicidad activa deberán hacer pública la información relativa a una

³⁹ Sustituido ahora por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la citada Memoria del Análisis de Impacto Normativo.



relación mínima de actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria, teniendo en cuenta, en todo caso, las competencias legislativas autonómicas. Se trata, en concreto, de información relativa a su licitación contractual, suscripción de convenios, concesión de subvenciones y ayudas públicas, presupuestos aprobados, cuentas anuales e informes de auditoría de cuentas y de fiscalización externa que se emitan, retribuciones de altos cargos y máximos responsables de las entidades, resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad o ejercicio de actividad privada, declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales e información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

A este primer núcleo de información que debe ser objeto de publicidad activa se suma, en el caso de las Administraciones públicas, la obligación de publicar la relación de bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real. Del mismo modo, se establece también una obligación básica y reducida de publicidad activa para los sujetos obligados del art. 3 (partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros), que deberán publicar la información que se refiera a los contratos o convenios que hayan celebrado



con una Administración Pública, así como la relativa a las subvenciones que hubieran recibido cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

No cabe duda de que la amplitud e indeterminación del precepto, plagado de imprecisiones y conceptos jurídicos indeterminados, y no siempre bien cohesionado con otra normativa sectorial aplicable⁴⁰, suscita dudas acerca de qué debe ser necesariamente objeto de publicación, hasta dónde llega la obligación de publicidad activa y, sobre todo, cómo abordar el seguimiento y la eventual sanción, en su caso, de los eventuales incumplimientos que pudieran plantearse al respecto⁴¹.

De otro lado es preciso atender también al objeto de la publicidad pasiva en tanto segunda vertiente de la transparencia. Aunque el legislador español ha optado por un sistema que en principio se presenta amplio en materia de derecho de acceso, la lectura, interpretación y aplicación sistemática de los arts. 12 y siguientes de la Ley 19/2013 abocan al intérprete jurídico a cierta

⁴⁰ Vid., a título de ejemplo, sobre la transparencia de la actividad pública en materia de contratación menor, CASARES MARCOS, A., «El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible», *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 2023, págs. 44 y ss.

⁴¹ Así, por ejemplo, el Síndic de Greuges, Ombudsman de la Comunidad Autónoma de Cataluña, lleva años denunciando el despliegue a dos velocidades de la legislación de transparencia en materia de publicidad informativa en función del tamaño de la Administración pública de que se trate o de la naturaleza diversa del sujeto obligado. Cabe citar su último *Informe sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno 2022*, de junio de 2023, pág. 21.



zozobra, por cuanto resulta meridianamente claro que pese a las buenas intenciones derivadas de la incorporación de la nueva filosofía de transparencia y rendición de cuentas al ámbito jurídico público, resulta imposible aspirar a la transparencia absoluta en la actividad pública. Conforme al art. 13 de la Ley 19/2013 «se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones», estableciéndose ya, por tanto, algunas cortapisas al efecto. El Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009 y firmado por España el 23 de noviembre de 2021, entró en vigor en nuestro país el pasado 1 de enero de 2024. Recoge una definición algo más amplia del objeto sobre el que recae el derecho de acceso al prescindir de la referencia finalista que efectúa el legislador español al ejercicio de sus funciones por parte del sujeto a quien se dirige la solicitud. Y así, conforme a su art. 1.2 a) se entiende por «documentos públicos» a efectos del Convenio «toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas».

Pues bien, el primer rasgo que llama la atención acerca del objeto del procedimiento de acceso es que no está limitado a documentos, sino que se extiende a cualquier contenido o documento en poder de algún sujeto obligado que haya sido adquirido o elaborado a raíz de sus procesos de toma de decisiones o como consecuencia de su actuación o uso de fondos públicos.



La Resolución 431/2018, de 5 de octubre, del CTBG ha declarado, en este sentido, que la legislación reguladora de la transparencia ha extendido el derecho de la ciudadanía a saber más allá del concepto tradicional 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 ley⁴². Si la solicitud va dirigida a un órgano en cuyo poder no obrara la información requerida estará obligado a reenviarla al que resulta competente, si lo conoce, o a inadmitir, indicando en la resolución correspondiente el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud.

En todo caso, no cabe confundir el derecho de acceso a la información pública con el derecho genérico a obtener información administrativa de carácter general, ya sea oral o escrita, ni con el derecho a formular consultas, quejas, denuncias o reclamaciones, que cuentan con su propio procedimiento. Tampoco forma parte de este derecho la obtención de certificados, compulsas, la devolución de documentos originales previamente aportados a un procedimiento, copias auténticas o la solicitud de una determinada actuación material.

⁴² Si bien FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 173, observan que la ley no ha sido del todo consecuente, manteniendo en algunos preceptos la referencia exclusiva a los documentos.



Del mismo modo, siempre que la información pública requerida estuviera en poder del órgano en el momento en que se formula la solicitud de acceso⁴³, resulta indiferente la fecha o momento concreto en que se hubiera producido o hubiera llegado de forma efectiva a él, por lo que no existe en este sentido límite temporal para la aplicación retroactiva de la Ley 19/2013, a cuyo amparo cabe solicitar, incluso, información pública generada antes de su entrada en vigor. Por lo demás, cuando la ley habla de información que obre «en poder» de los sujetos obligados «se refiere a un poder jurídico, y no meramente material», de forma que lo relevante es que el sujeto obligado disponga de las potestades necesarias para recabar la información, aun cuando no se encuentre materialmente en su poder⁴⁴.

En todo caso, es necesario que la información se encuentre plenamente elaborada o en grado que pudiéramos calificar de complitud, sin que el acceso quede, no obstante, limitado a la información que se contiene en un procedimiento que ya esté concluido. El problema se plantea cuando el sujeto obligado ha incumplido la norma, legal o reglamentaria, que le exige la producción de una determinada información,

⁴³ FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso...*, op. cit., pág. 174, resumen la cuestión precisamente en saber «¿cuándo puede entenderse que una información, a pesar de no encontrarse plasmada en un documento, “obra en poder” de un sujeto obligado?» y califican de «ciertamente difícil» la carga que recae sobre el solicitante de acreditar la existencia de la información.

⁴⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso...*, op. cit., pág. 179.



pudiendo beneficiarse en este caso de su propia torpeza en contra del conocido principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁴⁵. La Resolución 142/2018, de 24 de abril, del CTBG ha declarado a tal efecto que no corresponde al Consejo «revisar si una determinada información debería o no existir, ni enjuiciar la corrección jurídica de la eventual carencia de la misma» o, en su caso, «las presuntas irregularidades o deficiencias -que a juicio de los reclamantes presente la información proporcionada por la Administración», que deberá, en todo caso, «alegarse y hacerse valer en la correspondiente vía administrativa y/o jurisdiccional que resulte competente en función de la naturaleza y alcance de las anomalías denunciadas».

El hecho de estar en curso de elaboración o de estar preparándose, en su caso, su publicación general podrá motivar, asimismo, la inadmisión motivada de la solicitud efectuada en tanto no está disponible y no puede proporcionarse en el momento en que se da respuesta a la solicitud. No en vano, el derecho de acceso a la información pública se basa en información existente y no en la elaboración específica de documentos *ad hoc*, por lo que no cabe considerar que constituyan información pública aquellos documentos que no existían con carácter previo a su petición. Otra cosa es que se trate de una circunstancia que no está llamada a prolongarse en el tiempo, en cuanto culminará una vez que se elabore o publique la información. A partir de ese instante pasará a estar disponible vía

⁴⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso...*, op. cit., pág. 176.



solicitud de acceso (si ha sido elaborada) o transparencia activa (caso de haber sido publicada).

En una línea similar se recoge como causa de inadmisión que resulte necesaria «una acción previa de reelaboración» para la divulgación de la información. Sostiene el Criterio Interpretativo 7/2015, de 12 de noviembre, del CTBG que esta causa de inadmisión «puede entenderse aplicable cuando la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional de actuación del organismo o entidad que recibe la solicitud, deba: a) Elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o b) Cuando dicho organismo o entidad carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada». Asimismo, considera aplicable el concepto de reelaboración también a «aquellos supuestos en los que la Administración, teniendo solamente la información en un determinado formato, ésta no sea reutilizable en los términos que señale la Ley, debiendo en este caso ofrecerse la información en los formatos existentes». Así delimitado, el concepto de reelaboración se diferencia de otros supuestos regulados por la Ley 19/2013 que no se erigen, en cambio, en causa de inadmisión como, por ejemplo, la solicitud de «información voluminosa» a que se refiere el art. 20.1 para ampliar el plazo máximo para resolver sobre el acceso, la información que deba ser anonimizada o disociada antes de ser suministrada al interesado por contener datos de carácter personal o aquella cuyo acceso solo pueda proporcionarse en parte, así como la



información que se encuentre en poder de varias unidades informantes que resulten responsables de su custodia pero con autor claramente definido.

El Tribunal Supremo español ha subrayado, en todo caso, cómo «la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013», tanto en su reconocimiento como en su regulación legal, «obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el art. 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el art. 18.1»⁴⁶. Por lo que se refiere, en concreto, a la posible apreciación de esta acción previa de reelaboración por parte de quien estuviera en posesión de la información solicitada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vinculado específicamente su concurrencia a la complejidad de proporcionarla⁴⁷,

⁴⁶ Vid. SSTs 1547/2017, de 16 de octubre (rec. 75/2017); 1768/2019, de 16 de diciembre (rec. 316/2018); 306/2020, de 3 de marzo (rec. 600/2018); y, 748/2020, de 11 de junio (rec. 577/2019).

⁴⁷ Que puede deberse a varias razones, entre otras, que los datos y la documentación no se encuentren en su totalidad en el propio órgano al que se solicita, obligando a reelaborar la información a proporcionar a partir de otra dispersa y diseminada, recabando primero, ordenando y separando después (lo que pudiera estar sometido o no a limitación), sistematizando a continuación para, por último, divulgarla. En su Criterio Interpretativo 7/2015, de 12 de noviembre, sobre esta causa de inadmisión, el CTBG ya había interpretado que «puede entenderse aplicable cuando la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional de actuación de



además de exigir que quien la invoque justifique «de manera clara y suficiente que resulta necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información»⁴⁸.

Más llamativa resulta la exclusión de la información de carácter auxiliar o de apoyo, cuya solicitud podrá ser inadmitida mediante resolución motivada. Ante lo escueto del enunciado normativo se hace necesaria, a mi juicio, una mínima reflexión acerca de los conceptos de expediente y documento administrativo y de cómo ha incidido en su generación, conservación y archivo la implantación de la administración electrónica. No parece que tenga mucho sentido excluir aquellas solicitudes de información pública que requieran una acción previa de reelaboración y, simultáneamente, imponer al órgano la purga sistemática del expediente administrativo en caso de solicitud de acceso para dejar fuera este tipo de información que la propia ley ejemplifica, entre otras, en «la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas». En todo caso, como se han ocupado de remachar los órganos de garantía de la transparencia, tanto estatal como, en su

organismo o entidad que recibe la solicitud, deba: a) Elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o b) Cuando dicho organismo o entidad carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada».

⁴⁸ Así, entre otras, en SSTS 306/2020, de 3 de marzo, (rec. 600/2018) y 670/2022 (rec. 4116/2020).



caso, autonómicos, el nombre o rótulo que se haya dado al documento (borrador, nota, etc.) no determina su naturaleza, por lo que debe admitirse a trámite la solicitud efectuada siempre que haya sido determinante para la adopción del acto, así, si se trata de un informe jurídico que hubiera servido de base para adoptar un acto administrativo.

Así lo dispone el Criterio Interpretativo del CTBG 6/2015, de 12 de noviembre, sobre la citada causa de inadmisión, al sancionar que es el carácter auxiliar o de apoyo «y no el formato que adopte o la denominación que se aplique lo que permitirá, de forma motivada, aplicar este precepto. El desglose que incluye el apartado 18.1.b), en: notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, no es una definición nominal sino un ejemplo de documentos que, con un determinado formato, puede contener información que cumpla los condicionantes para poder ser calificada como de carácter auxiliar o de apoyo. Así pues, es el contenido y no la denominación del documento lo determinante para la aplicación de la causa de inadmisión incluida en el art. 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. En todo caso dicha inadmisión habrá de ser debidamente motivada».

El Criterio Interpretativo hace hincapié en que esta motivación se exige, precisamente, para «evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas, y su aplicación». Estas informaciones «en ningún caso tendrán la condición de



informaciones de carácter auxiliar o de apoyo», pudiendo declararse la inadmisión a trámite, en cambio, cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad, cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final, cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud, cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento o cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.

En cuanto al contenido concreto de la información solicitada, publicidad activa y pasiva se regulan como dos realidades diferentes sin que el derecho de acceso se encuentre vedado, de un lado, o deba recaer en exclusiva, de otro, sobre las categorías de información sujetas a publicidad activa. Caso de no hallarse publicada información relevante que debiera estarlo, el solicitante podrá optar por denunciar el incumplimiento ante el órgano de garantía competente en materia de transparencia, si así lo estimara oportuno, pudiendo ejercer su derecho de acceso respecto a la información correspondiente. En el supuesto de que la información se hallara publicada pero no hubiera sido localizada por el requirente, el órgano podrá resolver con indicación del lugar preciso donde se encuentre sin aportar de forma individualizada y pormenorizada la documentación o información cuyo acceso se pretendiera.

Por último, resulta no solo llamativa sino eventualmente problemática la aplicación de la última de las causas de inadmisión previstas por el art. 18 de la



ley española, en tanto se refiere a supuestos en que la información pudiera ser objeto de solicitud de acceso sancionándose, pese a ello, la posible inadmisión del requerimiento que pudiera efectuarse al respecto por la intencionalidad o, de algún modo, la finalidad subjetiva que subyazca a la petición. Y así, podrán inadmitirse motivadamente las solicitudes «que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley».

Ambas han sido objeto de mayor desglose y concreción por medio del Criterio Interpretativo 3/2016, de 14 de julio, del CTBG. En relación con la primera sostiene que «una solicitud será manifiestamente repetitiva cuando de forma patente, clara y evidente» cuando coincida con otra u otras presentadas anteriormente por el mismo o los mismos solicitantes y i) hubiera sido rechazada por aplicación de algún límite o concurrencia de alguna causa de inadmisión, ii) se hubiera ofrecido ya la información, sin que hubiera existido ninguna modificación real o legal sobre los datos en su momento ofrecidos, iii) el solicitante o solicitantes conocieran de antemano el sentido de la resolución por habérsele comunicado en un procedimiento anterior por el órgano informante, iv) se presentara de nuevo en períodos de tiempo inferiores a los plazos de tramitación legalmente previstos para otra u otras dirigidas al mismo órgano que no hubieran finalizado todavía su tramitación, o v) fueran de respuesta imposible, bien por el contenido o por razones competenciales. En todo caso, cada uno de estos extremos habrá de justificarse adecuadamente. No en vano, la inadmisión es un acto que pone fin al procedimiento, por lo que la respuesta a



la solicitud habrá de ser motivada, incluyendo la referencia a la respuesta o respuestas anteriores de las que trae causa la decisión de inadmitir⁴⁹.

Respecto a la segunda, sostiene la existencia de dos elementos esenciales para ponderar la aplicación de la causa de inadmisión relativa al carácter abusivo de la petición de información. De un lado, «que el ejercicio del derecho sea abusivo cualitativamente, no en sentido cuantitativo» y, de otro, «que el ejercicio del derecho pueda considerarse excesivo, es decir, cuando no llegue a conjugarse con la finalidad de la Ley». Detalla, por lo demás, una serie de pautas que habrán de servir al sujeto obligado para ponderar razonadamente acerca de la posible inadmisión por estas causas, haciendo hincapié, en cualquier caso, en que su reflexión a partir de las mismas habrá de basarse en indicadores objetivos y justificarse convenientemente en su resolución. Así, una solicitud puede entenderse abusiva: i) con carácter general, en aquellos casos en que pueda considerarse incluida en el concepto de abuso de derecho recogido en el art. 7.2 del Código Civil y avalado por la jurisprudencia, ii) cuando, de ser atendida, requiera un tratamiento que obligara a paralizar el resto de la gestión de los sujetos obligados a suministrar la información, impidiendo la atención justa y equitativa de su trabajo y el servicio público que tienen encomendado, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en

⁴⁹ La repetición hace referencia tan solo a los peticionarios, sea solicitud individual o colectiva, no a la formulación textual del objeto o información pública que se solicita, por lo que resulta obligado considerar cada peticionario individualmente.



indicadores objetivos, iii) cuando suponga un riesgo para los derechos de terceros, o iv) cuando sea contraria a las normas, las costumbre o la buena fe. Se considerará, en cambio, que está justificada con la finalidad de la ley cuando se fundamenta en el interés legítimo de someter a escrutinio la acción de los responsables públicos o de conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas. Consecuentemente, no estaría justificada cuando no pueda ser reconducida a ninguna de las finalidades señaladas con anterioridad y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos, tenga por finalidad patente y manifiesta obtener información que carezca de la consideración de información pública de acuerdo con la definición del art. 13 de la LTAIBG o como objeto o posible consecuencia la comisión de un ilícito civil o penal o una falta administrativa.

IV. Limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, el deseo y el propósito de dotar de la mayor publicidad -de luz y taquígrafos, en definitiva- a la organización y gestión pública habrá de colisionar necesariamente con otros intereses afectados, abocando a la necesaria ponderación entre los diversos bienes jurídicos en juego, lo que ha desembocado en el reconocimiento expreso de límites, numerosos y variados, al ejercicio del derecho de acceso. La *Freedom of Information Act* (FOIA) fue sancionada por el Presidente Lyndon B. Johnson el 4 de julio de 1966. Adquirió entidad autónoma desgajándose de la *Administrative Procedure Act* en que se había incluido



desde 1946 la regulación relativa al acceso a la información pública en un intento de implementar una filosofía mucho más amplia de divulgación pública, desde una perspectiva tanto de publicidad activa como pasiva, acorde con el derecho a saber de la ciudadanía. Sus sucesivas modificaciones y la interpretación jurisprudencial desarrollada en su aplicación han ido orientadas a consolidar con el tiempo una visión amplia del derecho de acceso a la información pública y, por ende, una aplicación restrictiva de las excepciones dispuestas para su divulgación.

Se inspiran en el modelo norteamericano las regulaciones generosas con el principio de transparencia de varios países del ámbito iberoamericano, apuntaladas por la interpretación expansiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰ y, en particular, por la aprobación de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información por la Organización de Estados Americanos en junio de 2010⁵¹. Si bien la pujanza de la transparencia y el derecho de acceso es apreciable también en el

⁵⁰ Así lo destaca también VVAA, *Estudio comparado sobre normativa internacional...*, op. cit., pág. 47, al subrayar «la generosidad en la regulación de la transparencia y el acceso como parte de ella, con leyes especialmente avanzadas como la de México», la garantía constitucional del derecho de acceso en países como Colombia, Ecuador o el propio México y el hecho de que los países «de la órbita latinoamericana» hayan encontrado inspiración en la sustancialmente avanzada ley sobre esta materia de Estados Unidos.

⁵¹ Aprobada mediante Resolución de su Asamblea General G/RES 2607 (XL-O/10), se erige en marco legislativo general y de mínimos por excelencia en la región.



ámbito europeo, cabe diferenciar a tal efecto entre regímenes jurídicos diversos⁵². La *Freedom of Information Act* irlandesa se aprobó, por ejemplo, en 1997 con el claro propósito de reducir el número de peticiones de acceso a la información pública y de configurar un derecho de acceso algo más restrictivo, excluyendo a determinados organismos públicos de su ámbito de aplicación, estableciendo un catálogo de excepciones, algunas de carácter absoluto, e introduciendo el pago de tasas como condición para el acceso a la información⁵³.

⁵² ACKERMAN, J. M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, I. E., «The global explosión of freedom of information laws», *Administrative Law Review*, 58, 2006, págs. 85 y ss., refieren, en tal sentido, cuatro oleadas legislativas atendiendo a la fecha de aprobación de sus respectivas leyes de transparencia. VVAA, *Estudio comparado sobre normativa internacional...*, op. cit., págs. 22 y ss., agrupa a los países, en cambio, a efectos de su clasificación metodológica, «sobre el criterio de la familia jurídica de pertenencia». COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso...», op. cit., pág. 281, se refiere, en particular, a la importante acción de la ONG «Artículo 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión», que en 1995 impulsó los Principios de Johannesburgo.

⁵³ Así lo refiere el Síndic de Greuges de Cataluña en su informe extraordinario *El derecho de acceso a la información pública*, marzo 2012, pág. 10, que da cuenta de sus importantes similitudes con la *Freedom of Information Act* del Reino Unido del año 2000. Así lo subrayan también ACKERMAN, J. M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, I. E., «The global explosión...», op. cit., págs. 128 y ss., destacando el desafío representado por la reacción política en contra de un acceso más amplio a la



También resulta inicialmente más restrictiva la regulación italiana, que tan solo haría referencia al acceso en tanto pudiera reconducirse la solicitud a un documento administrativo *stricto sensu*, dejando extramuros aquella información que se encontrara en manos públicas pero careciera de soporte documental preciso y exigiendo, en todo caso, que la solicitud se encuentre debidamente motivada⁵⁴. Cabe destacar, en fin, la opción extendida en el ámbito europeo por constituir autoridades con cierta autonomía o independencia para conocer de las reclamaciones formuladas en la materia. En algunas ocasiones acumulan o desarrollan la función quienes ya desempeñan otro cargo o cometido, señaladamente, el de Ombudsman o defensor de derechos humanos⁵⁵, o,

información pública, refiriendo los supuestos concretos de Irlanda y Japón.

⁵⁴ Vid. DE IULIIS, C.; GRAZIANI, R., «Del acceso a los documentos a la FOIA: ¿Cuáles cambios en la legislación italiana con la entrada en vigor de la Ley Madia? El papel del organismo encargado de la transparencia», en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (coord.), *31 visiones actuales de la transparencia*, DMK Consultores, Universidad Complutense de Madrid y Acreditra, Madrid, 2017, págs. 297 y ss., sobre los cambios producidos en la legislación italiana en pos de una mayor apertura y forma de acceso a los datos y documentos públicos.

⁵⁵ Es el caso de Irlanda donde la función de *Information Commissioner* recae sobre quien haya sido designado Ombudsman de Irlanda, si bien tratándose de dos figuras o instituciones diferenciadas, con recursos y mecanismos de actuación diferentes. También la legislación italiana admite la posibilidad de acudir al defensor del pueblo respecto de los



señaladamente, el de autoridad designada en materia de protección de datos⁵⁶.

La Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, configura de forma inicialmente amplia el derecho de acceso a la información pública, del que es titular cualquier persona y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. La propia exposición de motivos de la ley sanciona que «solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información -derivado de lo dispuesto en la Constitución Española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos», si bien los límites previstos «se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad. Asimismo, dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los

actos de las administraciones municipales, provinciales y regionales.

⁵⁶ Tal sucede en Alemania con la acumulación en 2006 de ambos cometidos en el *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*, que en 2016 se convierte en Agencia federal independiente en consonancia con la regulación y exigencias de la Unión Europea, o en Eslovenia, cuyo Comisionado para la Información resuelve las reclamaciones relacionadas con el derecho de acceso a la información pública y con la protección de datos personales, pudiendo imponer, como organismo independiente, sanciones económicas en caso de incumplimiento de sus resoluciones.



mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen -como no puede ser de otra manera- los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular.»

Se refiere a ello también el Preámbulo del Convenio de Tromsø, que pese a ser hecho en 2009, no fue firmado por España hasta 2021, entrando en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2024⁵⁷. Destaca, en concreto, cómo el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos no solo «proporciona una fuente de información para el público», sino que le ayuda «a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas» y, además, «fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad». Colige por ello que «todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos». El art. 3 del Convenio permite a los Estados parte establecer específicamente por ley aquellos límites que tengan por objetivo la protección de alguno de los intereses que enuncia siempre que resulten «necesarios en una sociedad

⁵⁷ Se publica en el BOE de 23 de octubre de 2023 el Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009 y firmado por España el 23 de noviembre de 2021.



democrática»⁵⁸. Se trata, en todo caso, de un listado en buena medida coincidente con el recogido por el legislador español en la vigente ley de 2013⁵⁹.

Y así, al derecho de acceso a la información pública que establece y regula la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se contraponen los límites, numerosos y variados, que el propio legislador establece en sus artículos 14 y 15, por los que podrá limitarse total o parcialmente su ejercicio cuando el acceso suponga un perjuicio para:

- a) la seguridad nacional,
- b) la defensa,
- c) las relaciones exteriores,

⁵⁸ Siempre que tengan como objetivo la protección de: a) la seguridad nacional, la defensa y las relaciones exteriores; b) la seguridad pública; c) la prevención, la investigación y la persecución de actividades criminales; d) las investigaciones disciplinarias; e) la inspección, control y supervisión por autoridades públicas; f) la intimidad y otros intereses privados legítimos; g) los intereses económicos y comerciales; h) las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas; i) la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia; j) el medio ambiente; o, k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto.

⁵⁹ Como bien afirma GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información», en MARTÍN DELGADO, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, pág. 58, el Derecho supranacional y comparado, en especial, el Convenio de Tromsø, muestra cómo el elenco de límites «se ha más o menos estandarizado».



- d) la seguridad pública,
- e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios⁶⁰,
- f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva,
- g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control,
- h) los intereses económicos y comerciales,
- i) la política económica y monetaria,
- j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial,
- k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión⁶¹,
- l) la protección del medio ambiente, y

⁶⁰ Una cláusula más amplia que la enunciada en los apartados d) y e) del art. 3 del Convenio que se refieren, respectivamente, a las investigaciones disciplinarias (sin mención expresa a su prevención o sanción) y a la inspección, control y supervisión por autoridades públicas (sin cita de los ilícitos administrativos y, por tanto, del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora).

⁶¹ El art. 3 k) del Convenio resulta, en principio, algo más amplio en su tenor literal al referirse a «las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto» independientemente de que pueda afectar o, en su caso, desembocar o no en la toma de una decisión.



m) en los términos dispuestos por el art. 15, la protección de datos personales⁶².

Límites generales cuyo enunciado es tan abstracto que en lugar de atenuar sus problemas de aplicación más bien los acentúa, por lo que habrán de ser, en todo caso, objeto de una interpretación razonable a fin de evitar su conversión en restricciones absolutas. No se trata de una exclusión por materias, por lo que no basta con su invocación genérica. De ahí la maximización del derecho de acceso y la limitación de las restricciones al mínimo alcance necesario que ha subrayado la doctrina de los organismos garantes de transparencia⁶³.

No en vano exige el art. 14.2 que se apliquen de forma «justificada y proporcionada a su objeto y

⁶² La Ley española se limita a hacer mención en sus apartados j) y m) del secreto profesional, la propiedad intelectual e industrial y la protección de datos personales, frente al art. 3 f) del Convenio que se remite, de forma ciertamente más extensa, a la intimidad y otros intereses privados legítimos que pudieran exceder de los enunciados por el legislador nacional. En todo caso, el listado de la ley estatal podría ser objeto de ampliación, que no de reducción, por la legislación autonómica de desarrollo en la materia, de acuerdo con el reparto competencial sancionado constitucional y estatutariamente al respecto.

⁶³ Ofrecen un análisis pormenorizado de cada uno de ellos, por todos, BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 304 y ss.; y, GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia...», op. cit., págs. 63 y ss.



finalidad de protección»⁶⁴, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, en especial, a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso, amparándose, incluso, por el art. 16, el acceso parcial previa omisión de aquella información afectada por el límite correspondiente, «salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido».

Su aplicación se somete, en cualquier caso, a un doble test, por una parte del posible perjuicio que la divulgación pudiera producir, aspecto que habrá de motivarse, y, por otra, de la eventual superioridad del interés público o privado que concurra en el caso concreto en que se divulgue la información, abocando a la puesta en práctica del principio de ponderación,

⁶⁴ El CTBG aprobó el Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso, que establece cuál debe de ser el orden en el análisis de los límites: en primer lugar, el relativo a la protección de datos, estudiando, sucesivamente, si los hay, si son especialmente protegidos y se dan las condiciones excepcionales para el acceso, si son meramente relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente, concediendo en este caso el acceso si con carácter general, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales y otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación, o, en caso de que no sean ni de un tipo ni de otro, procediendo a la ponderación. GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia...», op. cit., pág. 62, constata, no obstante, que no siempre sigue ese orden de análisis, abordando primero, en ocasiones, si concurre uno de los límites del art. 14.



asimismo motivada, que aparece como «clave de bóveda» o «espita que permite en el caso concreto valorar la importancia que para la sociedad tiene conocer la información en cuestión, incluso si con ello se causa un perjuicio para uno de sus bienes», tomando asimismo en consideración las alegaciones que pudieran efectuar terceros cuyos derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados si se concediera la información solicitada.

Una realidad que se muestra en toda su crudeza en relación con el límite de la protección a la intimidad y la protección de los datos personales que regula, en concreto, el art. 15 de la Ley, por cuanto es innegable que resulta potencialmente conflictiva la relación entre los valores de publicidad y privacidad o, dicho de otro modo, entre los derechos de acceso a la información, de un lado, y de intimidad y protección de datos, de otro, más aún habida cuenta de la distorsión del concepto «dato personal» apreciable en los últimos tiempos y de la imparable tendencia a aglutinar e incluir en su seno todo tipo de información relativa a un sujeto particular.

Lo cierto es que en todos los sistemas jurídicos, sean supranacionales o propiamente nacionales, se contemplan de forma expresa límites al derecho de acceso a la información, habiéndose forjado a estas alturas «lo que sin exageración puede calificarse de un patrimonio jurídico (en gran medida) común sobre esta materia»⁶⁵. En todo caso, la cuestión se encuentra

⁶⁵ GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia...», op. cit., pág. 56. Vid., asimismo, COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso...», op. cit., págs. 309 y ss.



estrechamente relacionada con los interrogantes planteados en torno a la conveniencia y oportunidad de motivar la solicitud de acceso. Pese a la claridad con la que cabe deducir del tenor literal de la ley, en particular de su art. 17, que la ausencia de motivación no será, por sí sola, causa de rechazo de la solicitud, no cabe duda de que el silencio del requirente puede suponerle perjuicios, en tanto le cabe siempre exponer potestativamente sus razones que podrán ser tenidas en cuenta, caso de haberlas consignado, al resolver la solicitud⁶⁶. Aunque la Administración deba valorar siempre todos los intereses de carácter público presentes en el caso concreto, la ley no despeja por completo la incertidumbre acerca de si las motivaciones atinentes a intereses privados deben ser tomadas necesariamente en consideración en relación con cada petición de acceso o si se trata, en cambio, de un ámbito en el que los intereses privados no tengan cabida alguna o que se encuentre presidido, incluso, por la discrecionalidad de la propia Administración⁶⁷.

⁶⁶ COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso...», op. cit., págs. 305 y ss., subraya cómo pese a no ser necesaria «puede ser un elemento muy útil para que se pueda apreciar el interés público que haga prevalecer el derecho de acceso».

⁶⁷ Se trata de una quiebra lógica importante de la Ley 19/2013, contraria en este punto a principios bien asentados en el Derecho supranacional y comparado, dado que en materia de transparencia el peso del interés en la divulgación de información es el mismo, con independencia de la identidad del solicitante. Es por esta razón que una vez concedido el acceso la información es libre de circular y ser conocida por



V. Algunos escollos para la materialización de la transparencia.

A la luz de cuanto antecede no cabe duda que la transparencia, su valor, filosofía y posibles efectos, así como la rendición de cuentas que le resulta inherente no resulta una absoluta desconocida en el ámbito internacional, habiendo experimentado un auge e incremento espectacular en un período de tiempo relativamente corto. Se trata de un deber no sólo inexcusable sino sujeto, por su propia naturaleza, a avance y mejora continua. Y, sin embargo, queda todavía mucho por hacer antes de desembocar en un lenguaje y procedimiento realmente comunes que permitan la auténtica comparación y la sana emulación entre los sujetos obligados a cumplir con la legislación aplicable al respecto, cuanto si más entre ordenamientos jurídicos comparados y dispares. A cuanto se apunta en páginas precedentes cabe sumar, a mi juicio, dos cuestiones esenciales, que se erigen, a tal efecto, en áreas especialmente precisadas de una adecuada y constante atención por parte del ordenamiento jurídico y de los poderes públicos.

1. Reclamación frente a la inadmisión o desestimación de las solicitudes efectuadas en ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

cualquiera. GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia...», op. cit., pág. 59, pone de manifiesto esta contradicción interna de la ley.



Son muchas las cuestiones candentes sobre las que pivota actualmente el debate en España acerca del proceloso devenir y, pese al camino recorrido, la apremiante necesidad de lograr una mayor transparencia en el ámbito público, otorgando un lugar destacado al efecto al recurso potestativo y especial ante los órganos de control en materia de transparencia. Plantean, sin duda, interrogantes de especial interés su regulación, los aspectos procedimentales atinentes a su iniciación, tramitación y resolución, así como los escollos habidos en su implementación. De algún modo apuntan a aquellas cuestiones y propuestas de mejora que debieran afrontarse y ponderarse tras diez años de vigencia de la Ley 19/2013 a fin de que esta reclamación pueda llegar a erigirse algún día en garantía no solo eficaz sino eficiente de los intereses y derechos ciudadanos en juego en este ámbito.

Más aún a la vista de la entrada en vigor en nuestro país del Convenio de Tromsø. Su art. 8.1 contempla, en concreto, un procedimiento de reclamación para el solicitante que pida un documento oficial cuyo acceso le sea denegado, ya sea de forma expresa o implícita, parcial o completa, «antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley». El precepto exige, además, en su apartado segundo, que el solicitante tenga «siempre acceso a un procedimiento de apelación rápido y barato, que implique la reconsideración por una autoridad pública o la revisión» de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.

Resulta imposible entrar en profundidad en la regulación estatal y autonómica de los distintos órganos



de control erigidos en materia de transparencia en España, en el procedimiento seguido en cada caso frente a ellos para tramitar el recurso alternativo y especial que instaura el legislador al respecto⁶⁸ o en el contenido de las muchas resoluciones que han recaído a lo largo de estos años y que han conformado ya un significativo corpus doctrinal sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública a través de su confirmación y reiteración en el tiempo, en unas ocasiones, o de su eventual rectificación por el propio órgano autor, en otras, así como del diálogo sustanciado entre los citados órganos garantes⁶⁹ y, en especial, la retroalimentación con el poder judicial como consecuencia de la impugnación incidental de sus resoluciones en vía contencioso-administrativa⁷⁰.

⁶⁸ Vid., por todos, el estudio realizado al respecto por el VVAA, *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2016, y la doctrina allí citada.

⁶⁹ No en vano, como subraya TORNOS MAS, J., «La ejecutividad de los acuerdos de los órganos garantes en la legislación de transparencia», *Anuario de Transparencia Local*, 5, 2022, pág. 16, cuando se crea un órgano garante independiente y se le atribuye la función de resolver un litigio entre dos partes, el recurso administrativo «cumple otra función, pasa a ejercer una función cuasi jurisdiccional».

⁷⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los órganos de garantía ante la revisión judicial de su actuación», *Revista Española de la Transparencia*, 7, 2018, págs. 24 y ss., sostiene la beneficiosa influencia mutua derivada del «reto de la revisión jurisdiccional» y del «necesario diálogo entre órganos de garantía y órganos jurisdiccionales».



Un somero repaso del régimen alumbrado al respecto por la Ley 19/2013 plantea de inmediato, ante la vaguedad e indeterminación que cabe apreciar en su enunciado, la duda acerca de la eventual oportunidad de que el legislador hubiera articulado y definido, en última instancia, un concepto de transparencia más acorde a la ineludible ponderación a que abocan sus límites y, en particular, los diversos derechos, intereses y bienes jurídicos afectados por el acceso, el conocimiento y la divulgación de la información pública⁷¹. No en vano, la ley resulta aplicable a una constelación no sólo de sujetos de naturaleza diversa, sino, específicamente, de actuaciones y procedimientos administrativos sumamente variados, sin que el legislador haya valorado o contemplado, no obstante, estas especialidades en la determinación y concreción del régimen jurídico aplicable en aras a garantizar tal transparencia⁷².

No resulta mucho más concreta u oportuna la ley española en lo que al aspecto procedimental se refiere al regular, en concreto, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. No en vano, establece una tramitación administrativa sumamente farragosa y contraria, en buena medida, a los propios principios inspiradores de la ley. Y así, pese al valor casi

⁷¹ CASARES MARCOS, A., «Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 2015, pág. 192.

⁷² Con mayor profundidad, BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas...*, op. cit., págs. 356 y ss.



exacerbado que se otorga durante su gestación y posterior tramitación parlamentaria a la publicidad y, en particular, a la transparencia de la actividad pública, que se ha plasmado, en concreto, entre otros extremos, en la exigencia por el legislador de motivación de aquellas resoluciones denegatorias del acceso, resulta desconcertante que se anuden por el art. 20.4 de la ley efectos desestimatorios al silencio administrativo recaído en relación con solicitudes de acceso a información pública, sin contemplar, por otra parte, consecuencias claras y meridianas a derivar del incumplimiento de las nuevas obligaciones de publicidad y transparencia legalmente impuestas.

A) Sujetos del procedimiento de reclamación.

Destacan, de un lado, los obligados a tramitar las solicitudes de acceso a la información pública en los términos dispuestos a tal efecto por el art. 2 de la ley al definir el ámbito subjetivo de aplicación de su Título I y contra cuyas resoluciones cabrá interponer la reclamación, si bien el art. 23.2 de la ley excluye de esta vía, dando lugar al consiguiente debate, a las dictadas por las instituciones previstas en su art. 2.1 f). Quedan con ello al margen del nuevo recurso especial en materia de transparencia las resoluciones dictadas en materia de acceso por los órganos constitucionales y, lo que es más llamativo aún, por algunos de naturaleza o vinculación claramente administrativa, en tanto forman parte o se identifican, en última instancia, con la Administración pública en sentido lato⁷³. Contra sus resoluciones en

⁷³ En concreto, la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el



materia de acceso tan solo cabrá interponer recurso contencioso-administrativo.

No es posible entrar en profundidad en la complejidad, las dudas y los pormenores planteados al respecto por la determinación de los sujetos obligados a ser transparentes por la legislación aprobada en la materia⁷⁴, pero se debe dejar constancia del debate abierto acerca de si afecta o no a las funciones constitucionales o a la autonomía institucional de estos órganos⁷⁵ la sujeción de sus resoluciones en materia de

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.

⁷⁴ Entre especiales sujetos obligados que han dado lugar a polémica y debate, así como a pronunciamientos de los diversos órganos de garantía o, incluso, judiciales, cabe citar, entre otros, a las sociedades mercantiles o fundaciones que formen parte del sector público, corporaciones de derecho público (entre otras, colegios profesionales, federaciones deportivas o cofradías de pescadores), Universidades adscritas y colegios concertados, grupos políticos. Vid. el detallado y fino análisis del ámbito subjetivo de la Ley 19/2013 y, en especial, de la legislación autonómica aprobada en la materia desarrollado por ANDREU LLOVET, R., *El acceso a la información pública en España: ¿truco o trato?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 107 y ss., 213 y ss.

⁷⁵ O de los estatutarios, en su caso, en relación con la normativa autonómica aprobada en la materia. Sobre el debate planteado al efecto al poco de aprobarse la ley de 2013 vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., «La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información



acceso a la información pública a la reclamación especial, potestativa y sustitutiva, articulada al efecto por el legislador y atinente, en exclusiva, a la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el legislador, de modo similar a como se encuentra expresamente previsto y sancionado, por lo demás, en materia de protección de datos, por ejemplo⁷⁶. En ambos casos, tanto derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental a la protección de datos personales, nos encontramos ante derechos de previsión y naturaleza indubitadamente constitucional⁷⁷, cuya protección se encomienda a un órgano de garantía independiente, entre otras razones, por la

pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, 45, 2017, págs. 9 y ss.

⁷⁶ Arts. 51 y siguientes del 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 (Reglamento general de protección de datos), así como, en particular, artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁷⁷ Dejando al margen el debate acerca de la posible calificación del primero como derecho fundamental, a la luz de su estrecha relación e imbricación con los derechos a recibir libremente información veraz y a participar en los asuntos públicos, ex arts. 20.1 d) y 23 CE, de lo que no cabe duda alguna es de su plasmación expresa como derecho de configuración legal en el artículo 105 b) CE. Vid., por todos, PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.



especialización, reducción de plazos temporales, simplificación procedimental y abaratamiento de costes que habría de representar para el administrado.

Junto a los órganos o entidades «reclamadas» sobresalen, asimismo, de otro lado, los sujetos reclamantes, esto es, los interesados en acceder o, en su caso, preservar de conocimiento y difusión la información correspondiente. No cabe olvidar que la reclamación cabe frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso, pudiendo tratarse del interesado a quien se ha denegado el acceso, o estimado tan solo de forma parcial, o de un tercero afectado que no comparta la decisión total o parcialmente estimatoria de acceso a la información pública solicitada. Ciertamente es que la Ley de 2013 nada dice sobre la legitimación activa en este tipo de reclamación en materia de transparencia pero la remisión expresa de su art. 24.2 a la entonces vigente Ley 30/1992 para la regulación de su tramitación, lleva a invocar necesariamente la aplicación a este ámbito del concepto de interesado en el procedimiento administrativo (art. 4 de la actualmente vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre), esto es, quien hubiera promovido el acceso como titular del derecho o quien, sin haberlo iniciado, tuviera derechos que pudieran resultar afectados por la decisión en cuestión (hubiera alegado o no en el procedimiento administrativo inicial de acceso), dando cabida también, por lo demás, a aquellos cuyos intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos, pudieran resultar afectados por la resolución correspondiente y se personaran en el procedimiento de reclamación en tanto no hubiera recaído resolución definitiva al respecto pese



a no haber sido emplazados, en su caso, en el procedimiento previo de acceso a la información, hubieran efectuado o no alegaciones en el mismo.

Aunque la ley dispone de forma expresa que si ha existido oposición de tercero el acceso solo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido, hubiera transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que se hubiera formalizado o, en su caso, hubiera sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información, no recoge una previsión similar para el supuesto de que, recurrido ante el órgano de garantía, este confirmara el acceso. ¿Habría que esperar también en este caso a que transcurrieran los plazos antecitados antes de formalizar el acceso a la información? ¿Y si se hubiera acudido a la vía de los recursos administrativos ordinarios? El desafortunado silencio del legislador parece hacer sorprendentemente de peor condición al interesado opuesto a la divulgación en función de la vía concreta de impugnación de que se pudiera hacer uso en cada caso⁷⁸.

Y, por último, el CTBG u organismo autonómico de garantía equivalente. Sin duda la repercusión real de este procedimiento de impugnación como posible promotor de una toma de conciencia y, en definitiva, de un serio cambio de rumbo por parte de todas las Administraciones, entidades e instituciones competentes y obligadas en la materia, dependerá, en última

⁷⁸ Vid. RAMS RAMOS, L., «Los derechos e intereses de terceros en las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA, INAP*, Madrid, 2016, págs. 594 y ss.



instancia, de la propia trayectoria y, en definitiva, de la independencia, solidez y especialización que sean capaces de allegar los órganos de garantía en el ejercicio de sus funciones, sin olvidar, en cualquier caso, que su intervención es meramente potestativa a este respecto por cuanto corresponde al afectado decidir, en última instancia, la vía de impugnación que considera más adecuada u óptima para sus intereses.

Como organismo público de nueva creación, el CTBG concitó en su momento críticas y recelos por su composición mayoritariamente política y marcadamente presidencialista⁷⁹. A ello se suma su cuestionable adscripción al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que la Ley 19/2013 omitió atribuirle algunas de las clásicas garantías que asegurarían su independencia en los planos orgánico, presupuestario, funcional y personal, y que su Estatuto no fue aprobado por el legislador sino por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre⁸⁰, recientemente sustituido por Real Decreto

⁷⁹ Vid., por todos, SÁNCHEZ MORÓN, M., «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, págs. 283 y ss. La Comisión de Transparencia y Buen Gobierno se constituyó el 19 de enero de 2015 para velar por el buen desarrollo y aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

⁸⁰ Pese a todo se caracteriza como Administración independiente ex artículo 109.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, entre otras razones por el régimen de nombramiento de su Presidente, la duración del mandato de sus miembros y las causas tasadas para su cese, así como la elevación de una Memoria anual a las Cortes Generales y no ante un Departamento ministerial.



615/2024, de 2 de julio. Son inquietudes que cabe extender, en mayor o menor medida, a todos los órganos de garantía autonómicos, más o menos cercanos o incluso integrados en la propia estructura administrativa autonómica y aquejados, prácticamente por igual, de una escasez importante de medios personales, materiales y financieros para el desarrollo de sus funciones.

Se han criticado así, entre otros extremos⁸¹, su elevado número de miembros y la ausencia en su seno de expertos en transparencia; las mayorías institucionales presentes en los consejos, en tanto sus miembros son, en muchas ocasiones, representantes institucionales o de órganos públicos o son nombrados directamente por ellos, contando con un perfil político y poco técnico en su acceso; su renovación no es siempre por períodos distintos o no coincidentes con los del Gobierno correspondiente; carecen en muchas ocasiones de dedicación exclusiva; su independencia es más nominal que real, encontrándose sujetos al control presupuestario y de las mayorías políticas desde los gobiernos autonómicos⁸².

⁸¹ Por todos, MARTÍN DELGADO, I., «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016, págs. 379 y ss.

⁸² Curiosamente, estas instituciones de garantía han contado con direcciones web y correos electrónicos vinculados en muchas ocasiones con el dominio del poder ejecutivo autonómico correspondiente, hasta verse fagocitadas, incluso, por algunas Consejerías autonómicas especialmente activas en la materia. Su carencia de medios ha sido puesta de



La inflación de disposiciones reguladoras en materia de transparencia ha llevado, en todo caso, a generalizar la creación de organismos de garantía autonómicos. Al amparo del art. 24.6 de la Ley 19/2013 la competencia para resolver las reclamaciones corresponde al CTBG «salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta ley»⁸³, esto es, «para la resolución de la reclamación [...] en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial»⁸⁴.

relieve, en mayor o menor medida, por la práctica totalidad de los órganos de garantía en sus memorias e informes anuales.

⁸³ Conforme al apartado 2 de la citada disposición adicional 4ª, las Comunidades Autónomas podrán optar por crear su propio organismo de garantía o atribuir la competencia de resolución al CTBG mediante la celebración del correspondiente convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Han firmado el citado convenio para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública el Principado de Asturias, Cantabria, Extremadura, Illes Balears y La Rioja, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

⁸⁴ El segundo párrafo del apartado 1 de esta disposición adicional excluye del ámbito de la reclamación a las «resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo



Destaca al respecto la curiosa y en buena medida polémica Sentencia del Tribunal Supremo 422/2022, de 5 de abril (rec. 3060/2020), sobre el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia, que sostuvo que «no resulta coherente, desde la perspectiva constitucional y desde el prisma de la lógica de la acción administrativa de control, que dicho sistema pueda originar disfunciones en orden a la protección del derecho, que se revelen contrarias a la exigencia de garantizar un tratamiento común de los administrados frente a la totalidad de las Administraciones públicas que ejercen su actividad en un determinado territorio», entendiéndose, en consecuencia, «por vía interpretativa, desde una perspectiva integradora de la normativa estatal con la normativa autonómica, [que] cabe inferir que el legislador estatal ha establecido un modelo regulatorio común de las reclamaciones formuladas contra los actos denegatorios de acceso a la información adoptados por los Entes locales, que impide que el CTBG Estatal o los Consejos de Transparencia de las Comunidades Autónomas puedan abdicar de sus potestades de control de la actividad de los Entes locales en esta materia, creando espacios exentos de control que diluyan la protección debida de este derecho».⁸⁵

Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo», contra las que solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

⁸⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo 670/2022, de 2 de junio (rec. 4116/2020), vendría a corregir, en parte, el criterio jurisprudencial asentado en esta anterior de 5 de abril.



Son en estos momentos doce los órganos de garantía autonómicos en materia de transparencia⁸⁶, todos ellos con configuración diversa y, por tanto, difíciles de clasificar por sus estructuras dispares y el alcance asimétrico de sus funciones y de las materias objeto de su control⁸⁷, si bien cabe identificar como columna vertebral común a todos ellos su competencia para resolver las reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información pública, pudiendo agruparse en torno a cuatro modelos que en sentido laxo cabe identificar como en la misma línea de la organización y estructura del CTBG estatal, o bien como organismos primordialmente colegiados, adheridos al defensor del

⁸⁶ Así, Comisión da Transparencia de Galicia, Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, Consejo de Transparencia de Navarra, Consejo de Transparencia de Aragón, Comissió de Garantia del Dret d'Accès a la Informació Pública de Cataluña, Comisión de Transparencia de Castilla y León, Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, Consell Valencià de Transparència, Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias y Consejo de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid.

⁸⁷ A resultas de la renuncia por parte del legislador estatal a establecer una regulación básica completa del conjunto de requisitos mínimos de forma y funcionamiento que deban cumplir los órganos autonómicos de control y, en consecuencia, del amplio margen de actuación de que dispone el legislador autonómico desde esta perspectiva.



pueblo autonómico correspondiente o, en última instancia, eminentemente unipersonales⁸⁸.

Su éxito dependerá, en buena medida, del prestigio y *auctoritas* que sean capaces de allegar y mantener en el ejercicio de sus funciones⁸⁹, de que logren realmente profesionalizar y especializar el control, de que sean capaces de contrarrestar la débil situación del solicitante de información pública frente a la institución correspondiente, manteniendo, simultáneamente, cierta independencia respecto a la compleja constelación de entidades que pueblan el sector público en cuestión. No ayudan las lagunas, silencios y ambigüedades de la legislación vigente en materia de transparencia ni las endeble garantías que, caso de existir, se han constituido para asegurar su autonomía e independencia real respecto de la Comunidad Autónoma en cuestión, en especial, en materia presupuestaria, pero también, en muchas ocasiones, orgánica y funcional. Cabría mejorar significativamente, asimismo, la regulación de los requisitos a allegar por los miembros que se incorporen al órgano de garantía, así como su disponibilidad de

⁸⁸ Siguiendo en este punto la clasificación propuesta al efecto por SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Modelos de Organismos de Garantía de la Transparencia en las Comunidades Autónomas», *Revista Española de la Transparencia*, 4, 2017, págs. 87 y ss.

⁸⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los órganos de garantía...», op. cit., págs. 21 y ss., no duda en referirse a «la centralidad» de los órganos de garantía en el sistema de transparencia, a su creación y adecuada configuración como «pieza angular para el sistema», así como a su necesaria *auctoritas*.



medios de todo tipo, personales, materiales y financieros, para hacer frente a sus funciones.

B) Tramitación y resolución del procedimiento de reclamación.

Resulta parca la ley estatal sobre la tramitación procedimental de la reclamación especial en materia de transparencia. A ello se suma, por otra parte, la eclosión de la legislación autonómica habida en la materia, que habrá de sujetarse, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado para la determinación del «procedimiento administrativo común». La propia remisión expresa de la Ley 19/2013 a lo dispuesto en materia de recursos por la legislación aplicable al citado procedimiento administrativo común permite acudir, en todo caso, a categorías e interpretaciones ya consolidadas jurisprudencial y doctrinalmente en el ámbito iusadministrativa, así, por ejemplo, el concepto de interesado en el procedimiento, la posibilidad de solicitar la suspensión cautelar de la resolución que se recurre, o, en fin, la recta comprensión del plazo para recurrir el silencio administrativo negativo y efectuar su cómputo desde que el interesado, fuera o no solicitante, realice actuaciones que supongan que conoce el contenido de la resolución presunta. Resulta significativa, a tal efecto, la regulación efectuada por el legislador de la impugnación de las resoluciones presuntas y, aún más, la tardanza del propio Consejo estatal en asumir la doctrina constitucional no solo en cuanto al plazo para recurrir el silencio negativo sino para corregir la ficción de que se impugna en puridad el silencio administrativo y no el fondo en caso de resolución expresa posterior, imponiendo con ello al



recurrente la carga de impugnar nuevamente la resolución denegatoria expresa obtenida después en perjuicio del principio elemental de economía procedimental y validando con ello supuestos, en muchas ocasiones, de evidente mala fe por parte de la Administración que resuelve fuera de plazo para confirmar de forma expresa la denegación del acceso y desvirtuar la reclamación especial interpuesta.

Aunque se trata de un procedimiento de recurso *ad hoc*, especial y potestativo, en el caso de la ley catalana sustituye tan solo parcialmente el sistema tradicional de recursos en tanto cabe, ante la denegación de acceso a la información, recurso de reposición ante el mismo órgano o también, con carácter alternativo o sucesivo, pero nunca simultáneo, reclamación ante su Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública. Una solución sin duda polémica por su evidente fricción con la competencia estatal exclusiva para regular el procedimiento administrativo común y, en particular, por su eventual contradicción con el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Si bien la reclamación en materia de transparencia está llamada a erigirse en vía alternativa a los recursos administrativos ordinarios, rápida, asequible económicamente y eficaz para poner fin al litigio con la Administración, no cabe ignorar que existen carencias estructurales significativas en su articulación que pudieran contrarrestar o debilitar las garantías procedimentales de los ciudadanos durante su tramitación. Así, la falta de contradicción real en su seno



y la ausencia en su impulso del principio inquisitivo⁹⁰. Todo ello repercute en el excesivo peso que adquiere en la tramitación de la reclamación la visión del expediente que aporta o sintetiza en sus alegaciones la Administración, entidad o institución recurrida, sin posibilidad real del recurrente de plantear, ampliar o concretar sus argumentos sobre otra cosa que no sea su solicitud inicial. Si bien no es preciso motivar la instancia y cabe plantear la reclamación con un documento meramente testimonial de la disconformidad con la resolución recaída en el procedimiento de acceso a la información pública, resulta llamativa la ausencia posterior de cualquier otro trámite de alegaciones y que no se aporte al órgano de garantía el expediente administrativo, construyéndose su resolución sobre la base del escrito de interposición de la reclamación por el solicitante y de las alegaciones efectuadas sobre el particular por la Administración. No se contempla tampoco actividad probatoria, sino tan solo la argumentación, en su caso, de los motivos de impugnación alegados en el escrito inicial.

A lo anterior se suman, a mi juicio, otras dos debilidades estructurales harto elocuentes⁹¹. De un lado, la indeterminación de la disposición adicional 1ª de la Ley y su posible uso por el legislador, o incluso por el titular de la potestad reglamentaria, y eventual abuso de

⁹⁰ En idéntico sentido, MARTÍN DELGADO, I., «La reclamación ante el Consejo...», op. cit., pág. 386.

⁹¹ De «talón de Aquiles» del sistema de garantías habla MARTÍN DELGADO, I., «La reclamación ante el Consejo...», op. cit., págs. 417 y ss.



la posibilidad de establecer regulaciones específicas que desplacen a la Ley 19/2013 y resulten más restrictivas que la general en materia de transparencia y acceso a la información. Esta posibilidad ha sido cortada en buena medida por la doctrina de algunos órganos de garantía y por la propia jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 312/2022, de 10 de marzo (rec. 3382/2020), en una interpretación acorde con los criterios gramatical, histórico, sistemático y teleológico de la normativa general y especial sobre transparencia, parece haber sancionado que resulta supletoria la reclamación prevista por la legislación de transparencia ante el órgano de garantía correspondiente aunque quede desplazado el régimen jurídico sustantivo aplicable a la solicitud y el acceso a la información pública correspondiente.

La única excepción a la competencia de la autoridad de transparencia se daría, por tanto, en relación con aquellos regímenes especiales que contienen regulaciones específicas de un sistema propio de recurso adaptados a la naturaleza de la materia, como es el caso de los Registros Civil o de la Propiedad. En todo caso, resultan significativos el tiempo consumido hasta desembocar en esta interpretación jurisprudencial, las contradicciones habidas en la doctrina de los distintos órganos de garantía y la inseguridad a que ha abocado, en todo caso, el enunciado legal vigente que podría ser objeto, sin duda, de mayor precisión y rigor.

Resulta también significativa, de otro lado, la ausencia de medios de ejecución forzosa para reaccionar frente al incumplimiento de las resoluciones de los órganos de garantía en la materia. Ante la falta de



cualquier previsión expresa al respecto por parte del legislador, ¿se obliga al reclamante a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por inactividad si el sector público no cumple voluntariamente con la resolución favorable obtenida?⁹² Se trata de un despropósito que no hace, sin duda, sino agravar y alargar el ya mencionado vía crucis procedimental a que debe enfrentarse el interesado en obtener acceso a información pública frente a un organismo o institución reacia a suministrarla.

Se ha concitado cierto acuerdo doctrinal, a este respecto, en torno a la conveniencia de regular la posible imposición de sanciones a tal efecto e incluso, con anterioridad, en la vía ejecutiva, de multas coercitivas dirigidas a los incumplidores de las resoluciones recaídas en materia de transparencia, si bien debiera articularse en tal caso un régimen específico y completo que evite

⁹² Se pregunta TORNOS MAS, J., «La ejecutividad de los acuerdos...», op. cit., pág. 23, si pueden recurrir los órganos garantes en materia de transparencia, en particular, el CTBG, a los medios de ejecución forzosa regulados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al intentar imponer sus resoluciones a otras Administraciones públicas, tildándolo de «problema escasamente estudiado por la doctrina y jurisprudencia». Considerando que el principal escollo, en la práctica totalidad de las ocasiones, será el de hacer cumplir a otra entidad u organismo público con una obligación de hacer, el acceso a una determinada información pública, se plantea de inmediato la espinosa cuestión acerca de la inadecuación de muchos de ellos para garantizar la ejecutividad de la resolución, así como el de la indiscutible oportunidad de adoptar y configurar la multa coercitiva al respecto.



remisiones generales a la inobservancia de la ley o a otras regulaciones de posibles infracciones que pudieran conducir sin más al vacío y a la ausencia de consecuencia alguna frente al incumplimiento de las resoluciones favorables de los órganos de garantía. Así se produce, por ejemplo, ante una remisión genérica a la eventual persecución de cualesquiera quebrantamientos en la materia considerando la inexistencia, en particular, de tipos específicos en la legislación aplicable en el ámbito del empleo público, así como la imposibilidad de que los dirigentes políticos pudieran ser, en su caso, sancionados disciplinariamente. Sin duda la vía o instrumento más práctico al respecto es la multa coercitiva, mucho más, en mi opinión, que la conminación al cumplimiento con la amenaza de sanción disciplinaria, en especial, si la coerción no va dirigida a la entidad sino a la autoridad o persona responsable en última instancia de cumplir la resolución en materia de transparencia.

Con esta finalidad convendría al legislador reflexionar en profundidad sobre el mejor modo de garantizar el cumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos de garantía. Entre otros aspectos concretos, ¿convendría publicar la incoación del procedimiento de ejecución forzosa dirigido a la imposición de la multa coercitiva o, en su caso, del procedimiento propiamente sancionador y dar transparencia a los resultados de la instrucción realizada al respecto? ¿Resultaría oportuno tramitar siempre dos procedimientos administrativos diferentes, uno para declarar el incumplimiento de la resolución en materia de transparencia y otro para instar la incoación del procedimiento dirigido, en su caso, a la imposición de la multa coercitiva o a la sanción de la infracción como



forma de otorgar mayor discrecionalidad al órgano de garantía en la materia? ¿Debería garantizarse al denunciante la accesibilidad al expediente incoado y darle traslado de la instrucción una vez que hubiera concluido?⁹³

Cabe subrayar, asimismo, a la luz de la situación actual y de la conflictividad judicial habida en materia de transparencia a lo largo de la década transcurrida ya desde la aprobación de la ley estatal española, la heterogeneidad que sin duda habría de recaer y que resultaría rápidamente apreciable con una nueva regulación sobre la ejecución de las resoluciones en materia de transparencia y la sanción de su eventual incumplimiento, tanto en la propia doctrina de garantía como en la jurisprudencia a la vista de la proliferación de organismos autonómicos de transparencia y de las reglas en este momento determinantes de la competencia jurisdiccional al respecto⁹⁴. La dificultad de

⁹³ TORNOS MAS, J., «La ejecutividad de los acuerdos...», op. cit., págs. 24 y ss., subraya el tímido avance que representan a este respecto algunas legislaciones autonómicas en materia de transparencia, así, las de Cantabria, Comunidad Valenciana, Andalucía, Cataluña, Madrid o Navarra.

⁹⁴ Dejando a un lado, por lo demás, la dificultad señalada por FERNÁNDEZ RAMOS, S., «La reclamación ante los órganos de garantía...», op. cit., pág. 39, a que abocaría, en su caso, la necesaria declaración de lesividad para el interés público si el órgano de garantía del derecho careciera de personalidad jurídica propia y se integrara en la Administración general de la Comunidad Autónoma sin que la legislación autonómica en la materia hubiera previsto, para preservar la autonomía del órgano de garantía, su improcedencia.



reducir a cierta unidad las distintas posiciones que pudieran mantenerse haría aconsejable modificar, seguramente, en aras de una mayor seguridad jurídica, las reglas aplicables al efecto para procurar centralizar en la Audiencia Nacional los recursos contencioso-administrativos contra resoluciones del CTBG y en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas los interpuestos contra las resoluciones de los órganos de garantía autonómicos⁹⁵.

En todo caso, cabe valorar positivamente que en vía contencioso-administrativa sea precisamente el

⁹⁵ En idéntico sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Los órganos de garantía...», op. cit., pág. 27. No en vano, la competencia jurisdiccional es diversa y se disemina en función de que se interponga directamente recurso contencioso-administrativo contra la resolución recaída tras la solicitud de acceso a la información pública sin acudir al recurso especial potestativo articulado en materia de transparencia, de que se siga el proceso contencioso-administrativo tras haber resuelto la reclamación el CTBG o que haya conocido al respecto el órgano de garantía autonómico. Diferencia aún mayor, como subraya MARTÍN DELGADO, I., «La reclamación ante el Consejo...», op. cit., pág. 393, cuando, tras la firma del correspondiente convenio, el Consejo estatal resuelva reclamaciones en materia de acceso frente a decisiones adoptadas por órganos autonómicos y locales. Una complejidad que ha sido abordada pero no del todo resuelta por la modificación efectuada por Ley 2/2023, de 20 de febrero, en el enunciado del apartado quinto de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, para suprimir la doble instancia y residenciar la impugnación de los actos y disposiciones del Consejo directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.



sector público quien adopte, en la mayoría de las ocasiones, la posición insólita de demandante o recurrente, pudiendo confiar el solicitante de la información pública, si así lo desea, al órgano de garantía la defensa de la resolución que le ha resultado favorable⁹⁶. En esta misma línea pro administrado, y siguiendo el ejemplo comparado, se ha regulado por alguna Comunidad Autónoma de forma novedosa la aplicación de sistemas alternativos de resolución de conflictos a las reclamaciones habidas en materia de acceso a la información pública, dando cabida, por ejemplo, a supuestos de mediación⁹⁷.

Sin perjuicio de sus posibles ventajas, en tanto sistema indudablemente más rápido y ágil, cuenta también con importantes inconvenientes que deben ser objeto de consideración y ponderación. En concreto, el posible empleo de estas soluciones alternativas como vía para acelerar sin más la resolución de reclamaciones pendientes sin valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso particular y, en concreto, la pertinencia de establecer nueva doctrina o de rectificar, en su caso, la existente, así como, precisamente en relación con esto último, la ausencia de publicidad de los acuerdos a que arriben las partes, a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones de los órganos de garantía, y, por tanto, la

⁹⁶ De ahí que FERNÁNDEZ RAMOS, S., «La reclamación ante los órganos de garantía...», op. cit., pág. 8, sostenga que con esta reclamación «las tornas cambian por completo».

⁹⁷ De forma señalada por el artículo 42 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.



pérdida de oportunidad y ocasión de establecer un precedente administrativo que, si bien no vinculante, resulta no solo conveniente para establecer, desarrollar, concretar y matizar una doctrina progresivamente consolidada, sino también de claro valor e incidencia pedagógica al alumbrar el camino a seguir a otras entidades y organismos que se enfrentan a solicitudes de información similares. Se trata de una labor especialmente importante desde la perspectiva del ámbito local ante la escasez de medios humanos y materiales de que adolece un gran número de entidades locales para atender adecuadamente sus obligaciones en materia de transparencia y acceso a la información pública.

A mi modo de ver, resulta esencial la adopción y confirmación por la doctrina garante y la propia jurisprudencia del principio de transparencia máxima proclamado en el ámbito internacional para reinterpretar desde este prisma y sus postulados básicos el procedimiento de acceso a la información y la legislación aplicable en la materia, así como, en particular, la sustanciación de la reclamación correspondiente ante los órganos de garantía. Ello habría de repercutir, sin duda, en una mayor incidencia y exigencia en la necesidad de motivar y restringir al máximo los límites al derecho de acceso a la información, de interpretar restrictivamente las causas de inadmisión correspondientes, de adoptar una visión antiformalista favorable al ejercicio del derecho y de restringir al máximo la huida de la Ley 19/2013 bajo la invocación, al amparo de su disposición adicional 1ª, de regímenes dispares o disgregadores que premian la opacidad y tradicional cultura del silencio sobre la transparencia real y útil.



2. Necesidad y complejidad de efectuar un seguimiento eficaz en materia de transparencia.

Tomando en consideración el contexto en que se produjo la aprobación en España de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, no cabía sino cierto escepticismo ante su posible incidencia real. No en vano, fue llamada a ser aplicada y puesta en práctica por el sector público en plena reestructuración de prioridades en la asignación del gasto a causa de la brutal crisis económica imperante y a través de un procedimiento complejo y poco favorable al ejercicio y la reivindicación por el ciudadano de su derecho de acceso a la información pública pertinente. Factores a los que se suma, por otra parte, un importante inconveniente derivado de la ausencia no solo de consecuencias particulares ante el incumplimiento por los sujetos obligados de las resoluciones de los órganos de garantía recaídas tras la tramitación de las reclamaciones correspondientes, sino, de forma más amplia, de cualquier tipo de previsión legal dirigida a garantizar un mínimo y adecuado seguimiento del cumplimiento de la Ley en su conjunto.

En efecto, aunque los órganos de garantía en materia de transparencia realicen cierto seguimiento del grado de cumplimiento y, por ende, de la eficacia de sus resoluciones, se trata, en todo caso, de un control muy limitado, que suele restringirse a su mera publicidad en sus páginas web y a su expresión en sus memorias o informes anuales, sin que se prevean, por regla general, consecuencias anudadas a su eventual incumplimiento, más allá del mero coste reputacional del infractor, ni, mucho menos, un seguimiento pormenorizado y real del



grado de observancia de las obligaciones impuestas por la legislación aplicable en materia de transparencia activa y derecho de acceso a la información pública⁹⁸.

Sobresale el silencio, en primer lugar, en términos de formulación y construcción de indicadores que permitan una adecuada valoración del grado de transparencia adquirido por las instituciones obligadas por la Ley y, sobre todo, una comparación en términos de igualdad de su actividad al respecto. Baste citar las dificultades experimentadas para el alumbramiento y puesta en práctica de la Metodología de Evaluación y Seguimiento de la Transparencia de la Actividad Pública (MESTA) y, pese al esfuerzo invertido, las indudables carencias que aún subsisten al efecto⁹⁹.

⁹⁸ GINESTA RODRÍGUEZ, V. *et al.*, «Diez años de la aprobación de la Ley 19/2013...», op. cit., pág. 48, ponen de relieve la ausencia para España de una visión empírico-cuantitativa, comparada y sistemática, del cumplimiento de la ley, en particular, para el ámbito local, haciendo hincapié en cómo el grueso de las aportaciones realizadas hasta el momento compara los niveles de publicidad activa a partir de la construcción de índices internacionales o de comunicación política, no directamente aplicables a los criterios que establece en esta materia el legislador español.

⁹⁹ ROS-MEDINA, J. L., «¿Es MESTA el sistema definitivo de evaluación de la transparencia en España? Revisión de la aplicación práctica de esta metodología», *Revista Española de la Transparencia*, 11, 2020, págs. 45 y ss., se refiere a su configuración metodológica y aplicación práctica, en concreto, a las eventualidades y dificultades a que se ha enfrentado con el fin de desarrollar propuestas de mejora y perfeccionamiento.



La articulación de indicadores se debe realizar a partir de la selección de áreas consideradas claves, estableciéndose para cada una de ellas aquellos criterios de buena práctica que se consideren imprescindibles y deseables para su eficiencia, así como las vías más adecuadas para la valoración y evaluación de su materialización concreta. Si están bien contruidos brindan resultados de los que extraer información suficientemente válida, fiable y objetiva, actuando como criterio para la detección precoz de áreas de alarma o para la identificación de otras susceptibles de ser consideradas áreas de mejora o de excelencia. Son, por todo ello, un instrumento imprescindible para analizar, evaluar y hacer seguimiento de la implantación real de la cultura de la transparencia en nuestro sector público. A ello se une, por lo demás, la carencia de cualquier tipo de incentivos que pudieran reputarse adecuados para promover la implantación y la progresión en materia de transparencia.

No basta con afirmaciones genéricas sobre la trascendencia y los beneficios esperados de su regulación y eventual realización, destacados por el juez norteamericano Louis D. Brandeis cuando sostuvo en su archiconocida cita que «*publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*»¹⁰⁰; sino que es necesario articular e implementar incentivos positivos y, como contrapartida, en cuanto haz y envés de una misma

¹⁰⁰ BRANDEIS, L. D., *Other people's money and how the bankers use it*, Frederick A. Stokes Company, New York, 1914.



moneda, penalidades apropiadas para garantizar su efectiva materialización y el adecuado cumplimiento de los requerimientos y las exigencias que incorporó la ley en 2013 y que hoy en día, lamentablemente, siguen brillando en ocasiones por su clamoroso incumplimiento o, siendo benevolentes, por la imposibilidad absoluta de los órganos de garantía de medir en términos realmente fiables su implantación. Sin duda, al no hacerlo así, caemos una vez más en el certero diagnóstico realizado entre los españoles por el regeneracionista Joaquín Costa cuando afirmó que «leyes las tenemos por arrobos, lo importante es que se apliquen».

La citada inexistencia de penalidades y, en última instancia, de un auténtico régimen sancionador en materia de transparencia resulta ciertamente significativa. Cabría decir que revela, de algún modo, la escasa confianza del legislador en la propia voluntad y capacidad del sector público español de cumplir con las obligaciones impuestas por la nueva ley, convirtiéndola así en una mera declaración de buenas intenciones. Una manifestación más de *wishful thinking* a las que tan acostumbrados nos tienen nuestros múltiples legisladores. Frente a ello se hace necesario defender la necesidad de una auténtica transparencia, no de una mera apariencia¹⁰¹, y para ello resulta necesarias las dos manifestaciones esenciales de la función de supervisión: control reactivo y proactivo.

Los órganos de garantía en materia de transparencia tienen mucho que decir al respecto, lástima que la ausencia de medios contribuya a

¹⁰¹ Parafraseando a MARTÍN DELGADO, I., «La reclamación ante el Consejo...», op. cit., pág. 429.



asfixiarlos hasta dejarlos apenas con un hilo de voz¹⁰². Falta dotarlos de los recursos suficientes y que asuman decididamente mayor liderazgo. No son solo necesarios para resolver, en su caso, las reclamaciones especiales en materia de transparencia que puedan plantearse sino para promover un avance real en la implantación de un sector público más transparente que responda por las decisiones que adopta y, en suma, por sus opciones (*accountability*). Precisan de un megáfono, han de ser conocidas y respetadas por el sector público, en definitiva, por los sujetos obligados por la ley, pero, sobre todo, por la ciudadanía que ha de reputarlas como instrumento útil, eficaz, a la par que eficiente. Se echa en falta, entre otros, una comunicación efectiva de sus resultados para que su propia existencia, sus funciones, su doctrina y criterios sean ampliamente conocidos, debiendo darse mayor ímpetu a su colaboración y cooperación, así como un decidido impulso y adecuada publicidad a la aproximación, sistematización y difusión de criterios interpretativos conjuntos.

Así, pese a la importancia otorgada a la transparencia en el ámbito internacional, pese a las grandilocuentes afirmaciones vertidas durante la

¹⁰² Circunstancia a la que se suma la situación de vacancia e interinidad en que se dejó durante tres años a la Presidencia del Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno tras fallecer su primera Presidenta en noviembre de 2017. Conforme a su *Memoria 2019*, pág. 120, marcó decisivamente su actuación «pues ha limitado el proceso de trabajo al mantenimiento de la actividad del organismo y ha condicionado la representatividad institucional y su capacidad de interlocución».



tramitación parlamentaria de la ley estatal española en la materia y a las declaraciones de su exposición de motivos, pese a su desarrollo y concreción en el ámbito autonómico y local por los legisladores territoriales, pese al corpus doctrinal alumbrado por los órganos de garantía en la materia, pese a las luces encendidas al respecto durante los últimos diez años... ¿cabe afirmar que las ventanas están limpias, que entra y realmente desinfecta la luz del sol? ¿Se ha garantizado o al menos acrecentado algo la confianza de los ciudadanos y su propia inclusión y participación en la res publica, en cuanto forma de legitimación democrática del poder? ¿Conciben los ciudadanos la información administrativa como un servicio público obligatorio valioso y, asimismo, como forma de evitar la corrupción? ¿Ha aumentado realmente la cultura de la transparencia y la participación o tan solo se ha dotado de una vía algo más conveniente de acceso a la información pública a periodistas, sindicatos y algún otro colectivo organizado? Son interrogantes que cabe plantear, asimismo, en el ámbito comparado.

No olvidemos que el retraso del legislador español, tanto estatal como autonómico, en adoptar una iniciativa de esta naturaleza y contenido, así como la dilación en la preparación y el estudio de los correspondientes anteproyecto y proyecto de ley, contrastaron significativamente con la premura con que se abordó, en cambio, su trámite parlamentario, en un contexto de crisis económica, contención del gasto público e irremediable austeridad de nuestro sector público. Cabe constatar, precisamente por ello, cierta decepción ante una ley que, si bien resultaba necesaria y fue largamente esperada, se reveló enseguida como



claramente insuficiente ante las dificultades que fueron encontrando y aún hoy aducen los obligados por ella para su materialización, puesta en práctica y seguimiento.

No en vano, como tantas veces, su puesta en marcha se realizó en ausencia de estudio de viabilidad, sin dotación económica adecuada ni incremento de personal, destacando, por otra parte, la escasa formación o especialización del destinado desde un principio a cumplir con los requerimientos de la ley. A la vista de los últimos diez años y de los escasos esfuerzos realizados desde entonces para remediar esta situación y las propias carencias de la ley, cabe alentar la sospecha abrigada en su momento en cuanto a las intenciones reales del legislador al sancionar esta norma, por cuanto parece que hubiera querido instrumentalizar su tramitación y aprobación a fin de apaciguar el descontento social imperante en la época y contribuir a desactivar, en última instancia, la grave crisis de confianza institucional entonces vigente¹⁰³.

En este sentido, la austeridad y las restricciones presupuestarias han sido no sólo el contexto en que se aprobó la ley sino también un importante pretexto para eludir su aplicación y desvirtuar el cumplimiento de lo dispuesto y preceptuado al efecto por la propia norma. Es lo que algún autor ha calificado con ingenio de

¹⁰³ Así lo denuncié en CASARES MARCOS, A., «Responsabilidad social, transparencia...», op. cit., págs. 196 y ss., desde la perspectiva particular de los principales escollos para la implementación y aplicación práctica de la Ley 19/2013 por parte de las Universidades españolas.



democracia transparente de metacrilato, no de cristal, aparentemente robusta y eficaz (candil en la calle) pero que no va más allá de la mera transparencia formal, sin repercutir en una mejora democrática de nuestro entorno ni generar un impacto real en la vida de los ciudadanos, en particular, de los no reclamantes (oscuridad en la casa)¹⁰⁴.

Resulta de interés meditar, a mi juicio, acerca de estas cuestiones a la vista de la experiencia internacional, singular en su planteamiento, pero con problemas compartidos, y, en particular, acerca de cómo se debe modificar, completar y apuntalar el régimen jurídico inaugurado en España en 2013, esencialmente unitario, común y tributario, en última instancia, del recurso frecuente a conceptos jurídicos en gran medida indeterminados. El legislador estatal construyó y configuró con ello un marco normativo en materia de transparencia en gran medida pendiente, abocado, en fin, a desarrollos ulteriores, ya sea desde una perspectiva general, a través del complemento reglamentario correspondiente, o de la normativa específica que pudiera aprobarse sobre el particular en los ámbitos autonómico o local, o, incluso, desde una perspectiva más sectorial.

¹⁰⁴ Para ANDREU LLOVET, R., *El acceso a la información pública en España...*, op. cit., pág. 1069, no hay duda de que «a los efectos de incidir en el comportamiento de quienes ejercen potestades públicas» el derecho de acceso a la información pública no sirve, salvo en supuestos ocasionales, «para prevenir, revertir o castigar las conductas indeseables», por lo que afirma enfáticamente que «aquello que se mercó como un medicamento que permitía combatir más de un tumor se nos quedó en una aspirina».



En todo caso, el reconocimiento y la regulación del derecho de acceso, si bien ciertamente innovadora, resulta insuficiente por sí misma sin otros complementos externos absolutamente ineludibles al respecto. Así, el saneamiento y la mejora en la ética pública, la implementación de garantías realmente efectivas para garantizar su seguimiento y cumplimiento o la concienciación y auténtica toma de posición, en fin, de una ciudadanía activa y vigilante al respecto¹⁰⁵. Sin ellos ya se denunció en su día la enorme dificultad de anular y erradicar la «cultura del silencio» imperante en nuestro sector público¹⁰⁶. En expresión del Síndic de Greuges de Cataluña, «además de reforzar jurídicamente el contenido del derecho de acceso a la información pública y los instrumentos para ejercerlo, también es necesaria una labor pedagógica y de difusión hacia los ciudadanos, para que conozcan este derecho y lo ejerzan, así como entre los servidores públicos, para que tomen conciencia de que el acceso a la información pública es un instrumento de calidad democrática y un derecho de los ciudadanos, solo condicionado a las limitaciones que legalmente se determinen. El acceso a la información pública debe ser percibido en la cultura administrativa

¹⁰⁵ ACKERMAN, J. M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, I. E., «The global explosión...», op. cit., pág. 129, sostienen que sin «presión y activismo constante» las leyes aprobadas en el ámbito internacional en materia de acceso a la información se convertirán en letra muerta.

¹⁰⁶ En expresión de BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas...*, op. cit., págs. 80 y ss.



como la regla general, y la restricción o el secreto como la excepción.»¹⁰⁷

No en vano, la responsabilidad de enfrentarse a los retos actualmente planteados en esta materia a entidades e instituciones públicas, en aras precisamente del interés social y servicio público que desempeñan, corresponde tan sólo a aquellos que integran sus órganos de gobierno y no a los códigos de buen gobierno, ni a las buenas prácticas que en materia de transparencia o acceso a la información pudieran regir su actividad, independientemente de que su aplicación responda a una obligación legal o se realice por adscripción voluntaria. Estas reglas tan sólo proporcionan unas pautas sobre el procedimiento a seguir y la publicidad aconsejable, en última instancia, en la adopción de las decisiones de gobierno más importantes para la institución, sin que resulten adecuadas o suficientes por sí mismas, sin embargo, para identificar cuál habría de ser la decisión más acertada para el futuro de la institución y su sostenibilidad en función de las circunstancias concretas en que se encuentre.

La transparencia tan solo genera confianza y crédito de las instituciones si el ciudadano sabe que la información está publicada y lo está de forma pertinente, sin que el poder sienta que su afán por saber tan solo sirve para entorpecer la decisión pública. La transparencia ha de ser efectiva, desbordando de su mera consideración como herramienta jurídica para instrumentalizar un juego de luces y sombras.

¹⁰⁷ Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Cataluña, *El derecho de acceso a la información pública*, marzo 2012.



Hiperinformación, hipercomunicación, saturación de información... no inyectan luz en la oscuridad¹⁰⁸, sino que tan solo contribuyen a tapar la luz del sol al encender en su lugar otros mil focos cegadores que nos dejan sin referencia acerca de la posición y situación real del astro rey en el firmamento¹⁰⁹.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ACKERMAN, J. M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, I. E., «The global explosión of freedom of information laws», *Administrative Law Review*, 58, 2006, págs. 85-130.

ANDREU LLOVET, R., *El acceso a la información pública en España: ¿truco o trato?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BRANDEIS, L. D., *Other people's money and how the bankers use it*, Frederick A. Stokes Company, New York, 1914.

¹⁰⁸ Tan solo saturación de información a decir de HAN, B.-C., *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013, págs. 79 y ss.

¹⁰⁹ Vid., en este mismo sentido, la acerada crítica y apuesta por la derogación de la publicidad activa de ANDREU LLOVET, R., *El acceso a la información pública en España...*, op. cit., págs. 1053 y ss.



CASARES MARCOS, A., «Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 2015, págs. 170-208.

- «El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible», *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 2023, págs. 14-66.

COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», *Teoría y realidad constitucional*, 40, 2017, págs. 279-316.

DE IULIIS, C.; GRAZIANI, R., «Del acceso a los documentos a la FOIA: ¿Cuáles cambios en la legislación italiana con la entrada en vigor de la Ley Madia? El papel del organismo encargado de la transparencia», en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (coord.), *31 visiones actuales de la transparencia*, DMK Consultores, Universidad Complutense de Madrid y Acreditra, Madrid, 2017, págs. 297-308.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, 45, 2017, págs. 1-42.

- «Los órganos de garantía ante la revisión judicial de su actuación», *Revista Española de la Transparencia*, 7, 2018, págs. 19-28.



FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GINESTA RODRÍGUEZ, V. *et al.*, «Diez años de la aprobación de la Ley 19/2013: una panorámica de los patrones de publicidad activa en los ayuntamientos españoles», *Revista Española de la Transparencia*, 19, 2024, págs. 45-70.

GUICHOT, E., «Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información», en MARTÍN DELGADO, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019, págs. 55-105.

HAN, B.-C., *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 2018, págs. 483-509.

LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *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 LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016, págs. 369-431.

NEIRA BARRAL, D., *Transparencia de las Administraciones públicas y acceso a la información*, Colex, A Coruña, 2022.

PÉREZ CONCHILLO, E., «Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 35, 2021.

- *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

RAMS RAMOS, L., «Los derechos e intereses de terceros en las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016, págs. 585-596.

ROS-MEDINA, J. L., «¿Es MESTA el sistema definitivo de evaluación de la transparencia en España? Revisión de la aplicación práctica de esta metodología», *Revista Española de la Transparencia*, 11, 2020, págs. 45-73.



SÁNCHEZ MORÓN, M., «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, págs. 275-316.

SARAT, A., «Georgia Court Case Tests the Limits of Execution Secrecy in the United States», *Verdict. Legal Analysis and Commentary from Justia*, 15 de marzo de 2024.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Modelos de Organismos de Garantía de la Transparencia en las Comunidades Autónomas», *Revista Española de la Transparencia*, 4, 2017, págs. 87-97.

SOTELO-TORRES, C. R. A.; GARCÍA-CURIEL, K., «El procedimiento de acceso a la información pública como mecanismo para proteger el derecho a la verdad. Una revisión de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia», *Revista Española de la Transparencia*, 19, 2024, págs. 221-246.

TORNOS MAS, J., «La ejecutividad de los acuerdos de los órganos garantes en la legislación de transparencia», *Anuario de Transparencia Local*, 5, 2022, págs. 11-33.

VVAA, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015.

- *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2016.



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19

D^a. Lucía López Ortega

Graduada en Derecho

Resumen: Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador, en sus tres modalidades, se encuentran regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre; si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, sobre todo a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta responsabilidad del Estado legislador y sus presupuestos ha adquirido un papel protagonista en la gestión de las reclamaciones interpuestas, como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por el COVID-19. En este trabajo, además de examinar los efectos de la citada Sentencia sobre nuestra legislación básica, se aborda si las



medidas adoptadas en los Reales Decretos adoptados durante la pandemia sobrepasaron las garantías reconocidas en el Estado de Alarma y, finalmente, cómo todo este contexto normativo y jurisprudencial está jugando en las decisiones de nuestros tribunales a la hora de dar respuesta a las numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial que han sido interpuestas, tras decretarse el Estado de Alarma.

Palabras clave: responsabilidad del Estado legislador; leyes contrarias al derecho comunitario; leyes inconstitucionales.

Abstract: The three types of legislature's liability are regulated by Law 40/2015, of October 1; however, the requirements and conditions set forth therein are far from being in line with the principles of Community law, particularly in light of the judgment of the Court of Justice of the European Union of June 28, 2022, and the recent case law of the Supreme Court. This liability of the legislative State and its budgets has taken on a central role in the management of claims filed as a result of the restrictive measures adopted due to COVID-19. This paper, in addition to examining the effects of the aforementioned ruling on our basic legislation, addresses whether the measures adopted in the Royal Decrees during the pandemic exceeded the guarantees recognized in the State of Emergency and, finally, how this entire regulatory and jurisprudential context is affecting the decisions of our courts when responding to the numerous claims for financial liability that have been filed following the declaration of the State of Emergency.



Key words: *Legislature's liability; breach of law attributable to the national legislature; unconstitutional laws.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. 2.1. Marco constitucional. 2.2. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: marco material (LRJSP). 2.3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP): marco procedimental. 2.4. Requisitos del artículo 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. A) Caracteres de la responsabilidad patrimonial. B) Presupuestos de la responsabilidad patrimonial. B.1) Lesión resarcible y antijuricidad. B.2) Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. B.3) Relación de causalidad. 3. Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.1. Cuestiones previas. 3.2. Sobre la Sentencia del TJUE del 28 de junio de 2022. A) Requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea. B) Requisito de que el perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el recurso interpuesto contra el acto administrativo. C) Plazo para ejercitar la acción de responsabilidad. D) Limitación de los daños indemnizables. E) Valoración de la sentencia. 4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la gestión de la pandemia por COVID-19. 4.1. Medidas



sanitarias adoptadas. Especial mención al 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. 4.2. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial. Especial mención a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional. A) Análisis del término “suspensión” del artículo 55.1 CE. B) Análisis de la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo. C) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad. 4.3. Desestimación de la responsabilidad patrimonial del Estado por COVID-19: especial mención a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023. 4.3.1. Argumentos de la defensa. 4.3.2. Argumentos del TS. A) Inexistencia de un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo singular y nuevo. B) Doble título de imputación: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el funcionamiento anormal de los servicios públicos. C) Ausencia de antijuricidad y proporcionalidad de las medidas. D) Cuestión de la fuerza mayor y funcionamiento de los servicios públicos. E) Exclusión del instituto de la expropiación forzosa. 4.3.3. Valoración de la Sentencia. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Abreviaturas empleadas

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española



CCAA: Comunidades Autónomas

DUE: Derecho de la Unión Europea

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LEF: Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa.

LJ: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LOAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJ-PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

RD: Real Decreto.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.



1. Introducción.

Este trabajo aborda la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, concretamente en la gestión de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Bajo esta denominación, se recogen aquellos supuestos en los que los particulares han sufrido un daño económicamente evaluable imputable a los servicios públicos, y que, en consecuencia, es susceptible de ser indemnizado a través del citado instituto.

Los presupuestos bajo los cuales nace la responsabilidad del Estado legislador son similares a los de la responsabilidad de la Administración. Sin embargo, en comparación con esta última, que ha sido resuelta de manera favorable y precisa, la regulación en el supuesto del Estado legislador ha sido complicada e incluso contradictoria en ocasiones -cuestionada incluso por la justicia europea, como tendremos ocasión de exponer. "A diferencia de la actividad administrativa -vicarial y subordinada-, el legislador -en nuestro país Cortes Generales y, en el marco de las competencias autonómicas, los Parlamentos territoriales- representa al pueblo, en quien reside la soberanía, lo cual impregna su actuación¹". Gracias a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, se ha conseguido ir asentando las bases de su

¹ QUINTANA LÓPEZ, T., "La responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p.104.



funcionamiento, a pesar de que sigue siendo un tema controvertido.

Esto se debe a que, recientemente, la responsabilidad del Estado legislador ha adquirido un papel protagonista en la gestión de las reclamaciones interpuestas, como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por el COVID-19. Así, el debate se centra en considerar si las medidas adoptadas en los Reales Decretos adoptados durante la pandemia sobrepasaron las garantías reconocidas en el Estado de Alarma.

Para abordar estas cuestiones, el trabajo se divide fundamentalmente en tres partes:

En primer lugar, se abordará un marco normativo que nos permita conocer los aspectos formales en su regulación, detallando las normas legales en las que se desarrolla y los presupuestos para su aplicabilidad. En segundo lugar, analizaremos el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en la interpretación de la Ley nacional buscando un sentido acorde a la normativa comunitaria que, previsiblemente, dará lugar a una modificación de la norma nacional actualmente vigente. Por último, abordaremos cómo todo este contexto normativo actúa como base para dar respuesta a las numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se interpusieron tras declarar el Estado de Alarma.



2. Marco normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

2.1. Marco constitucional.

Según el artículo 1 de la Constitución Española de 1978 (CE), España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Así, observamos el carácter imperante tanto del principio constitucional que implica la sujeción de todos los poderes públicos a la supremacía de la CE; como del principio de legalidad, que implica la sujeción de la Administración pública, de los poderes públicos y del poder ejecutivo al imperio de la ley.

Para asegurar un efectivo Estado de Derecho, este debe comprender un sistema de garantía efectiva patrimonial, en especial frente a las actuaciones que voluntaria y, la mayor parte de veces involuntariamente, provocan daños a los ciudadanos.

De esta forma se configura la responsabilidad del Estado legislador, como una institución jurídica que se puede definir como la "obligación de resarcimiento que contrae el legislador, como consecuencia de la aprobación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, que provoque un daño



económicamente evaluable al ciudadano y que este no tenga el deber jurídico de soportar²".

En nuestro ordenamiento jurídico se considera una figura de especial relevancia dado que partimos de una "concepción roussoniana de la Ley, según la cual el Legislador crea las leyes que son un reflejo de la voluntad del pueblo³". El principio de legalidad mencionado anteriormente manifiesta la supremacía del poder legislativo como manifestación de la voluntad general, indicando los poderes y potestades que le corresponden frente al poder ejecutivo.

Para poder contextualizar esta figura en profundidad, es importante partir de nuestra Carta Magna de Derechos, la Constitución Española de 1978.

Partimos en primer lugar del artículo 9.3 CE, en el que a modo genérico se garantiza la responsabilidad de los poderes públicos. Sin embargo, la base constitucional de esta institución se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza

² MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *Revista de las Cortes Generales*, núm.100-102, 2017, p. 8.

³ MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *cit.*, p. 8.



mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Dado que el presente trabajo concreta esta responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito sanitario como consecuencia de la pandemia por COVID-19, procede asimismo hacer cita del artículo 43.2 CE, según el cual “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Finalmente, la relación entre la declaración del Estado de Alarma y la responsabilidad del Gobierno se recoge en el artículo 116.6 CE: “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

Este marco constitucional se complementa con las regulaciones dispuestas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Ley de Régimen del Sector Público (LRJSP), las cuales comentaremos a continuación.

2.2. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: marco material (LRJSP).



Como hemos mencionado anteriormente, la relevancia de esta institución se ha reflejado en los numerosos intentos que han existido a nivel doctrinal y jurisprudencial para conseguir una interpretación uniforme en la que se establezcan los principios y condiciones para su reconocimiento. Así, la presente ley junto con la LPACAP, han permitido que por primera vez se regule esta figura de manera clara y precisa. Con esta regulación se proporciona al ciudadano una mayor seguridad jurídica al reclamar una indemnización por responsabilidad del legislador, pues se dispone un marco jurídico que engloba tanto las condiciones, como el procedimiento.

En lo atinente a las condiciones, el actual artículo 32 de la LRJSP regulador de los principios de la responsabilidad, encuentra dos antecedentes principales.

Por un lado, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa (LEF), la cual incorporó al sistema de garantías patrimoniales no sólo las expropiatorias a través de la correspondiente indemnización, sino también los daños extracontractuales producidos por los poderes públicos.

Por otro lado, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), incorpora y perfecciona el régimen jurídico de este instituto resarcitorio: "Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de



actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Así, a partir de la entrada en vigor de esta ley, la responsabilidad procedente de los actos legislativos parece derivarse o bien del carácter expropiatorio de la norma, lo cual implicaría la remisión a la LEF, o bien de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, remitiendo al artículo 139.

La interpretación de este precepto generó un largo debate. Por un lado, se planteaba el conflicto de que interpretando este precepto a sensu contrario, parece decir que la responsabilidad por los daños causados queda excluida cuando así se prevea en la Ley o cuando no se contemple. Por otro lado, se observa el problema de fondo de determinar con qué alcance se reconoce esta posible indemnización, lo cual ha sido resuelto con la jurisprudencia del TS revelando una flexibilización en los márgenes del artículo.

Esto nos lleva al actual apartado 3 del artículo 32 LRJSP, en el cual se recogen los tres supuestos generadores de responsabilidad: “a) [...] como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen; b) cuando los daños deriven



de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional [...]; y c) cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea [...]”.

En lo atinente al primer supuesto, el contenido no varía mucho con respecto al artículo 139 anteriormente citado, puesto que le corresponde a la propia Ley determinar en qué supuestos y en qué condiciones habrá de hacerse efectivo el derecho.

La responsabilidad como consecuencia de una ley declarada inconstitucional encuentra su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, sobre la aplicación retroactiva del gravamen compensatorio sobre la tasa fiscal del juego, impuesta por la Ley 5/1990, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, y que suponía un quebrantamiento del principio consagrado en el artículo 9.3 CE sobre la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Tras esta sentencia, se presentaron numerosas reclamaciones ante el Estado para la devolución del importe de esa tasa complementaria anulada, previamente impugnada, formalizándose con carácter general como una responsabilidad patrimonial del Estado⁴.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005, p. 110.



En atención a los actuales requisitos para la obtención de la indemnización según el apartado 4 del artículo 32 LRJSP, es necesario que el particular haya obtenido en cualquier instancia una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siendo obligatorio que hubiera alegado previamente la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Finalmente, se recoge la responsabilidad como consecuencia de una vulneración del Derecho de la Unión Europea, que, al igual que en el caso anterior, requiere que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada.

Así, se observa una redacción de los supuestos de responsabilidad que permite rechazar una reclamación de responsabilidad por falta de agotamiento previo de las vías de recurso, haciendo así más gravosa la posibilidad de actuación contra los actos del legislador⁵.

2.3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP): marco procedimental.

⁵ MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *cit.*, p. 43.



El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial se regula en la LPACAP, concretamente en el Capítulo II, con especial incidencia en los artículos 91 y 92.

A rasgos generales, el procedimiento no difiere de cualquier otro procedimiento administrativo, dado que este puede ser iniciado de oficio, o mediante solicitud de un particular presuntamente afectado.

La instrucción del procedimiento se recoge en el artículo 81, según el cual resulta preceptivo solicitar el informe al servicio responsable del daño ocasionado, con un plazo de diez días para su emisión. Resulta igualmente preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico competente cuando la indemnización reclamada tenga un importe igual o superior a los 50.000 euros -en el caso del Consejo de Estado- o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica -en el caso de órganos consultivos autonómicos-.

A los efectos que se acaban de expresar, el órgano instructor, también en el plazo de diez días, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen, una propuesta de resolución. Este dictamen deberá ser emitido en el plazo de dos meses, pronunciándose sobre la existencia o no de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que establece la propia ley.



Especial mención merece el artículo 92 LPACAP, dado que inicialmente, al tratarse de la responsabilidad del legislador, se podría considerar directamente a las Cortes generales como las titulares del poder legislativo competentes para adoptar la resolución. Sin embargo, el citado artículo atribuye la competencia para resolver al ministro respectivo o Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado, así como los órganos correspondientes en el ámbito autonómico y local. Como señala Quintana López, se observa una “disociación entre las Cámaras que aprobaron la ley de que se trate y la Administración a quien se le imputa la responsabilidad⁶”.

2.4. Requisitos del artículo 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público.

A. Caracteres de la responsabilidad patrimonial.

Para ahondar en la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es importante destacar tanto los caracteres como los presupuestos necesarios para el surgimiento de ésta.

Esto lo realizaremos partiendo de los elementos exigibles en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, dado que lo que cambia es

⁶ QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, *cit.*, p.135.



el sujeto al que se reclama la correspondiente indemnización, pero no los presupuestos configurativos.

En atención a los caracteres, tomaremos como punto de partida la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 22 de abril de 2016, en la cual, en el Fundamento de Derecho tercero, se asientan los mismos: “[...] a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos [...] c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa [...]; y, e) tiende a la reparación integral”.

La primera característica destacable del régimen es el carácter unitario. El estado español se basa en una configuración federal o cuasi federal, lo que implica la descentralización del poder político entre los órganos centrales del Estado y las comunidades autónomas. Pues bien, a pesar de este reparto de la competencia legislativa, todo el conjunto de entidades está sujeto al mismo régimen de responsabilidad. Esto se extrae tanto de la lectura del artículo 106.2 CE: “[...] siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, como del artículo 149.1.18ª que establece las competencias exclusivas del Estado, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa, legislación



básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”.

En segundo lugar, atendemos al carácter general, dado que la responsabilidad engloba cualquier actividad extracontractual de los servicios públicos. Esto se refleja en la Sentencia del TS de 4 de enero de 1991, la cual establece que “siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular [...] hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración.” Para entender este concepto de “servicio público”, partimos de la definición proporcionada por Garrido Falla y coincidente con la doctrina tradicional, según la cual se trata de un “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial”⁷.

Finalmente, cabe destacar el carácter objetivo y directo de la responsabilidad.

Cuando afirmamos que la responsabilidad es directa quiere decirse que la víctima del daño no tiene obligación de identificar al agente público causante del mismo, sino que es el ente administrativo del cual

⁷ GARRIDO FALLA, F. “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de administración pública*, núm. 135, 1994, p. 21.



forma parte, el encargado de los efectos indemnizatorios por la acción dañosa. De esta forma, el funcionario únicamente se ve obligado a responder frente a la propia Administración con su patrimonio.

El carácter objetivo se refiere a que, además de los daños causados a los particulares como consecuencia de actividades culpables o dolosas de los agentes públicos, el sistema de responsabilidad cubre los daños que se derivan del funcionamiento normal, legal y correcto de los mismos. Así, se presenta como contraposición a la responsabilidad extracontractual o aquiliana del Derecho Privado del artículo 1902 CC, lo que implica la necesidad de superar tanto la responsabilidad subsidiaria como la existencia de culpabilidad: "El que por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado".

De esta forma, el artículo 32.1 de la LRJSP pone de manifiesto este carácter objetivo al hablar del "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", concepto en el que profundizaremos más adelante, pero que ya deja entrever el abandono de la idea de culpa y la indiferencia hacia el tipo de funcionamiento.

Estos dos últimos caracteres encuentran un consolidado apoyo jurisprudencial, tomando a modo de ejemplo el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del TS Sala 3ª (Sección 6ª) de 29 de mayo de 1991: "La Administración responde de manera directa y objetiva según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106.2 de la



Constitución Española [...], prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa”.

B. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Para poder detallar los caracteres descritos anteriormente, es importante resaltar cuáles son los presupuestos que se deben dar para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, podemos partir del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del TS, 27 de septiembre de 2016: “Pues bien, esta modalidad de responsabilidad de los poderes públicos precisa también de la concurrencia, para que nazca la obligación de indemnizar, de los requisitos tradicionales (daño efectivo y antijurídico, imputabilidad, y nexo causal).”

De esta forma, expuestos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, se procede a detallar cada uno individualmente;

a. Lesión resarcible y antijuricidad.

El primer elemento configurativo de la responsabilidad es el concepto de lesión, al ser el objeto de la eventual reparación. En este sentido, cabe destacar el artículo 34 de la LRJSP, que dispone en relación con la indemnización “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.



Esta última parte del artículo, cuando menciona la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño causado, refleja el criterio de la antijuricidad. Es decir, debe tratarse de un sacrificio singular y no justificado que no pueda ser considerado como una carga de obligado cumplimiento. De esta forma, se refleja el carácter objetivo mencionado anteriormente, dado que no se entra a valorar la conducta del legislador, sino la consecuencia y el daño que esta tiene en la persona perjudicada.

b. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La fórmula recogida en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, quedó reflejada en el artículo 32.1 de la LRJSP, al hablar del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

El concepto de “funcionamiento anormal”, se refiere a una actividad administrativa en la que o bien en la conducta del agente existe un elemento de ilicitud o culpabilidad, o bien la conducta en sí es simplemente ilegal. Por lo tanto, podemos hablar de la anormalidad como sinónimo de ilegalidad, no ajustada al ordenamiento jurídico.

Más duda genera el concepto de “funcionamiento normal”. La interpretación de este precepto se puede realizar partiendo de la idea del autor García de Enterría. Este establece la idea de trasladar el elemento de la ilicitud en la valoración de la



antijuricidad, del agente causante del daño al patrimonio dañado⁸. De esta forma, al hablar de daño ilícito, la Administración puede incurrir en responsabilidad aun cuando su comportamiento es calificado como “normal”.

c. Relación de causalidad.

El último elemento configurador es la existencia de un nexo- causal directo entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio patrimonial ocasionado al particular sin que intervengan componentes perturbadores ajenos.

En este sentido, encontramos el pronunciamiento del TS en la Sentencia 14 de junio de 1991: “que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor [...]”.

Así, la fuerza mayor es la única causa de exoneración de responsabilidad de la Administración, prevista legalmente.

3. Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, p. 176.



3.1. Cuestiones previas.

En la configuración de la responsabilidad patrimonial tal y como la conocemos por la regulación de la misma plasmada en la LPACAP y la LRJSP, el TJUE ha jugado un papel fundamental al introducir trascendentes rectificaciones y cambios. Sin embargo, antes de comentarlas, es necesario realizar un breve repaso en la evolución histórica que ha tenido este principio y la intervención interpretativa y creadora del Tribunal.

Como hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad patrimonial se consolida gracias al artículo 9.3 CE y el artículo 139.3 LRJ-PAC. En este último artículo, se reconocía el derecho a una persona a ser indemnizado por los perjuicios que hubieran podido ser causados por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria. Sin embargo, el hecho de que el derecho a la posible indemnización se supeditase a que la propia ley lo reconociese, generó un conflicto que fue finalmente resuelto por la Sala Tercera del TS, como se aprecia en la Sentencia de 25 de febrero de 2002: “no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, de manera que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna”.

De esta forma, la misma jurisprudencia fijó las condiciones y requisitos para que el derecho indemnizatorio derivado de la ley pudiera ser reconocido, distinguiendo así entre la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales o de leyes



contrarias al Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE). En efecto, se observaron diferencias procedimentales, dado que en el primer caso no era exigible una previa impugnación de la víctima del acto legislativo, mientras que en el segundo sí. Por ello, en este último supuesto, la falta de impugnación del particular suponía la imposibilidad de obtener un posterior resarcimiento pecuniario.

La diferencia entre los casos de vulneración del DUE y los casos de inconstitucionalidad se justificaba en el hecho de que los ciudadanos disponían en el primer caso de una herramienta mientras que en el segundo no. Así, en los supuestos de vulneración del Derecho Comunitario, los ciudadanos podían invocar directamente ante la Administración y los Tribunales la primacía de este, pudiendo los Tribunales no aplicar cualquier acto nacional que sea contrario, incluidas las Leyes.

Esto no ocurría en el supuesto de una ley inconstitucional, dado que mientras el TC no declarase otra cosa, la Ley se presumía constitucional y el Juez se veía obligado a aplicarla; “ya que tal contradicción es directamente invocable ante los Tribunales Españoles y por tanto la recurrente puede recurrir primero en vía administrativa y en vía contenciosa después, y tanto la Administración como la jurisdicción deben aplicar directamente el ordenamiento comunitario⁹”.

⁹ Sentencia del TS de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005.



La distinción no duró mucho tiempo, dado que fue la propia Sala Tercera del TS quien acabó planteando cuestión prejudicial ante el TJUE, a fin de determinar si se vulneraban o no los principios de equivalencia y efectividad del DUE.

Esta cuestión prejudicial surgió del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la empresa "Transportes Urbanos y Servicios Generales, S. A. L", la cual se vio afectada por la aplicación de la ley española sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en los ejercicios correspondientes a los años 1999-2000. Esta ley fue posteriormente declarada contraria a la Sexta Directiva reguladora del impuesto por el TJUE al restringir el derecho a la deducción más allá de lo permitido por la normativa comunitaria.

Aunque la empresa no impugnó el cobro del impuesto en su momento, tras la sentencia del TJUE, presentó una reclamación ante el Consejo de ministros que fue rechazada. Posteriormente, al presentar un recurso contencioso- administrativo ante el TS, este planteó la cuestión prejudicial mencionada, cuestionando una aplicación contraria a los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.

La Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, acabó resolviendo la misma afirmando una oposición al principio comunitario de equivalencia, dado que se observaron diferentes normas de procedimiento dependiendo de si la responsabilidad se derivaba de una infracción del DUE o de la normativa interna.



Este principio exige que las normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se apliquen indistintamente tanto a las reclamaciones basadas en la violación del Derecho de la Unión como a las fundadas en la infracción del Derecho Interno¹⁰. En atención al mismo, y una vez se valoró que el objeto y los elementos esenciales de los dos recursos se consideraban similares, las diferencias en las reglas procesales de indemnización no estaban justificadas, lo que llevó al TS a eliminar el requisito de la indemnización en las leyes contrarias al DUE.

Como consecuencia de este favorecedor criterio, los números de reclamaciones patrimoniales aumentaron considerablemente, y fenómenos como el “céntimo sanitario¹¹” entre otros, hicieron que le legislador restringiese dicha extensión con la promulgación de la LPACAP y de la LRJSP.

¹⁰ *El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria.* (s. f.). vLex. <https://vlex.es/vid/principio-efectividad-jurisprudencia-comunitaria-707111385> (último acceso: 19 de abril de 2024).

¹¹ Término coloquial referido al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH). Fue un impuesto indirecto sobre los carburantes utilizados en países como España, para financiar gastos relacionados con la sanidad pública. Este impuesto fue declarado ilegal por la Sentencia de la Sala 10ª del TJUE de 25 de abril de 2013, por la infracción de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, estableciendo su incompatibilidad con la normativa comunitaria.



Es en este momento cuando en el artículo 32.4 y 32.5 LRJSP queda corregida la jurisprudencia del TS, estableciendo, tanto para los daños derivados de leyes inconstitucionales, como los derivados de leyes contrarias al DUE, lo siguiente: “procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.”

Sin embargo, esta similitud en ambos supuestos es parcial, dado que en el artículo 32.5, párrafo 2º de la LRJSP, se añaden como requisitos a cumplir:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa [...]”.

Por lo demás, se establece en ambos casos un plazo de prescripción de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia que declare la supuesta inconstitucionalidad o incumplimiento del DUE¹², así como el alcance de la indemnización, a cubrir los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión

¹² Artículo 67, apartado 1, párrafo 2º de la LPACAP



Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa¹³. - artículo 34.1, segundo párrafo de la LRJSP-.

3.2. Sobre la Sentencia del TJUE del 28 de junio de 2022.

Los requisitos expresados anteriormente, reflejan el difícil y largo camino que los particulares debían recorrer para que sus pretensiones de indemnización se viesen satisfechas y es por ello, que el 24 de junio de 2020, la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento (as. C-278/20) contra el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador alegando el incumplimiento del principio de efectividad y equivalencia. En atención al primer principio indicado, la Gran Sala del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 28 de junio de 2022 (as. C.278/20) afirma lo siguiente:

"1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la LRJSP, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la LPACAP, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la medida en que dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español

¹³ Artículo 34, apartado 1 párrafo 2º de la LRJSP.



como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión:

- al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada;

- al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnada;

- a un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia, y

- al requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años”.

Por otro lado, el TJUE no considera que el sistema legal español viole el principio de equivalencia, explicado anteriormente. Así, la Comisión denunciaba que existiese una triple condición para la reparación en el ámbito comunitario (que la norma confiera derechos a los particulares, incumplimiento suficientemente



caracterizado y relación de causalidad directa), mientras que los dos primeros no se requieren en el supuesto de normas inconstitucionales.

Sin embargo, el TJUE afirma que la valoración del principio de equivalencia entra en juego una vez que ha nacido el derecho de indemnización conforme a los requisitos establecidos en el artículo 32.5 LRJSP. Así, este se respeta, siempre y cuando no pueda justificar una obligación para los Estados miembros de permitir que surja el derecho a la indemnización con criterios más favorables que los establecidos en la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia concreta lo expuesto afirmando que el segundo motivo se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, debe desestimarse por infundado.

Antes de entrar a detallar el contenido de la sentencia, podemos destacar la valoración realizada por el autor T.R. Fernández¹⁴, quien la califica como “aparatoso y extraordinariamente densa, pero que no trastorna demasiado el sistema establecido por la LRJSP y, por lo tanto, no resulta difícil de encajar.” Así, el autor considera que realizando una interpretación diferente (la cual será explicada más adelante), no habría sido

¹⁴ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 36, 2021, p. 43.



necesario anular los preceptos legales: “La Sentencia en cuestión es muy discutible y en el fondo poco acertada, ya que hubiera sido perfectamente posible, como luego podrá comprobarse, llegar a una interpretación conforme de la Ley con el Derecho de la Unión Europea”.

A. Requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

En atención a este requisito, el TJUE falla en contra del Reino de España, considerando que dicha disposición, como denuncia la Comisión, vulneraría el principio de efectividad.

Este principio establece que la legislación interna procesal no puede hacer ineficaz la aplicación de los derechos reconocidos a los ciudadanos en el Ordenamiento de la Unión Europea. Así, este principio está dirigido a que la aplicación del Derecho de la UE sea real y efectiva. Su reconocimiento se ve reflejado en numerosas sentencias, destacando a modo de ejemplo la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1976 en el asunto “Rewe”; “esta regulación no puede ser menos favorable que la correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno [...]”.

Dicho principio se encontraría vulnerado en la medida en que se supedita la posibilidad de exigir la



responsabilidad del Estado legislador, a que previamente el TJUE declare que el Derecho Nacional es incompatible con el Derecho de la UE. Así, esto no sería necesario en virtud del principio de primacía y de efecto directo, que permite al juez doméstico pronunciarse sobre la ilegalidad de la norma directamente.

El pronunciamiento del TJUE sobre este aspecto lo encontramos en el apartado 104 de la citada sentencia: “la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro no puede estar subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción”.

En este punto, destaca la interpretación que el Abogado del Estado realiza mencionada anteriormente, y que el profesor T.R. Fernández¹⁵, califica como “inteligente”.

En este sentido, la defensa considera que en vez de valorar el artículo 32.5 de la LRJSP aisladamente, éste debe ser contemplado en conjunto con el sistema general de responsabilidad de la Administración del artículo 32.1 de la misma Ley. De este modo, una vez se hubiese interpuesto la reclamación por esta vía legal, y no hubiese prosperado, podría entrar en juego la

¹⁵ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *cit.*, p. 45.



Sentencia posterior del TJUE declarando la inconstitucionalidad de la Ley Española. Es lo que el autor denomina “cláusula de cierre del sistema jurídico español o remedio específico y residual”.

El autor lo expresa de la siguiente forma: “La exigencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare que la Ley española productora del daño es contraria al Derecho de la Unión no es, en absoluto, contraria al principio de efectividad, que quedaría perfectamente satisfecho con el despliegue de la vía general del artículo 32.1 que para nada requiere tal Sentencia, que sólo es necesaria para el supuesto adicional de que en esa vía general no tenga éxito la reclamación del afectado”.

B. Requisito de que el perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el recurso interpuesto contra el acto administrativo.

En atención a este segundo requisito, el TJUE falla de nuevo a favor de la Comisión, al afirmar que se trata de un precepto contrario al nombrado principio de efectividad.

En este sentido, el TJUE sí que considera lícito que el tribunal nacional compruebe que el perjudicado ha actuado con la diligencia razonable y exigible para impedir o limitar el perjuicio, y en particular, que haya ejercido las acciones judiciales que le corresponden



contempladas en Derecho. Sin embargo, sí que es cierto que esto requeriría del particular haber impugnado la validez del acto administrativo que le perjudica, y haber identificado cuál es la disposición concreta del Derecho de la UE, lo que se consideraría una carga desproporcionada. Por ello, el TJUE considera que el requisito de haber obtenido una sentencia firme en cualquier instancia en un recurso contra la actuación administrativa no resulta admisible cuando el daño se deriva de un acto u omisión del legislador, sin que exista una actuación administrativa que el legislador pueda impugnar. En este sentido, destacamos la opinión del autor Cienfuegos Mateo, al considerar que se trata de un “argumento bien fundado, porque no son infrecuentes los daños que provienen directamente de leyes incompatibles con el Derecho de la Unión y tampoco faltan casos de daños resultantes de omisiones legislativas que lo menoscaban¹⁶”.

“Esto quedaría reflejado en el apartado 132: [...] al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin prever una excepción para los supuestos en los que el daño derive directamente de una acción u omisión del legislador,

¹⁶ CIENFUEGOS MATEO, M., “La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, p. 151-169.



contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnada”.

De esta forma, la manera de resolver el incumplimiento por parte de la LRJSP es estableciendo expresamente en el propio precepto que citado requisito no será exigible, cuando los daños se deriven de una ley que no necesita un acto aplicativo.

C.Plazo para ejercitar la acción de responsabilidad.

En tercer lugar, nos encontramos con que el apartado 1, párrafo 3º del artículo 67 de la LPACAP, también imposibilita la acción de la responsabilidad patrimonial, dado que establece un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia que declara la infracción.

Así, si como hemos indicado anteriormente, si no es necesario el pronunciamiento judicial del TJUE sobre el incumplimiento del Derecho, tampoco será válido un plazo de prescripción que se empiece a contar desde esa sentencia que el sistema no exige. Debería este plazo computarse desde que el perjuicio se manifiesta o se produce.

Atendiendo al apartado 159, el TJUE establece: “la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le



sean imputables”.

D.Limitación de los daños indemnizables.

Finalmente, el TJUE también se opone a la disposición recogida en el artículo 34, párrafo 2 apartado 1º LRJSP, en la cual se recoge la indemnización de los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la sentencia.

Esta limitación temporal introducida por la LRJSP se opone al principio general del Derecho Comunitario al considerarse una traba para los particulares en la obtención de una reparación adecuada de su perjuicio, sobre todo si se tiene en cuenta la necesaria dilación del proceso con el cumplimiento del requisito del artículo 32.5 LRJSP que exige una sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa causante del daño.

“El Reino de España pone trabas a que los particulares puedan, en todos los casos, obtener una reparación adecuada en su perjuicio (apartado 165)”.

De los cuatro reproches planteados por la Comisión Europea, T.R. Fernández¹⁷, muestra una especial conformidad con este último, al pensar que “la limitación es, en principio, explicable, pero a poco que

¹⁷ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *cit.*, p. 44.



se reflexione sobre ella es inevitable su rechazo.”

E. Valoración de la sentencia.

La sentencia del TJUE objeto de estudio adquiere una especial relevancia, en la medida en que obliga al Reino de España a adoptar las medidas que sean necesarias para su ejecución. En este sentido, consideramos procedente incluir la valoración que el autor Cienfuegos Mateo expresa sobre esta.

Una vez que se declara la vulneración del principio de efectividad, el Estado español goza de cierta discrecionalidad para asegurar el cumplimiento de la normativa europea, pudiendo derogar la norma declarada contraria, modificarla, o incluir un régimen de excepciones aplicable a las reclamaciones por responsabilidad del Estado legislador. Sin embargo, “lo que no es de recibo es mantener inalterada esta normativa contraria al Derecho de la UE dentro de nuestro ordenamiento, toda vez que ella vulneraría la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal de Justicia, afectaría a la primacía del Derecho de la Unión y, a la postre, cuestionaría la seguridad jurídica en su seno¹⁸”.

Precisamente con el propósito de cumplir con la sentencia del TJUE que cuestionó el régimen español de

¹⁸ CIENFUEGOS MATEO, M., “La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022”, *cit.*, p. 162.



responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el Gobierno comenzó a tramitar el pasado año el anteproyecto de Ley sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión. El proyecto normativo incluye una triple modificación que afecta a la LPACAP a la LRJSP y también a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En torno a su tramitación, cabe traer a colación el informe sobre el anteproyecto de Ley aprobado el 19 de julio de 2023 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, Las modificaciones normativas proyectadas se expresan de la siguiente forma¹⁹:

En primer lugar, ante el primer requisito expresado, al anteproyecto posibilita que la sentencia del TJUE que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión, pueda ser dictada también por el TS, así como por

¹⁹ Comunicación Poder Judicial. (2023). *El CGPJ aprueba el informe al anteproyecto de Ley sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión*. Poder Judicial España. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-sobre-responsabilidad-patrimonial-del-Estado-Legislator-por-danos-derivados-de-la-infraccion-del-Derecho-de-la-Union>. (último acceso: 3 de mayo de 2024).



cualquier otro órgano jurisdiccional interno. En segundo lugar, con respecto a la exigencia de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria por el perjudicado, el anteproyecto mantiene este requisito cuando se trata de una actividad administrativa impugnada, y lo elimina cuando el daño se derive de una conducta del poder legislativo. En tercer lugar, el plazo de prescripción del ejercicio de la acción se mantiene en un año, sin embargo, el inicio del cómputo de este plazo será desde la publicación de la sentencia del TJUE o del TS, así como desde la fecha de firmeza de la sentencia de la jurisdicción nacional. Finalmente, elimina la limitación temporal de los cinco años al prever la indemnización de los daños en los términos previstos en la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la UE, sin afectar a las situaciones jurídicas prescritas. De esta manera, esta reforma supone un gran punto de partida para modificar la legislación española en materia de responsabilidad y adaptarla a la normativa europea.

Sin embargo, como apunta el profesor Cienfuegos Mateo "se requiere también de una voluntad política clara y de una buena técnica legislativa, aspectos que lamentablemente no siempre están presentes en estos lares²⁰".

²⁰ CIENFUEGOS MATEO, M., "La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022", *cit.*, p. 163.



4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la gestión de la pandemia por COVID-19.

Los Estados democráticos, en ocasiones, pueden verse inmersos en problemas y situaciones de anormalidad provocadas por factores y causas múltiples; ya sea por la actividad humana como atentados terroristas, o desastres provocados por fenómenos naturales. Esto último fue lo que ocurrió, como consecuencia de la pandemia conocida como COVID-19 y ocasionada por el virus SARS-Co-V-2.

En España, los estados excepcionales se encuentran graduados (según la situación de emergencia) y regulados en el artículo 116 CE, bajo el Título V: "De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales." De los tres previstos -alarma, de excepción y de sitio-, resulta de especial relevancia el estado de alarma (artículo 116.2 CE), el cual será declarado por el Gobierno y acordado por el Consejo de Ministros, mediante decreto por un plazo máximo de 15 días prorrogable. El mismo deberá determinar tanto los efectos como el ámbito territorial de aplicación.

Este precepto constitucional, se desarrolla por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Concretamente, el artículo 1 recoge unas disposiciones generales a tener en cuenta: se reafirma el carácter excepcional de la norma al



justificar su aplicación como consecuencia de circunstancias extraordinarias, se establece una limitación material y temporal de interpretación restrictiva, y finalmente, se establece la no interrupción del funcionamiento de los poderes del Estado.

Característica especial de este estado en relación con la suspensión de derechos fundamentales, es lo señalado en la Sentencia del TC de 28 de abril de 2016²¹: "A diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio".

Tales limitaciones son las que se recogen en el artículo 11 de la citada Ley Orgánica:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados; d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de

²¹ Esta sentencia resuelve el recurso de amparo 4703-2012, interpuesto por los controladores aéreos ante la declaración del Gobierno del estado de alarma en el año 2010



artículos de primera necesidad; e e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

De esta forma, para hacer frente a la pandemia, el Gobierno aprobó el 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, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo y otros, que comentaremos en el siguiente apartado, así como los principales efectos de estos.

4.1 Medidas sanitarias adoptadas. Especial mención al 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.

Como hemos indicado anteriormente, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 463/2020, con el objetivo de adoptar unas medidas eficaces que pudiesen hacer frente a la situación de emergencia de la salud pública ocasionada por la pandemia. Las medidas previstas presentan el propósito de evitar al máximo el contacto interpersonal, y limitarlo a aquellos casos en los que venga motivado por una necesidad justificada. Esto se expresa en la exposición de motivos del RD: "las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para



proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública”.

A continuación, explicaremos el contenido del RD, destacando los preceptos de mayor trascendencia para el tema que nos ocupa.

En atención a los aspectos formales, en el artículo 4 se declara al propio Gobierno de la Nación como autoridad competente, concentrando en su figura todas las funciones y potestades previstas. Así, se establece como autoridades competentes delegadas en sus respectivas áreas de responsabilidad a los ministros de Defensa, del Interior, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y de Sanidad. Posteriormente, mediante el RD 555/2020, se designa como autoridad competente delegada al Ministro de Sanidad y a los presidentes de las CCAA.

Consecuencia directa de esta concentración de poderes en el ejecutivo central es la sujeción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales a las órdenes del Ministro del Interior (art. 5.1).

A continuación, en los artículos 7 al 19, se recoge el contenido esencial de las medidas y lo que constituye el ámbito material del estado de alarma declarado.

En primer lugar, en el artículo 7, se recoge la limitación (casi total) de la libertad de circulación de las personas, estableciéndose como excepciones aquellos



desplazamientos por vías y espacios de uso público para realizar actividades esenciales, como en el apartado c) del artículo 7.1: “desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”.

Posteriormente, el RD 465/2020, modifica este artículo cambiando el primer inciso, así como la letra h) del artículo 7.1, para puntualizar que los desplazamientos para realizar actividades esenciales se realizarán de modo individual: “salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada”. El RD 492/2020, de 24 de abril, también modifica dicho artículo, incluyendo el precepto número cinco en su redacción: “El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos”.

Como veremos posteriormente, este fue uno de los preceptos más problemáticos, y objeto de algunos de los recursos planteados contra la declaración del estado de alarma, al incidir en derechos y libertades fundamentales que están reconocidos en el artículo 19 CE: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

Siguiendo con el artículo 9 del Real Decreto 463/2020, dentro de las medidas de contención en el ámbito educativo y de formación, se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros, etapas y



grados, incluyendo la enseñanza universitaria. No obstante, se mantiene la modalidad "on-line", para la realización de las actividades.

Otro artículo que resultará especialmente problemático es el artículo 10, en relación con las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, hostelería y restauración y otras adicionales. Así, se suspende con carácter general "la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas", a excepción de aquellos que proporcionan bienes de primera necesidad tales como alimentos productos higiénicos etc. No obstante, no se limita la actividad en el interior de estos.

El mencionado RD 465/2020, añade el precepto número seis, de especial relevancia, al habilitar "al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores por razones justificadas de salud pública." Este es de nuevo modificado por el RD 492/2020, añadiendo "con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine".

En línea con los derechos fundamentales, en el artículo 11 del Real Decreto 463/2020, se condiciona la asistencia a lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas²², a la adopción de medidas de carácter

²² Recuérdesse el reconocimiento de la libertad religiosa y de culto como derecho fundamental en el artículo 16 CE: se



organizativo que eviten las aglomeraciones de personas, asegurando la distancia entre ellos.

Finalmente, en los artículos 13 al 15, se recogen una serie de medidas bajo las órdenes del Ministerio de Sanidad, relacionadas con el aseguramiento de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, en materia de transporte y para garantizar el abastecimiento alimentario.

Hemos de destacar que en el artículo 20, se establece el régimen sancionador en el caso de incumplimiento de las órdenes establecidas por las autoridades competentes, remitiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

4.2 Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial. Especial mención a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, se ha pronunciado sobre uno de los problemas más relevantes y que más debate suscitó en el ámbito del derecho público durante la pandemia del COVID-19. El alto Tribunal se encargó de resolver el recurso de inconstitucionalidad número 2045/2020,

garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley,



interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, el RD 465/2020, de 17 de marzo, que modificó el anterior, otros que prorrogaron el estado de alarma, y contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecían medidas excepciones en los velatorios y ceremonias fúnebres. Al tratarse de una extensa sentencia, que puede ser analizada desde numerosas perspectivas, centraré el análisis en las cuestiones más trascendentales por lo que aquí interesa.

La sentencia declara la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, cuyo objeto de regulación es el popularmente conocido “confinamiento domiciliario”; así como los términos “modificar, ampliar o”, del apartado 6 del artículo 10, en la modificación resultante del RD 465/2020. Los recurrentes plantearon ante el TC que la restricción de la libertad ambulatoria contemplada en dichos preceptos suponía una suspensión de este derecho fundamental, vulnerando así el artículo 19 CE, el 55.1 CE, arts. 11 y 12 LOAES y 116 CE.

En el plano material, los recurrentes no cuestionan la legalidad del estado de alarma, ya que coinciden en la necesidad de adoptar medidas de carácter excepcional para hacer frente a la gravedad y extensión de la situación sanitaria que atravesaba en ese momento la sociedad española. En consecuencia, el debate se plantea en un plano formal, en relación con el instrumento jurídico constitucionalmente idóneo para



adoptar las medidas limitativas o restrictivas necesarias.

A. Análisis del término “suspensión” del artículo 55.1 CE.

La demanda basa la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados en el hecho de que establecen una verdadera suspensión de los derechos fundamentales, en concreto, del artículo 19 CE, regulador de la libertad de residencia y circulación. Si partimos de la lectura del artículo 55.1 CE “a sensu contrario”, se desprende que dicha suspensión sólo sería posible en la declaración de los estados de excepción y sitio, quedando la “limitación” de derechos reservada para el estado de alarma según el artículo 11.1 “a) de la LOAES: el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante la vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]”.

La sentencia ahonda en este concepto en el Fundamento Jurídico tercero, y lo hace en primer lugar, partiendo de la distinción entre los tres estados excepcionales, desde un plano “de mecanismos de adopción y control, y por otro, desde sus efectos”. Centrándonos en la distinción entre el estado de alarma y de excepción, y en atención al primer criterio, en el artículo 116 CE se establece que ambos son declarados



por el Gobierno, con una previa autorización por parte del Congreso de Diputados en la declaración del estado de excepción, que no es requerida en el caso del de alarma. En cuanto a sus efectos, y si nos remitimos a la Sentencia del TC del 28 de abril del 2016 indicada anteriormente, en el estado de alarma solo cabe la limitación de derechos, mientras que en el de excepción es posible su suspensión.

Por ello, es obvio que la declaración de uno u otro estado tiene unos efectos relevantes, no solo en cuanto a la posible rapidez procedimental, sino también en cuanto a la incidencia sobre los derechos fundamentales y su posible restricción.

Para determinar si las restricciones impuestas exceden lo dispuesto en la CE, el TC no se basa en el contenido del artículo 55.1 CE, ya que “este precepto no es pauta para enjuiciar un decreto declarativo del estado de alarma, ya que su virtualidad se limita a permitir una eventual suspensión de derechos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, algo que obviamente, no ha sucedido”.

Así, el TC, utiliza como criterio si estas restricciones interpuestas exceden de las previsiones que la Constitución prevé para el estado de alarma. El mismo Fundamento Jurídico establece cuáles son los límites que se deben respetar: “el primero genérico: que las condiciones y requisitos de ejercicio del derecho no supongan la “suspensión” del derecho fundamental, incompatible con el estado de alarma (i); y otros, específicos, derivados del obligado respeto a los



principios de legalidad (ii) y (iii) de proporcionalidad”.

Doménech²³, en la interpretación de este concepto alude a dos tesis. Una de ellas, la cualitativa, considera que la suspensión no constituye una restricción especialmente intensa de un derecho, sino una “derogación temporal y total del mismo.” Así lo afirma el magistrado Conde-Pumpido en su voto particular a la sentencia, al afirmar que es una “supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional”. Por otro lado, la tesis gradualista, entiende que la suspensión es una limitación (temporal) de especial intensidad. La propia sentencia, parte de este último enfoque.

Finalmente, el TC perfila ambos conceptos jurídicos de “suspensión” y “limitación”, afirmando que éste último es más amplio que el primero: “La suspensión -que es, sin duda, una limitación- parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos”. Así, se entiende que la suspensión es una limitación especialmente cualificada. Por ello, y en atención a los requisitos anteriormente expuestos, además del

²³ DOMÉNECH, G. “Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19”, *PostC Minipapers*, Otoño 2021. Disponible en: <https://postc.umh.es/minipapers/juzgar-sin-mirar-las-consecuencias-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-primer-estado-de-alarma-decretado-con-ocasion-de-la-covid-19/> (último acceso: 19 de abril de 2024).



criterio de legalidad y proporcionalidad, habría que sumar otro de tipo cualitativo para valorar la inconstitucionalidad de la norma que restringe el derecho fundamental; esto es, que la limitación no sea tan intensa que el derecho quede prácticamente suspendido.

B.Análisis de la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Una vez establecida la diferencia entre el concepto de “suspensión” y “limitación”, conviene profundizar en el aspecto de la sentencia que más controversia suscitó: la restricción de la libertad deambulatoria recogida en los preceptos 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020 supuso una suspensión del derecho fundamental recogido en el artículo 19 CE, según el cual “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”, declarándose por lo tanto inconstitucional. Esto se argumenta en el Fundamento Jurídico quinto.

El TC comienza analizando si la limitación excepcional de la libertad constitucional de circulación encuentra un soporte en la LOAES. Así, por remisión del artículo 116 CE, la LOAES reconoce la posibilidad de limitar la circulación con el cumplimiento de unos requisitos en el artículo 11 a) citado anteriormente, así como en el artículo 12.1, que establece que “la Autoridad competente, podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos



anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas [...]”.

El iter discursivo continúa planteando la principal cuestión a dilucidar: “en qué medida el “derecho a [...] circular por el territorio nacional” garantizando en el art. 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa pro tempore en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado de alarma “las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [ciertas] actividades”.

Tras este planteamiento, el TC procede a descartar el artículo 53 CE como solución para resolver el caso. En éste, se recoge que el legislador debe “en todo caso” respetar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Al ser un límite que forma parte del régimen ordinario de restricción de derechos, no sirve como parámetro para valorar la constitucionalidad de las restricciones, dado que, si consideramos el carácter excepcional del estado de alarma y de la situación sanitaria, se debe partir de “categorías propias del régimen extraordinario”, donde nos encontraríamos con limitaciones excepcionales.

Así, el “juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario que se hiciera con ocasión del estado de alarma”.



En conclusión, el TC interpreta el concepto de "suspensión" del artículo 55.1 CE con un carácter sustantivo y no meramente formal. Así, la sentencia considera que los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD plantean la posibilidad de circulación como una excepción y no como la regla general, la cual condiciona por un lado a la realización de un listado restringido de actividades de carácter primario y bajo restrictivas circunstancias. Es por ello, que al ser tan intensa la constricción que establece a la libertad reconocida en el artículo 19 CE, esta solamente puede ser calificada de "suspensión" y no de "limitación", lo cual desborda el marco legal establecido en la declaración del estado de alarma del art. 116 CE y su regulación en la correspondiente LOAES.

C.Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.

En el Fundamento Jurídico onceavo, el TC establece cuál es el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, precisando lo siguiente:

a)"Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia se declara, no solo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [...] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes [...] sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

b)Por el contrario, sí es posible la revisión



expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, “en el caso de los procesos penales o contenciosos-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

c)Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

En el apartado a), se hace referencia a la imposibilidad de ser objeto de revisión, aquellos procesos que han finalizado con fuerza de cosa juzgada ya sea por sentencia o por resolución, así como aquellas situaciones jurídicas creadas por preceptos anulados.

Tal aseveración trae causa en que, como hemos indicado anteriormente, la sentencia no cuestiona el contenido material del RD 463/2020, al considerar que las medidas excepcionales adaptadas son necesarias, idóneas y proporcionales a la situación sanitaria. Lo que en este caso se cuestiona es el aspecto formal, el instrumento jurídico empleado. Por ello, no se permite la satisfacción de demandas individuales de revisión fundamentadas en esta inconstitucionalidad, al



considerar que se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y el principio de igualdad del art. 14 CE.

Por otro lado, la excepción planteada en el apartado b) se deriva del artículo 25.1 CE, regulador del principio de legalidad penal: “el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional”.

Finalmente, en el apartado c) se regula el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. El Tribunal recuerda que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar dichas medidas, dejando como vía de actuación la que se establece en el artículo 3.2 LOAES: “Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

4.3 Desestimación de la responsabilidad patrimonial del Estado por COVID-19: especial mención a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023.



En los epígrafes anteriores hemos detallado la progresiva evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su especial aplicación tras la crisis sanitaria causada por el COVID-19. Resulta especialmente relevante detenernos a continuación en los recientes pronunciamientos del TS, que sirven para resolver algunas de las dudas que sigue suscitando esta materia.

Así, nos encontramos con la Sentencia 1360/2023, de 31 de octubre, cuyo ponente ha sido el magistrado CARLOS LESMES, y que resuelve el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la empresa hostelera Alhambra Palace S.A., frente a la desestimación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños sufridos por la aplicación de las medidas de contención contenidas en el artículo 10.4 del RD 463/2020, en el contexto de la declaración del primer Estado de Alarma.

La parte actora alega haber sufrido daños al aplicar las medidas del citado artículo, que establecían la suspensión de la apertura al público de su establecimiento. Evalúa este daño en una cuantía de 417.316,70 euros, más el interés legal y moratorio correspondiente, y solicita que se condene a los poderes públicos, en concreto la Administración Pública y el Estado legislador, a su pago.



El TS desestima finalmente el recurso interpuesto por las razones que a continuación se explican.

4.3.1 Argumentos de la defensa.

En primer lugar, la defensa de la empresa hostelera fundamenta la responsabilidad patrimonial en el artículo 3.2 de la LOAES, considerando éste como un supuesto de responsabilidad diferente del expresado con carácter general en la LRJSP. De esta forma, no sería necesario el cumplimiento de los requisitos para obtener la indemnización.

Fundamenta el título de imputación sobre la base de considerar que los daños causados no son atribuibles a la pandemia en sí, sino a las medidas de cierre de establecimientos comerciales, actividades de hostelería y restauración, a través del RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, resultando afectado el Hotel del que la empresa recurrente es titular. La empresa considera que el título de imputación de la responsabilidad a la Administración es un funcionamiento anormal de los servicios públicos, vulnerando los principios recogidos en el art. 3 de la LRJSP: principio de confianza legítima, de eficacia, de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de motivación y principio de buena regulación.

En segundo lugar, considera la defensa de la parte actora que las medidas interpuestas del artículo 10.4 no son medidas de alcance general, sino que son específicas y concretas del sector de hostelería y restauración. Aduce a este respecto haber sido



expuestos a un “sacrificio especial, en pro del bien general de los ciudadanos”, lo que le ha supuesto haber sufrido más que cualquier otro sector económico, calificando este daño de antijurídico al no tener el deber jurídico de soportarlo.

En tercer lugar, y por lo que respecta a la fuerza mayor como causa de exclusión del deber de indemnizar, considera que no se aplicaría al supuesto, dado que la pandemia no se ajusta a las exigencias del artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. El demandante considera que la pandemia no es ajena al ámbito de decisión y capacidad de actuación de la Administración, quienes aplicaron las medidas restrictivas más tarde de lo debido para la información que disponían desde enero de 2020. En esta línea, dado que el Gobierno conocía las alertas por parte de los organismos internacionales y no se desplegó medida alguna, sostiene que el artículo 10 “adolece de una notoria falta de motivación y justificación suficiente”.

Finalmente, la empresa hostelera fundamenta el derecho a la indemnización en el instituto de la expropiación forzosa, lo que el autor Picón Arranz califica de posición “a la desesperada²⁴”. Considera que

²⁴ PICÓN ARRANZ, A., “¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes



las medidas aprobadas son auténticas privaciones singulares del patrimonio por lo que, fundamentando sus pretensiones en los artículos 120 y 121 LEF, atribuye el deber de indemnización a los poderes públicos.

Descritas las principales líneas de defensa de la empresa hostelera recurrente, pasaremos a profundizar en las razones y los argumentos proporcionados por el TS para fundamentar la desestimación del recurso interpuesto.

4.3.2 Argumentos del TS.

A. Inexistencia de un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo singular y nuevo.

Como hemos indicado, la empresa hotelera fundamenta su derecho a recibir una compensación económica por parte de los poderes públicos por los daños sufridos en el artículo 3.2 LOAES, el cual cita lo siguiente: "Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho

públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023, p. 4.



a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”. Esta cuestión se resuelve en el Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia.

Si partimos de la interpretación que realiza el TC en la Sentencia 148/2021 del citado artículo, se podría entender la existencia de un sistema de responsabilidad diferente del contemplado en la LRJSP cuando afirma “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”. En este caso, bastaría con acreditar la existencia de una relación causal entre el daño patrimonial y alguno de los estados excepcionales para que nazca el derecho a obtener una indemnización.

Sin embargo, en el artículo 3.2, cuando regula el derecho a la indemnización durante la vigencia de un estado de alarma, excepción y/o sitio “de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”, sólo puede estar haciendo referencia al régimen de responsabilidad general contemplado en la LRJSP, y al cumplimiento de los requisitos de este. A la misma conclusión se llega si partimos del artículo 116.6 CE, según el cual “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”. Queda claro que son las normas de derecho ordinario las que deben seguirse, a pesar de la situación de excepcionalidad en la que se encuentran, resultando de aplicación por lo tanto el artículo 106. 2 CE y el artículo 32.2 de la LRJSP.



B. Doble título de imputación: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Esta cuestión es resuelta en el Fundamento Jurídico sexto, cuando los daños patrimoniales sufridos por la parte actora se imputan por un lado, al conjunto de medidas restrictivas recogidas en el RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, lo cual conduciría a una responsabilidad patrimonial del Estado- legislador; y por otro, a la inadecuación de la respuesta de los poderes públicos ante la situación sanitaria, lo que implicaría una responsabilidad patrimonial de ésta por un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

El TS rechaza esta doble imputación, al afirmar que la responsabilidad no se debe exigir a la Administración, sino al Estado-legislador si consideramos que los daños causados se derivan de los Reales Decretos dictados por el Gobierno, los cuales ostentan rango de ley. La situación excepcional del estado de alarma faculta al Gobierno a dictar normas controladas por el Congreso de los Diputados actuando como órgano constitucional. Tienen un carácter normativo que desplazan la legalidad ordinaria en vigor.

Centrándonos en la responsabilidad del Estado-legislador, aunque no está expresamente constitucionalizada, encuentra su fundamento en el artículo 9.3 CE, regulador del principio de responsabilidad de los poderes públicos. Si atendemos



a los apartados 3 y 4 del art. 32 de la LRJSP, el legislador reconoce el nacimiento del derecho en tres supuestos: cuando se trate de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que provoquen un daño, cuando se trate de una ley que posteriormente es declarada inconstitucional y cuando se trate de una ley contraria al Derecho de la Unión.

Partiendo de estos tres supuestos, las pretensiones del demandante podrían encuadrarse en el supuesto de la ley declarada posteriormente inconstitucional. Sin embargo, no sólo el RD que se impugna fue declarado “parcialmente” inconstitucional (habría que tener en cuenta de qué preceptos en concreto se trata), sino que, además, habría que considerar lo dispuesto por la STC 148/2021, al afirmar que “no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuricidad.”

Finalmente, es necesario destacar que para que se aplique ese supuesto de responsabilidad, es necesario que operen los requisitos enunciados en los apartados 1 y 2 del artículo 32, es decir; la existencia de un daño que no se tenga el deber jurídico de soportar (antijuricidad), que el daño sea efectivo, evaluable e individualizado, y que exista un nexo causal. De todos ellos, especial mención merece la ausencia de la antijuricidad.

C. Ausencia de antijuricidad y



proporcionalidad de las medidas.

Sobre la cuestión de la antijuricidad resuelve el TS en el Fundamento Jurídico séptimo. Esta se relaciona con la idea de si existe o no el deber jurídico de soportar los daños que han sido producidos. Esto aparece reflejado tanto en el artículo 32.1 como en el 34.1 de la LRJSP al afirmar en este último que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas por el particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Las normas en las que se imponen obligaciones excepcionales, al igual que el resto de las leyes, son consideradas imperativas y de aplicación general a todos sus ciudadanos, de tal forma que las cargas impuestas se justifican en la necesidad de proteger el interés público. Si atendemos a la situación causada por el COVID-19, el alto índice de propagación, así como el riesgo de colapso de los servicios sanitarios justificaron la imposición de estas medidas restrictivas. Así se recoge en la sentencia de la siguiente manera: "Es por ello por lo que, el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE), otorgan cobertura constitucional y legitiman, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades económicas". Esta idea es confirmada por la propia Sentencia 148/2021, la cual califica las medidas de necesarias, proporcionales e idóneas para preservar la salud y vida de las personas. De esta forma, de sufrir algún daño por las medidas interpuestas, la única vía de reparación sería la del otorgamiento de ayudas públicas, pero no la de la responsabilidad patrimonial



puesto que no está justificada la demandada antijuricidad.

El TS también fundamenta este deber jurídico de soportar las cargas impuestas por remisión a los artículos 26.1 de la Ley General de Sanidad 14/1986, así como los apartados c) y d) del artículo 54.1 de la Ley general de Salud Pública 33/2011, en los casos que “concurran riesgo inminente y extraordinario para la salud”, en la primera disposición, así como “motivos de extraordinaria gravedad o urgencia”, en la segunda. Además, en el artículo 54.3 de esta última ley, se establece que los gastos derivados de adoptar las medidas especiales contenidas correrán por cuenta de la persona o empresa responsable, y no de la Administración sanitaria, sentando por tanto la obligación de asumir las cargas sin derecho a una indemnización alguna.

Por otro lado, la empresa hotelera trata de fundamentar su derecho a la indemnización al afirmar la existencia de un sacrificio patrimonial singular en relación con el resto de los sectores económicos a los que van dirigidos la normativa. De esta forma, se estaría vulnerando el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Frente a esto, el TS afirma la dificultad para valorar si las cargas impuestas suponen un mayor o menor daño si las consideramos individualmente. Esto se afirma en el siguiente fragmento de la Sentencia: “La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su



aplicación, en sí misma no permite establecer la distinción querida por el recurrente, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios”.

No obstante, este extremo quedaría resuelto si consideramos la exposición de motivos del RD 463/202, que de nuevo incide en la idea de promulgar las medidas contenidas “para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.” Por ello, resulta difícil acreditar la lesión singular de los intereses económicos legítimos de la empresa hotelera en relación con el resto de las actividades comerciales que se vieron afectadas.

Finalmente, especial mención merece el principio de precaución²⁵ referido por el TS. El autor Picón Arranz indica lo siguiente al respecto: “La aplicación justificada del principio de precaución no sólo invierte la carga de la prueba para demostrar la idoneidad de las medidas, sino que cierra la puerta a la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos”.

²⁵ Este principio, recogido en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), supone un enfoque de la gestión del riesgo. Según el mismo, en el caso de que una determinada política pudiera causar daños a las personas o al medio ambiente, y no exista consenso científico al respecto, la política en cuestión deberá abandonarse. Sin embargo, se permite una revisión posterior en el caso de que se disponga de información científica nueva.



D. Cuestión de la fuerza mayor y funcionamiento de los servicios públicos.

Según el artículo 32.1 de la LRJSP, la fuerza mayor actúa como causa de exclusión de la responsabilidad de los poderes públicos. Si atendemos al artículo 1105 CC, citado anteriormente, la fuerza mayor se caracteriza por la imprevisibilidad de la causa, así como la inevitabilidad del resultado. La Sala considera que efectivamente, la pandemia se ajusta a estas características.

Ahora bien, como hemos indicado al aludir a los argumentos de la defensa, los daños que se reclaman no se imputan a la pandemia, sino a la actuación de los poderes públicos y su respuesta tardía. Por ello, sería necesario acreditar el nexo causal entre el funcionamiento de dichos servicios públicos y la lesión sufrida.

En este sentido, además de apoyarse reiteradamente en la idea de que las medidas adoptadas fueron proporcionales e idóneas, para reforzar la idea introduce el concepto de la jurisprudencia anglosajona denominado "cláusula hindsight" o "prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros". Según esta, la valoración de la actuación administrativa no puede realizarse sobre criterios que han sido conocidos con posterioridad al momento de adopción de las



concretas medidas que se cuestionan. Por ello, la idoneidad con la que califica la Sala la actuación de los poderes públicos, la realiza en base a los conocimientos científicos que se disponían sobre la pandemia en el momento de adaptar los Decretos. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas tan restrictivas que se adaptaron tales como el distanciamiento social o el confinamiento fueron las que se consideraron más eficaces para hacer frente a la situación de incertidumbre y de temor generalizado.

Finalmente, en relación con la actuación de los servicios públicos, el TS descarta directamente en el Fundamento Jurídico undécimo que los principios que enumera el artículo 3 de la LRJSP hayan sido vulnerados: "Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación".

E. Exclusión del instituto de la expropiación forzosa.

El TS emplea el Fundamento Jurídico noveno para negar rotundamente la aplicación del instituto de la expropiación forzosa como mecanismo de reparación de los daños derivados, y en especial en los artículos 120 y 121 de la LEF aducidos por la parte demandante.

Sin entrar demasiado en el contenido de estos artículos, la Sala utiliza el artículo 1 de la LEF para negar su aplicación. Así, la expropiación forzosa se considera *cualquier* "forma de privación singular de la propiedad



privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”. En apartado anterior he expresado por qué el TS considera que no existe una privación singular, entendida como un sacrificio especial en aras de la utilidad pública o el interés social.

4.3.3. Valoración de la Sentencia.

Dada la actualidad de la Sentencia y el carácter controvertido de su contenido, seguido en numerosos pronunciamientos posteriores²⁶, he considerado procedente incluir las opiniones de dos de autores que reflejen posturas contrarias en su valoración.

²⁶ Con posterioridad a la Sentencia de 31 de octubre de 2023, la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse de manera reiterada y uniforme en numerosas sentencias, pudiendo citarse aquí, entre otras muchas, las siguientes: 1.497/2023, de 21 de noviembre (Rec. 646/2022, sobre transporte aéreo); 1.554/2023, de 23 de noviembre y 537/2024, de 3 de abril (Rec. 102/2022 y Rec 23/2023, respectivamente, sobre comercio en general); 1.556/2023, de 23 de noviembre y 1567/2023, de 27 de noviembre (Rec. 469/2022 y Rec 491/2022, respectivamente, sobre ocio nocturno); 1.628/2023, de 4 de diciembre (Rec. 576/2022, sobre locales abiertos al público) 1.733/2023, de 20 de diciembre y 179/2024, de 2 de febrero (Rec. 213/2022 y Rec 428/2022, respectivamente) sobre transporte de viajeros por carretera); 476/2024, de 18 de marzo (Rec 404/2023, sobre actividad inmobiliaria) 500/2024, de 20 de marzo (Rec 943/2022, sobre sector hostelería y restauración)



Por un lado, nos encontramos con la opinión López y García de la Serrana²⁷. Considera este autor que el fundamento principal con el que el TS niega la aplicabilidad del régimen de responsabilidad patrimonial es el de la fuerza mayor. Así, considera la pandemia como una causa eximente de responsabilidad, al afirmar que “cuando hay esa fuerza mayor, el Estado no tiene que hacerse cargo de esa responsabilidad patrimonial [...]. Estamos hablando de un hecho imprevisible y excepcional que no es responsabilidad de la Administración y no hay nada que compensar porque está rota la relación de causalidad”.

Este autor, a diferencia de lo expresado en la Sentencia, sí que considera que existen sectores que sufren un sacrificio particular y especialmente intenso. En este sentido califica la tesis sostenida por la Sentencia de ser “muy restrictiva”, dado que niega la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial, y establece una compensación basada en el sistema de subvenciones. “Según la misma, cualquier compensación que se tuviera que haber dado, se tenía que haber hecho a través de un mecanismo que tenía

²⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Responsabilidad del Estado por el cierre de establecimiento hotelero durante el estado de alarma”, *HispaColey*. 2023, disponible en: <https://www.hispacoley.com/biblioteca/articulos-doctrinales/responsabilidad-estado-por-cierre-de-establecimiento-hotelero-durante-estado-de-alarma/>. (último acceso: 18 de abril de 2024).



que haber arbitrado el legislador mediante subvenciones para los distintos sectores afectados, pero no se puede exigir de los mecanismos de la responsabilidad patrimonial del Estado”.

Por último, el autor expresa su rechazo acerca de la interpretación que la Sala hace del citado artículo 3.2 de la LOAES, dado que éste sí considera la existencia de un régimen de responsabilidad distinto del contemplado en el artículo 32 de la LRJSP. Se trataría de una responsabilidad “ex lege”, derivada de la propia regulación del estado de alarma, y no una remisión al régimen general: “no se trata de un mero recordatorio de la responsabilidad patrimonial, sino de un precepto legal, autónomo y plenamente aplicable en los supuestos de estados de alarma, excepción y sitio”.

De otra parte, Picón Arranz²⁸, sostiene una valoración más positiva y concordante con los fundamentos de la Sentencia, afirmando la existencia de un único sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

Con carácter relevante, este autor plantea un posible argumento que pudo ser empleado por la defensa, al cuestionarse qué ocurriría en aquellos supuestos de normas que, sin tener naturaleza expropiatoria, no

²⁸ PICÓN ARRANZ, A., “¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023.



prevén un sistema indemnizatorio al lesionar bienes y derechos de los particulares, en contraposición al artículo 32.3 de la LRJSP.

Considera que en estos casos la responsabilidad, cuando no lo prevé el propio acto legislativo, se fundamentaría en el artículo 9.3 CE: “El fundamento último de estos supuestos sería directamente el art. 9.3 de la Constitución que consagra el principio de la responsabilidad de los poderes públicos”.

No obstante, procede a afirmar que, aun aplicándose este supuesto, sería necesario que se diese el criterio de la antijuricidad, es decir, que las partes no tengan el deber jurídico de soportar el daño. “Si bien hubiera podido ser un argumento de la parte actora, tampoco para este caso concreto creemos que podría aplicar, pues además de los requisitos ya expuestos en este comentario sobre la responsabilidad del Estado-legislador se exige que el daño provocado no tenga el deber jurídico de soportarse”. Este requisito no se aprecia, dada la generalidad de las normas aplicadas a la ciudadanía.

Finalmente, considera especialmente relevante un argumento que, si bien el TS no expresa en la Sentencia, a efectos prácticos es decisivo: “En efecto, reconocer cualquier tipo de indemnización basada en la aplicación de las medidas aprobadas por Real Decreto durante la pandemia supondría “abrir un melón” excesivamente oneroso para las arcas públicas que, a día de hoy, no gozan de la mejor salud y que, no debe olvidarse, nutrimos entre todos los



ciudadanos”.

5. Conclusiones.

A lo largo de este trabajo, hemos podido comprobar que la regulación de la responsabilidad del Estado legislador ha sido un tema complicado, generador de numerosas controversias desde sus inicios, y que ha presentado una lenta, pero continuada evolución gracias a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales habidas en la materia.

La obligación de reparar los daños que han sido causados a los sujetos particulares por la actuación de los poderes públicos constituye una de las piedras angulares del Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, como indica el artículo 1 CE. La otra se refiere al principio de legalidad, que implica la sujeción de todos los poderes públicos al imperio de la Ley como reflejo de la voluntad general.

PRIMERA. Como expresión de esta soberanía popular, un Estado de Derecho debe contener un sistema de garantía patrimonial efectivo, con los cauces jurídicos e instrumentos necesarios que posibiliten al sujeto un resarcimiento de los daños que, por la actuación voluntaria o incidental de los poderes públicos, se le haya ocasionado. La base de esta garantía, desde los inicios de la configuración de la responsabilidad del Estado legislador; tiene un claro fundamento constitucional en el artículo 9.3 CE que consagra el



principio de responsabilidad de los poderes públicos.

SEGUNDA. Como antecedentes de esta institución, en los primeros apartados hemos destacado principalmente la LEF de 1954, así como la LRJ-PAC de 1992. En relación con la primera, la expropiación forzosa, junto con la responsabilidad patrimonial, constituyen las principales instituciones jurídico-públicas creadas para contrarrestar las actuaciones de los poderes públicos cuando inciden negativamente en el patrimonio de los individuos. Por ello, cuando en el artículo 121 de esta Ley se reconoce la posibilidad de obtener una indemnización “que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”; se rompe radicalmente con la antigua irresponsabilidad de la Administración, instaurándose por primera vez un sistema de responsabilidad directa y objetiva que actuará como precedente para las sucesivas modificaciones. Igual importancia merece la segunda ley indicada, que terminó de asentar las bases para la configuración de la actual responsabilidad patrimonial en el artículo 139, incorporando además el requisito de la antijuricidad.

TERCERA. Sin embargo, la controversia de este precepto suscitó numerosos pronunciamientos por parte del TC y en especial del TJUE, que llevaron a perfilar el contenido de la regulación que incluyen las leyes actualmente vigentes en la materia: la LPACAP y la LRJSP. Si bien no es fácil determinar cuáles son los contornos ideales de la responsabilidad del Estado legislador, estas leyes intentaron proporcionar una mayor seguridad jurídica y certeza a los ciudadanos,



alcanzando un equilibrio entre la defensa de sus derechos, y la obligación del legislador de salvaguardar el interés general.

Partiendo del artículo 32 de la LRJSP, y en palabras de Millás Y Gatío Jiménez, “según el ordenamiento jurídico vigente, la responsabilidad del Estado legislador se puede definir como la obligación de resarcimiento que contrae el legislador como consecuencia de la aprobación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, que provoque un daño económicamente evaluable al ciudadano y que este no tenga el deber jurídico de soportar²⁹”. Como hemos mencionado anteriormente, fue en el segundo supuesto operador de la responsabilidad que contempla el precepto -el de normas contraria al Derecho de la UE-, en el que el TJUE jugó un papel decisivo, al determinar en varios de sus pronunciamientos que algunos de los requisitos exigidos por la ley española no garantizaban el principio de efectividad.

Así, al resolver el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España en la STJUE 28 de junio de 2022, el Tribunal declaró que vulneraba dicho principio tanto el requisito de que existiese una previa declaración por parte del TJUE declarando el carácter contrario de la norma aplicada, como el plazo de prescripción de la acción de

²⁹ MILLÁS, V. y GATÍO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., “La responsabilidad del Estado legislador tras la reforma de 2015”, *cit.*, p. 8.



un año, así como la limitación temporal de los daños indemnizables. Aunque las sentencias del TJUE dictadas en un procedimiento por incumplimiento no implican la anulación de las normas nacionales declaradas contrarias, era previsible que, a partir de esta sentencia, el legislador, llevaría a cabo una reforma del régimen de responsabilidad, si bien esto por el momento no se ha producido.

CUARTA. Efectivamente, la necesidad de una reforma que ya predijo el TJUE, sería avalada tras la crisis sanitaria causada por el COVID-19.

Cuando la pandemia iniciada en China en 2019 llega al territorio español, la rapidez en la propagación de los casos tanto a nivel nacional como internacional requiere de la adopción de medidas eficaces e inmediatas que hagan frente a la crisis sanitaria. Esta situación excepcional, lleva al Gobierno a declarar el Estado de alarma el 14 de marzo de 2020 contemplado en la LOAES. Así, a través del RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, se recogen un conjunto de medidas que tienen como objetivo proteger la “salud y seguridad de los ciudadanos”.

Si bien las medidas fueron calificadas inicialmente como proporcionadas y eficaces dada la gravedad de la situación, reclamaciones posteriores dejarían entrever la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos que establecían constricciones extraordinarias. Esto se refleja en la STC 148/2021, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso



de Diputados, en relación con el artículo 7 del RD 463/2020.

La Sentencia plantea dos puntos esclarecedores. En primer lugar, declara la inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación interpuesta por el citado artículo, de tal forma que la “suspensión” de derechos a la que hace referencia, supone una restricción tan intensa que excede del marco legal previsto para el Estado de alarma en el artículo 116 CE y en la LOAES. En segundo lugar, establece el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, reafirmando la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de las medidas, así como el “deber jurídico de las partes” de soportarlas. Este último aspecto es especialmente relevante, dado que el propio TC niega la posibilidad de fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en esta declarada inconstitucionalidad.

Sin embargo, a pesar de que el TC asienta de manera tajante los pilares en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la gestión de la pandemia por COVID-19, las reclamaciones sobre si procede o no imputar responsabilidad a los poderes públicos por los daños derivados siguen llegando.

QUINTA. Especial mención merece la STS 1360/2023, encargada de resolver la reclamación interpuesta por la empresa hotelera Alhambra Palace S.A, como consecuencia de los daños sufridos por las medidas de contención recogidas en el artículo 10.4 del RD 463/2021. Este pronunciamiento resulta esclarecedor,



no sólo por la actualidad del mismo, sino por desestimar el primer recurso que demanda la responsabilidad del Estado.

Así, el TS rebate los argumentos de la defensa resolviendo alguno de los extremos que podían seguir generando controversia. De todos estos, que ya hemos detallado en el correspondiente apartado, podemos destacar dos como los más relevantes. En primer lugar, la Gran Sala niega que el artículo 3.2 LOAES pueda constituirse como un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo y distinto del contenido en la LRJSP. Cualquier reclamación que quiera interponerse como consecuencia de la aplicación de los Reales Decretos, deberá tramitarse por el artículo 32 de la LRJSP, y siempre con el Estado legislador -y no la Administración Pública- como título de imputación, dado el rango de ley que ostentan. En segundo lugar, el TS reafirma el carácter proporcional y el deber jurídico de soportar las medidas interpuestas, dado que fueron aplicadas en unas circunstancias excepcionales, y no pueden ser valoradas con conocimientos adquiridos con posterioridad al momento en el que las mismas fueron implantadas.

SEXTA. Podemos observar, tras este breve repaso, que la regulación de esta institución ha supuesto un largo y tortuoso proceso, cuyas bases se siguen asentando para asegurar la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Y decimos “se siguen asentando”, porque en este mismo año 2024, el TC ha recibido el primer recurso de amparo interpuesto por el grupo de abogados y auditores Acountax en contra de la



sentencia desestimatoria del Supremo hacia uno de sus clientes, un grupo hotelero.

Así, el socio director de la firma Manuel Lamela, fundamenta sus pretensiones en tres argumentos: en primer lugar, la vulneración de algunos derechos fundamentales protegidos constitucionalmente como son "la igualdad ante la Ley, el derecho al trabajo, la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada". Se consideran vulnerados igualmente el "derecho a la reparación de daños", así como "el principio de proporcionalidad", al considerar que algunas empresas se vieron más afectadas por las medidas adoptadas. En segundo lugar, se plantea una situación de indefensión de las empresas durante todo el procedimiento judicial. Finalmente, el abogado cuestiona las altas costas procesales impuestas a las empresas, las cuales califica como "elemento disuasorio para evitar tener que analizar más sentencias a este respecto³⁰".

En mi opinión personal creo que este último punto arroja un elemento importante que permite cuestionar no ya el fallo desestimatorio de la STS, sino las consecuencias sentadas para las múltiples empresas demandantes de indemnización: me parece poco

³⁰ HERMIDA, B., *El Tribunal Constitucional recibe el primer recurso de amparo por las "Sentencias Covid"*, Confilegal, 2024, disponible en: <https://confilegal.com/20240215-tribunal-constitucional-recurso-amparo-sentencias-covid/> (último acceso: 19 de abril de 2024).



prudente la postura adoptada en los constantes fallos que imponen reiteradamente el pago de las costas a aquéllas, lo que resulta chocante dada la notoria existencia de dudas de derecho, pues la sentencia habla por sí misma de la complejidad del caso. Entiendo que una solución más considerada del caso podría haber permitido que entrase en juego del artículo 139.1 de la LJ, que permite que las costas no se impongan a la parte que haya visto rechazada sus pretensiones, cuando se aprecie y razone que el caso presentaba dudas de derecho.

Por todas estas razones, consideramos necesario poner término a este trabajo con un final abierto, dado que, si algo se puede concluir con absoluta certeza, es que todavía quedan años para concretar el alcance de la institución jurídico- pública que constituye la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

6. Bibliografía.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Alarma y pandemia: problemática jurídico- constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre.



Recurso de amparo núm. 2109-2020. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). *Revista de las Cortes Generales*, (111), 2021, pp. 547-574.

ÁNGEL, M., *Comentarios al 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*. Crespín García, 2020.

ÁNGEL RUIZ LÓPEZ, M., "Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator", *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 66-95, 2013.

CIENFUEGOS MATEO, M., "La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022", *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, p. 151-169.

DÍAZ GARCÍA, J. C., "El razonamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, que declara inconstitucional el primer estado de alarma", *Seminario Permanente de Ciencias Sociales, documento de trabajo*, núm. 8, 2021.

MÉNECH, G., *Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19*. Postc, 2021.



FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "La inconstitucionalidad de los estados de alarma por el COVID-19", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 10, 2022, p. 357-369.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20)", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022.

FERNÁNDEZ NARBÓN, J., "La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales (en especial la perspectiva de los votos particulares)", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 35, 2014.

FERNÁNDEZ, T.R., "La responsabilidad del Estado-legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 36, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español", *Revista de administración pública*, núm. 168, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional", *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005.



GARCÍA-MAZANO, P., *Las dos lógicas del estado de alarma (comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio)*. Almacén de Derecho, 2021.

GARCÍA, M. C. A., Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (2), 2015, p. 257-268.

GARRIDO FALLA, F., El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, (135), 7-36, 1994.

GARRIDO FALLA, F., "La responsabilidad patrimonial del Estado: ¿hasta dónde debe indemnizar?", *In Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Ministerio de Justicia*, 1997.

HERMIDA, B., *El Tribunal Constitucional recibe el primer recurso de amparo por las "Sentencias Covid"*, Confilegal, 2024.

HERREROS, J.M., *Comentario sobre el estado de alarma por el COVID-19*. Superbia Jurídico, 2020.

INAP., *La responsabilidad patrimonial de la administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2335/2012)*.

LÓPEZ, T. Q., La responsabilidad del Estado legislador.



Revista de Administración Pública, (135), 1994, p. 103-148.

MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *Revista de las Cortes generales*, núm. 7-46, 2017.

MUÑOZ GÓMEZ, Á., "El control de constitucionalidad del estado de alarma: comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio", *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 112, 2021.

PICÓN ARRANZ, A., "¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., "ESTADO DE ALARMA. Las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de Estado de Alarma. COVID-19. *La Administración práctica*, núm.9, 202



DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y USUARIOS DE SERVICIOS DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO EUROPEO 2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE

D^a. María Jesús García García¹

Catedrática de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia

¹ El presente trabajo forma parte de las actividades realizadas en el marco de la Cátedra Jean Monnet "Services of General Economic Interest in the framework of Social and Territorial Cohesion", dirigida por la Profesora María Jesús García García y financiada por la Comisión Europea en el marco del Programa Erasmus+ en su convocatoria de 2021. Project 101047166 — SGEI-EU.

This paper is part of the activities carried out within the framework of the Jean Monnet Chair "Services of General Economic Interest in the framework of Social and Territorial Cohesion", chaired by Professor María Jesús García García and funded by the European Commission within the framework of the Erasmus + Program, call 2021. Project 101047166 — SGEI-EU.



Resumen: Como destinatarios de servicios digitales, los usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica entablada entre el prestador de estos servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital. El Reglamento de Servicios Digitales, de reciente aplicación, pretende conseguir estos objetivos.

Palabras clave: consumidores, servicios digitales, mercado único, comercio electrónico, derechos fundamentales.

Abstract: As recipients of digital services, users of the same may see not only their rights as consumers affected, that is, their rights of patrimonial and economic content, but also their fundamental rights, which endangers their civic and political rights derived from the condition of citizens of a democratic system. In this way, consumer legislation is insufficient to protect all the rights involved in the legal relationship established between the provider of these services and the recipient



of the same in their condition of user-consumer. There is therefore a need for additional legislation that protects these fundamental rights and at the same time subjects all digital service providers to the same obligations and to a uniform legal regime that lays the foundations for the achievement of a digital single market. The recently implemented Digital Services Regulation aims to achieve these objectives.

Key words: consumers, digital services, single market, e-commerce, fundamental rights.



Sumario:

- 1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.
2. Los servicios digitales en la normativa europea.
 - 2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.
 - 2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.
3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.
 - 3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.
 - 3.2 El usuario de servicios digitales como ciudadano.
4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.
 - 4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.
 - 4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.
 - 4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.
 - 4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.
 - 4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.
 - 4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.
 - 4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.



- 4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.
 - 4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.
 - 5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.
 - 5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.
 - 5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.
 - 5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.
 - 5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.
 - 6.- El sistema de reclamaciones.
 - 6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.
 - 6.1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio.
 - 6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.
 - 6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.
- BIBLIOGRAFÍA.**



1.- El marco normativo: del comercio electrónico al mercado único de los servicios digitales.

Los servicios digitales están presentes en nuestro día a día y constituyen una nueva forma de interactuar en y con el mundo, no solo desde el punto de vista social, sino también desde el punto de vista económico, comercial, mercantil y empresarial. Las empresas y usuarios profesionales se valen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para incrementar su presencia y volumen de negocio, pero esto también potencia, en el otro lado de la ecuación, que los ciudadanos utilicen la tecnología digital para muy distintos fines, convirtiéndose en usuarios de servicios digitales, que, en ocasiones, son además el medio instrumental para contratar otros bienes y servicios como consumidores online.

La compleja y variedad problemática que la regulación de los servicios digitales presenta ha sido abordada progresivamente por la legislación europea, siempre desde una perspectiva limitada y sectorial, dada la complejidad de la materia.

Así, la Directiva sobre protección de los consumidores², ya aludió al concepto de contenidos digitales, como

² Utilizamos la terminología europea que designa como consumidores a aquellas personas que sin perseguir una actividad comercial o profesional adquieren bienes, o contratan la prestación de servicios. No seguimos por tanto la terminología española de consumo que diferencia entre consumidores (aquellos que adquieren bienes) y usuarios



actividad protegida por la legislación de consumo y diferenciada de la adquisición de bienes y de la prestación de servicios cuando el suministro de contenido digital no iba acompañado de un soporte material. Se evidenciaba así la necesidad de ampliar el ámbito objetivo de la protección de los consumidores para dar cobertura a nuevos negocios jurídicos que el desarrollo de la tecnología propiciaba en aquel momento. Anteriormente, la evolución de estas tecnologías de la información y su carácter instrumental y propiciatorio de las transacciones comerciales había obligado a Europa a adoptar la Directiva de Comercio Electrónico³, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Comercio Electrónico⁴. Esta Directiva acometerá la normación de las nuevas tecnologías al someter a una tímida regulación a los proveedores de servicios digitales, centrándose en la contratación electrónica y las plataformas digitales como

(aquellos que contratan servicios). A esto respecto, nos remitimos a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

³ Directiva 2000/31/CE de 8 de junio sobre determinados aspectos de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.



instrumentos al servicio de las transacciones comerciales.

Sin embargo, el empleo de los servicios digitales ha planteado y sigue planteando muchos problemas desde el punto de vista de su influencia en el mercado único y su incidencia en los derechos democráticos de los ciudadanos. De esta manera, el Reglamento de Servicios Digitales⁵ acomete su regulación desde una perspectiva más amplia, centrándose no tanto en la contratación electrónica, como había hecho la Directiva sobre

⁵ El Reglamento de Servicios Digitales entró en vigor el 16 de noviembre de 2022. Las plataformas digitales disponían de un plazo de 3 meses para comunicar el número de usuarios finales activos (17 de febrero de 2023). La Comisión determina las plataformas que deben ser consideradas como plataformas o motores de búsqueda de gran tamaño. Tomada la decisión, las plataformas disponían de 4 meses para cumplir sus obligaciones, incluida la realización de la evaluación de riesgos. 17 de febrero de 2024, fecha de aplicación del Reglamento. Los estados deberán facultar a sus coordinadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios digitales se aplica en el territorio de la Unión Europea, con independencia del lugar de establecimiento del prestador del servicio. El criterio determinante es el lugar de establecimiento o residencia del destinatario del servicio intermediario. Se imponen a las grandes tecnológicas estadounidenses las mismas obligaciones que a los operadores económicos europeos.



comercio electrónico⁶, sino en el correcto funcionamiento de los servicios intermediarios y su impacto e incidencia sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos en tanto que usuarios y consumidores de servicios digitales⁷.

Para ello la norma regula por primera vez de manera más extensa las obligaciones de los prestadores de servicios digitales, haciendo especial hincapié en las grandes plataformas digitales⁸ y motores de búsqueda de gran tamaño. Desde esta perspectiva, centrada en el control de estos prestadores de servicios, la norma pretende proteger los derechos de los destinatarios de servicios digitales, entre los cuales se incluyen tres categorías: los usuarios profesionales, los consumidores y otros destinatarios. De esta manera, una parte de la norma protege los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como sus derechos patrimoniales e intereses económicos en su condición de usuarios y consumidores. El Reglamento converge así con otras normas jurídicas que protegen igualmente a los consumidores, aunque tiene la peculiaridad de tutelar tales derechos cuando

⁶ Que básicamente consideraba los servicios digitales intermediarios como meros instrumentos al servicio de la contratación electrónica).

⁷ BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo* 2023, págs. 153-168

⁸ Una plataforma digital es un entorno en el que los usuarios pueden llevar a cabo tareas, gestionar actividades, colaborar con otros usuarios e interactuar por medio de las herramientas y funcionalidades que se ofrecen en la plataforma.



estos se ven vulnerados por prestadores de servicios digitales, y, por tanto, a través del empleo de la tecnología digital. Supone por tanto convalidar la protección del consumidor desde una nueva perspectiva que es aquella relacionada con las amenazas producidas a través de medios digitales, aunque la norma es tibia con los prestadores de servicios y claramente insuficiente.

Es innegable que las tecnologías de la información y la comunicación desempeñan un papel fundamental en el desarrollo del mercado único, en cuanto instrumento para potenciar las transacciones económicas entre todos los agentes implicados, entre ellos desde luego, también los consumidores. pero también como objeto de contratación y transacción. Pero su potencial trasciende las fronteras del comercio para terminar afectando derechos fundamentales que los usuarios de esos servicios ostentan en su condición de ciudadanos. De alguna manera es necesario encontrar un equilibrio entre la utilización de los servicios digitales como objeto e instrumento al servicio del mercado único y su impacto sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Reglamento de Servicios Digitales persigue un correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios, así como establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable en el que los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales estén protegidos. A tal efecto, el Reglamento busca establecer unas normas que regulen las obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a



determinadas categorías específicas de proveedores de servicios de intermediación⁹, consolidar unas normas sobre la aplicación y cumplimiento del Reglamento en lo que respecta a la cooperación y coordinación entre las autoridades competentes y establecer un ámbito sancionador.

Desde la perspectiva anterior, el usuario de servicios digitales debe ser protegido en su dimensión como consumidor¹⁰ y en su consideración como ciudadano, , ya que la utilización de estos servicios digitales puede afectar también los derechos fundamentales que convergen en la esfera jurídico-pública de la ciudadanía. El estatuto jurídico del consumidor de servicios digitales se construye así sobre la base de las aportaciones de la normativa de consumo¹¹ y de la normativa sectorial

⁹ MIGUEL ASENSIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

¹⁰ Utilizamos el término consumidor adoptando la terminología comunitaria, conforme a la cual se establece una categoría única que engloba a aquellos que adquieren bienes (consumidores, de acuerdo con la terminología interna), o contratan la prestación de servicios (usuarios, según nuestra normativa interna). El Derecho europeo no establece tal distinción, aludiendo únicamente a los consumidores.

¹¹ En este sentido, cabe hacer referencia a la Directiva sobre protección de los consumidores y específicamente a la Directiva 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambas normas han sido objeto de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto Legislativo.... De protección de los consumidores y usuarios.



sobre servicios digitales de reciente aprobación, que busca establecer la base de un mercado único digital, al tiempo que garantizar a los usuarios de tales servicios un cierto grado de protección frente al potencial dañino de los servicios de la sociedad de la información. Estas normas protegen la esfera jurídica del consumidor de servicios digitales desde las distintas dimensiones desde las que puede resultar afectada.

2. Los servicios digitales en la normativa europea.

2.1. El concepto de servicios digitales en la normativa de consumo.

La propia evolución de las tecnologías ha venido motivando la necesidad de una regulación de los servicios y contenidos digitales, a medida que los mismos han venido instalándose en nuestra cotidianidad y siendo objeto de uso y utilización generalizada.

La Directiva de comercio electrónico en el mercado interior efectuó una definición de los servicios de la sociedad de la información¹², acometiendo

¹² Conforme a esta normativa, se incluiría, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia



específicamente la contratación electrónica de bienes y servicios y la Directiva 2011/83 sobre protección de los consumidores incluyó en su ámbito de aplicación el contrato de contenido digital, para incluir el suministro de contenidos no ligados a un soporte material¹³.

temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, esto es, una actividad remunerada. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico. La legislación de protección de consumidores y usuarios había hecho alguna referencia breve a los contenidos digitales al trasponer el contenido de la citada directiva.

¹³ La Directiva de Protección de los consumidores establece en su apartado 2 la definición de contenido digital, considerando como tal los datos producidos y suministrados en formato digital. En el considerando número 19 de la citada Directiva se establece que los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en su ámbito de aplicación, señalando que cuando dicho contenido digital no se suministre en soporte material, el negocio jurídico no será un contrato de compraventa, ni de servicios. La Directiva alude expresamente a unos contratos específicos, diferentes de los contratos de compraventa de bienes o servicios y que dan cabida a aquellos contenidos digitales que no requieren soporte material. Nos encontramos ante el contrato de suministro de contenidos digitales propiamente dichos, cuyos consumidores ya eran



Sin embargo, será la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales la que venga a establecer una regulación específica sobre los contratos que tengan por objeto las anteriores prestaciones, con el fin de dotar de la protección jurídica necesaria a los consumidores¹⁴ que celebren tales negocios jurídicos. De acuerdo con la Directiva 2019/770, servicios digitales son todos aquellos que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales¹⁵. Dichos servicios permiten al usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital; compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios

objeto de protección por parte de la Directiva de Consumo y cuya regulación y régimen jurídico ha ampliado ahora la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenido y servicios digitales.

¹⁴ ESPÍN ALBA, I., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital", *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

¹⁵ MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 605



de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

La Directiva no predetermina la naturaleza jurídica del contrato, pero la normativa española de protección de los consumidores y usuarios si le ha conferido la naturaleza de un contrato de suministro. La norma ampara a los usuarios y consumidores que contraten contenidos y servicios digitales y que a partir de esta nueva regulación gozarán de garantías adicionales similares a las que ostentaban los adquirentes de bienes, o usuarios de otro tipo de servicios. Se establecen así normas específicas sobre la conformidad de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento en el suministro y un régimen de garantías específico que se adapta a las peculiaridades de dichos contratos. Se trata así de proteger los intereses económicos y patrimoniales de los usuarios de tales servicios en tanto que consumidores, y así lo demuestra el hecho de que la transposición¹⁶ de la Directiva al derecho español haya supuesto la modificación del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021,



noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷.

Sin embargo, la celebración de un contrato de suministro de servicios digitales implica una interacción con el prestador del servicio y con el resto de los usuarios que no solo pone en peligro los intereses económicos de los consumidores digitales y su seguridad (como básicamente tutelaba la legislación de consumo hasta el momento), sino que, además, puede afectar a sus derechos fundamentales, dada la potencialidad de esos recursos digitales. Por esta razón, la protección de los usuarios de servicios digitales no puede ceñirse exclusivamente a la normativa que hasta la fecha regulaba sus derechos y garantías, sino que ha de ampliarse hacia esferas que contemplen también la tutela de los derechos y garantías constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. Y este es precisamente el sentido del nuevo Reglamento sobre servicios digitales.

Ha de tenerse en cuenta además que la Unión Europea puede tutelar esos derechos fundamentales cuando son lesionados en el marco de las competencias atribuidas a

¹⁷ Junto a la anterior Directiva, es objeto de trasposición también la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que incluye la compraventa de bienes con elementos digitales. La regulación anterior pretende establecer garantías para los consumidores que adquieren o contratan bienes, contenidos y servicios digitales, que no aparecían regulados en la legislación anterior.



la Unión Europea, y qué duda cabe que las materias relativas al mercado interior y el consumo son aspectos que integran el ámbito competencial comunitario. Pocas veces ha quedado tan patente la capacidad de la Unión Europea para regular y controlar jurisdiccionalmente la vulneración de los derechos reconocidos a los ciudadanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2.2. El concepto de servicios digitales en el Reglamento de Servicios Digitales.

Como hemos señalado, los usuarios de servicios digitales ven afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos como ciudadanos de un sistema democrático. De esta manera, la legislación de consumo es insuficiente para tutelar todos los derechos implicados en la relación jurídica entablada entre el prestador de los servicios y el destinatario de los mismos en su condición de usuario-consumidor de servicios digitales. Es necesaria por tanto una legislación adicional que proteja esos derechos fundamentales frente a las posibles violaciones o vulneraciones de los mismos desde la posición de usuario de servicios digitales y al mismo tiempo someta a todos los prestadores de servicios digitales a unas mismas obligaciones y a un régimen jurídico uniforme que ponga los cimientos para la consecución de un mercado único digital.



A estos efectos, el Reglamento de Servicios Digitales¹⁸ cataloga esos servicios de la sociedad de la información como servicios intermediarios, distinguiendo entre servicios de mera transmisión, servicios de memoria caché y servicios de alojamiento de datos, incluyendo dentro de estos últimos la subcategoría de las plataformas en línea, que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público. Este tratamiento destacado de las plataformas digitales se debe a la potencialidad de las mismas para facilitar las interacciones entre usuarios, fomentar el consumo y la contratación online de bienes y servicios, así como por su capacidad para vulnerar derechos fundamentales de los usuarios de tales servicios. La mayoría de servicios digitales que utilizamos los consumidores se instrumentaliza a través de plataformas digitales. Por su gran potencial, el Reglamento se centra sobre todo en las plataformas digitales, y concretamente en las de gran tamaño. Se estima en 10.000 el número de plataformas en línea que operan en la UE. Más del 90% son pequeñas y medianas empresas (pymes).

El Reglamento de Servicios Digitales trata de crear un entorno en línea seguro y confiable, estableciendo una serie de obligaciones para los prestadores de servicios digitales capaces de prevenir los riesgos que puede conllevar su utilización, especialmente por lo que se

¹⁸ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).



refiere a los derechos fundamentales. Estos riesgos pueden provenir de los contenidos ilícitos proporcionados por los usuarios de tales servicios, pero también de la propia actividad de los prestadores, tanto cuando utilizan datos personales de los usuarios para llevar a cabo actividades de publicidad o recomendación, como cuando realizan funciones restrictivas de retirada de contenido, en cuyo caso pueden afectar a la libertad de expresión. Para conjurar estas amenazas se establece un sistema de obligaciones a los prestadores de servicios digitales, que se van incrementando a medida que aumenta la interacción de los usuarios con el servicio y en función del potencial efecto dañino que su utilización puede plantear.

Así, todos los prestadores de servicios digitales se someten a un conjunto de obligaciones dirigidas a crear un entorno en línea transparente y seguro. Ello incluye la obligación de establecer puntos de contacto nacionales con las autoridades y con los destinatarios; designar representantes legales; y establecer en las condiciones generales de contratación todas aquellas referencias a las restricciones que puedan imponer, así como la publicación de informes sobre la actividad de moderación que hayan realizado.

A los prestadores de servicios de alojamientos de datos (que incluye a las plataformas en línea), se imponen las obligaciones anteriores además de otras adicionales, que tienen que ver con la previsión de mecanismos de



notificación-acción¹⁹; motivación de las decisiones restrictivas²⁰ y notificación de las sospechas de delitos²¹.

Además de lo anterior, las plataformas en línea²² tienen a su vez una serie de obligaciones específicas tales como el establecimiento de un sistema de gestión de reclamaciones²³; el sometimiento a un sistema de resolución extrajudicial de litigios²⁴ y de alertadores fiables²⁵; la obligación de articular mecanismos de protección contra usos indebidos y la obligación de calcular e informar sobre el promedio mensual de los destinatarios del servicio activos²⁶; garantizar la prohibición de los patrones oscuros²⁷; el sometimiento a determinados requisitos de publicidad en sus plataformas y transparencia del sistema de recomendaciones y de los algoritmos utilizados²⁸. En el caso de las plataformas en línea que permitan realizar contratos a distancia con comerciantes, se añaden además obligaciones relativas a la trazabilidad de los comerciantes²⁹; diseño de las plataformas para permitir

¹⁹ Artículo 16 del Reglamento de Servicios.

²⁰ Véase artículo 17 del Reglamento de Servicios.

²¹ Artículo 18 del Reglamento de Servicios.

²² Quedan excluidas las microempresas.

²³ Artículo 20 del Reglamento de Servicios.

²⁴ Artículo 21 del Reglamento de Servicios.

²⁵ Artículo 22 del Reglamento de Servicios.

²⁶ Artículo 23 y 24 del Reglamento de Servicios.

²⁷ Artículo 25 del Reglamento.

²⁸ Artículos 26 y 27 del Reglamento de Servicios.

²⁹ Artículo 30 del Reglamento de Servicios



interfaces que permitan cumplir las obligaciones anteriores³⁰ y garantías respecto a la información³¹.

En el caso de plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño³², se imponen obligaciones adicionales que se acumulan a las anteriores³³. El Reglamento se fija sobre todo en las plataformas digitales de gran tamaño estableciendo obligaciones acumulativas y ello por varias razones: son las que permiten una mayor interacción con los usuarios, permiten el comercio electrónico y tienen un mayor potencial para causar daños. Entre estas obligaciones hay que citar la puesta en práctica de sistemas de evaluación de riesgos y de mecanismos de reducción de tales riesgos y respuesta a las crisis; la realización de auditorías independientes; permitir a los usuarios optar por un sistema de recomendaciones no basad en la elaboración de perfiles³⁴; elaboración de

³⁰ Artículo 31 del Reglamento de Servicios.

³¹ Artículo 32 del Reglamento de servicios.

³² Entendiendo por plataformas de gran tamaño aquellas que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a 45 millones (10% de los 450 millones de consumidores en la UE)

³³ El 25 de abril de 2023 la Comisión designa como plataformas de gran tamaño las siguientes: X (Twitter), TikTok, Instagram, Wikipedia, Zalando, AliExpress, Amazon, AppStore de Apple, Booking, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, LinkedIn, Pinterest, Snapchat y YouTube. En diciembre de 2023 se designan otras tres: Pornhub, Stripchat y XVideos. En cuanto a los motores de búsqueda de gran tamaño, estos son Bing y Google Search. Amazon y Zalando han presentado ya recursos ante el Tribunal General de la UE por considerar que no entran en la categoría de grandes plataformas que ha hecho la Comisión.

³⁴ Artículo 38 del Reglamento de Servicios Digitales.



repositorios de anuncios³⁵; permitir el acceso a sus datos y escrutinio³⁶; designar encargados del cumplimiento³⁷; elaboración de informes³⁸; y pago de una tasa de supervisión³⁹.

De esta manera, se establece un sistema acumulativo de obligaciones, en forma de pirámide invertida, en el que los prestadores de servicios de plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño tienen las obligaciones generales exigibles a todos los prestadores de servicios digitales, además de sus propias obligaciones específicas. En definitiva, el Reglamento se propone llevar a cabo un control y supervisión de los prestadores de servicios digitales, y en especial de las plataformas de gran tamaño.

3. Las distintas dimensiones del usuario de servicios digitales: de consumidor a destinatario de servicios digitales.

3.1. El usuario de servicios digitales como consumidor: la contratación de servicios digitales.

Los servicios digitales son servicios prestados a petición individual de un usuario, a título oneroso, a distancia y por vía electrónica, siempre que constituyan una

³⁵ Artículo 39 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁶ Artículo 40 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁷ Artículo 41 del Reglamento de servicios Digitales.

³⁸ Artículo 42 del Reglamento de Servicios Digitales.

³⁹ Artículo 43 del Reglamento de Servicios Digitales.



actividad económica para el prestador del servicio. Implican la celebración de un contrato a distancia entre el consumidor y el prestador del servicio. Para desentrañar el concepto de consumidor⁴⁰, es necesario remitirse a la Directiva de protección de los consumidores⁴¹ que en su artículo 2 los define como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, o profesional⁴². Así pues, podemos definir a los consumidores como aquellas

⁴⁰ En este sentido, la normativa europea no distingue entre usuarios y consumidores, como si hace la legislación española de protección de consumidores y usuarios

⁴¹ DIRECTIVA 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

⁴² En el ámbito de los servicios digitales, no siempre es sencillo delimitar cuando el empleo que se realiza de ellos tiene una finalidad profesional, o no. Un ejemplo característico sería el caso de los youtubers, quienes deben reunir unos requisitos mínimos de audiencia (1.000 seguidores y 4,000 horas reproducidas de sus vídeos en los últimos 12 meses. Así por ejemplo en los términos y condiciones de Google se distingue entre consumidores y usuarios empresariales y organizaciones. Los términos del servicio de Google especifican que bajo ciertas condiciones el contrato con Google puede conllevar la condición de consumidor. En este caso, es el propio usuario quien decide su perfil al aceptar las condiciones



personas que realizan una transacción económica sin perseguir un ánimo de lucro⁴³, siendo por otro lado necesario también el requisito de ser persona física.⁴⁴

Para que un sujeto tenga la condición de consumidor, éste debe realizar una actividad que se inscriba en el ámbito de la normativa europea de consumo, esto es, dicha actividad debe consistir en la adquisición de un bien, o en la prestación de un servicio, o en el suministro de datos o servicios en formato digital. De esta manera, por ejemplo, cuando aceptamos los términos del servicio de Google nos estamos convirtiendo en consumidores de un servicio digital, siempre y cuando realicemos esta actividad al margen de un propósito económico, comercial, profesional, quedando de este modo protegidos por la normativa de consumo europea y española.

Así pues, la condición de consumidor de servicios digitales se adquiere tras la celebración de un negocio jurídico o contrato entre un usuario y el prestador del servicio. Tal y como hemos señalado, la Directiva

⁴³ NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coord.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.

⁴⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.



2019/770 amplía el ámbito de los negocios jurídicos sometidos a la legislación de consumo, incluyendo los contratos de suministro de servicios digitales, a los que confiere unas garantías específicas en atención a su naturaleza y que tienen que ver con el régimen de la conformidad, las garantías legales y los remedios a disposición de los usuarios de tales servicios.

El objeto del contrato de suministro de servicios digitales incluye así todos aquellos servicios que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.

La relación contractual implica la existencia de un usuario, o consumidor y un sujeto, normalmente un empresario, que realiza una actividad económica. Los prestadores de servicios digitales pueden ser considerados empresarios a los efectos de esta Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales, cuando actúan como intermediarios para la contratación de otros bienes o servicios⁴⁵.

⁴⁵ MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.



La Directiva cambia también el concepto de contrato de servicios, pues ya no se requiere que sea a cambio de una contraprestación económica, sino que la contraprestación puede consistir en la cesión de datos. Así, los contratos a través de los cuales el empresario suministra, o se compromete a suministrar servicios digitales a cambio de los datos personales son también contratos incluidos en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios y gozan de las mismas garantías que los contratos de suministros a cambio de una retribución económica⁴⁶. El carácter oneroso del contrato de suministro de servicios digitales, puede consistir en una contraprestación económica, o retribuirse en forma de ingresos generados por la publicidad mediante la inclusión de anuncios publicitarios, y por la cesión de datos personales de los usuarios recabados a través de las cookies. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que incluye entre los servicios de la sociedad de la información las prestaciones efectuadas con carácter gratuito por el intermediario que obtiene su remuneración de los ingresos generados por la publicidad y no por el destinatario del servicio. Igualmente, la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales recoge

⁴⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., "El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario", *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.



expresamente la posibilidad de que los contratos de suministro de servicios digitales no tengan como contraprestación el pago de un precio, sino que la remuneración al empresario consista en proporcionar datos personales, y así se ha recogido también en nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto sobre protección de los consumidores y usuarios.

3.2 El usuario de servicios digitales como ciudadano.

El reciente Reglamento sobre servicios digitales⁴⁷ alude a la categoría de destinatario de servicios digitales⁴⁸. Como posibles destinatarios de tales servicios, el Reglamento menciona a profesionales, consumidores y otros usuarios⁴⁹. La condición de destinatario de

⁴⁷ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

⁴⁸ También la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) alude a los destinatarios de servicios digitales.

⁴⁹ Dentro de estos últimos, podríamos incluir a las organizaciones y personas jurídicas, o aquellos ciudadanos que son receptores o destinatarios pasivos de servicios digitales, entendiendo por tales, aquellos que sin haber aceptado la prestación de estos servicios se ven expuestos a



servicios digitales puede provenir de distintas situaciones jurídicas⁵⁰. Así, el destinatario de servicios digitales puede acceder a esta condición desde la condición de consumidor, es decir porque celebra un contrato de suministro para la prestación de esos servicios. El negocio jurídico que habilita a esta prestación está contemplado, como hemos visto, por la normativa de consumo, pero una vez adquirida esa condición, las prestaciones que conllevan esos servicios digitales hacen que queden comprometidas otras facetas de la esfera jurídica del usuario, como son sus derechos fundamentales. Esto hace que también deba dotarse de protección a estos derechos, cuestión que no acometen las normas de defensa de los consumidores y usuarios, sino la normativa sectorial de los servicios digitales a la que nos referimos.

Los usuarios de servicios digitales con un propósito ajeno a la actividad comercial, mercantil o industrial no son solo consumidores, sino que, para la protección integral de sus derechos, deben ser considerados como

su acción y efectos (ejemplo, yo no estoy suscrito a YouTube, pero se cuelga un vídeo mío comprometido ahí).

⁵⁰ Así, los destinatarios de servicios digitales, que pueden ser, o no consumidores (los usuarios profesionales no lo serían por ejercer una actividad económica que de entrada no entra dentro del concepto de consumidor de acuerdo con la Directiva de protección de los consumidores).



destinatarios de servicios digitales a efectos del Reglamento sobre servicios digitales.

La utilización de los servicios digitales en calidad de consumidor, trasciende el ámbito de la legislación de consumo, ya que no solo resulta comprometida su esfera jurídica privada y sus intereses económicos, sino también pueden resultar comprometidos derechos fundamentales. Por esta razón, el usuario de servicios digitales es ciudadano además de consumidor.

Y es que la contratación de servicios digitales pone en riesgo nuevos derechos e intereses que antes no resultaban afectados por la adquisición o contratación de bienes o servicios distintos de los digitales, y que, por tanto, carecían de protección en la legislación de defensa de los usuarios y consumidores. Se da además otra peculiaridad y esos derechos e intereses ponen en riesgos no solo derechos individuales, sino también globales, o generales. Son los riesgos sistémicos que pueden incluso hacer tambalear los cimientos de una democracia, o los procesos electorales, lo que pone de relieve el potencial de los servicios digitales y la necesidad de regular su actividad de prestación.

Cuando el título jurídico que sirve de base y fundamenta la utilización de servicios digitales es el de consumidor, nos encontramos con que la legislación de consumo no cubre todas las potenciales esferas que pueden resultar afectadas y deben ser protegidas, por lo que se hace necesario articular otras normas jurídicas de protección que junto con la legislación de consumo proporcionarán al usuario una protección integral de sus derechos e intereses. Así, la protección del consumidor digital estará



formada por la legislación de consumo, más la legislación sectorial sobre servicios digitales.

Cuando hablamos de servicios digitales, los intereses y derechos afectados por la celebración de dicho negocio jurídico se extienden a esferas más amplias, abarcando incluso derechos que afectan la esfera jurídica pública y al ejercicio de derechos fundamentales como ciudadanos. Esta esfera debe protegerse, pero no ya desde la legislación de consumo, sino desde una regulación específica de los servicios digitales, ya que los derechos e intereses afectados no solo se proyectan sobre los consumidores, sino sobre cualquiera que utilice esos servicios digitales, con independencia del título desde el que lo haga, ya sea como consumidor, o como profesional, o incluso como sujeto pasivo de dichos servicios. Por esta razón, las garantías y derechos previstos por el Reglamento de servicios digitales no se refieren exclusivamente a los consumidores, sino a cualquier destinatario de servicios digitales, pero cuando esas garantías se aplican a personas que tienen la condición de consumidores se añaden a su estatuto jurídico como consumidor. De esa manera, los consumidores digitales construyen su estatuto jurídico de protección sobre la base de la tradicional normativa de consumo a la que añaden ahora la normativa de servicios digitales.

Por tanto, el ámbito subjetivo del Reglamento de servicios digitales no es exclusivamente el de los consumidores, sino que abarca a todos aquellos sujetos que utilicen los servicios digitales independiente te del título, negocio jurídico o justificación que les lleve a ello.



En el caso de los consumidores digitales, la protección proporcionada por esta norma converge con las normas específicas de protección de los consumidores y conforma su estatuto jurídico.

4. La contratación de servicios digitales y la protección de los derechos fundamentales de los consumidores digitales.

Los servicios digitales han supuesto un revulsivo desde todos los puntos de vista y han expuesto a sus usuarios y entre ellos también a los que tienen la condición de consumidores a posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales. En efecto, al usar servicios digitales, un consumidor puede verse expuesto a una vulneración de sus derechos fundamentales en base a las relaciones que entabla con el prestador del servicio, o con otros usuarios. Y es que la utilización de servicios digitales puede afectar a derechos fundamentales tales como la libertad, la libertad de expresión⁵¹, el derecho de información, el derecho a la intimidad y a la privacidad, o la dignidad⁵². Obviamente, algo tan trascendente, no puede quedar sujeto exclusivamente a la consideración de las empresas tecnológicas, razón por la cual el Reglamento de Servicios Digitales ha establecido un conjunto de normas que reconocen derechos a los

⁵² Así, por ejemplo, en el apartado Términos y condiciones de Google se hacen referencia a las medidas que se pueden tomar por el gigante tecnológico, entre las que destacan la retirada de contenido, o la suspensión o cancelación del acceso a los servicios de Google.



consumidores digitales e imponen obligaciones a los prestadores.

Ello implica que las garantías de los consumidores deben ampliarse con el establecimiento de limitaciones y controles sobre la actividad de los prestadores de servicios digitales que puedan poner en peligro estos derechos fundamentales.

Así pues, los servicios digitales tienen tal potencial que pueden afectar a los destinatarios de servicios digitales más allá de su esfera patrimonial, incidiendo en derechos que van más allá de su condición como consumidores y que tiene que ver con derechos pertenecientes a su esfera pública como ciudadanos. Desde este punto de vista, puede decirse que el derecho a la protección de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores ha de ampliarse, abarcando también aquellos otros derechos e intereses legítimos que se deriven de su condición como ciudadanos.

Y es que los servicios digitales imponen un precio muy alto por la prosperidad económica y su pago se realiza a través de la reformulación de los derechos fundamentales, que cada vez se quedan más desleídos y vacíos de contenido. Cuando usamos los servicios digitales estamos realizando una interacción con las empresas tecnológicas que nos otorgan el rol de usuarios de servicios digitales y a veces de consumidores. Pero al mismo tiempo, en esa interacción jurídica nuestros derechos fundamentales se pueden ver afectados. Por eso, desde esta posición de usuarios-consumidores de servicios digitales también se puede ver afectada nuestra



esfera jurídica como ciudadanos y nuestros derechos fundamentales. ¿Cuál es el precio que hay que pagar en forma de derechos fundamentales para avanzar en la prosperidad económica en la era digital? ¿La era digital implica la reducción del contenido de los derechos fundamentales?

4.1. El derecho a la información y la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores digitales. El derecho a la información es la piedra angular en la normativa de consumo, al que se supedita el ejercicio de muchos de los derechos de los consumidores. Como regla general, esa información se refiere tanto a los bienes, servicios y suministros que se contratan, como a las condiciones con arreglo a las cuales dichos bienes o servicios se adquieren. Ello significa que el derecho de información es un requisito que debe regir tanto con carácter precontractual, como post contractual, y que dicha información ha de reunir una serie de requisitos, ya que ha de ser correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente.

Esta máxima también es de aplicación en el caso de los servicios digitales y así lo establece el Reglamento europeo de Servicios Digitales, haciendo hincapié en que la información esté disponible para el usuario incluso antes del inicio de la prestación. En este sentido, todos los prestadores de servicios intermediarios deben incluir entre sus condiciones generales información sobre las posibles restricciones que puedan establecer en relación con la información proporcionada por los usuarios. Dicha información debe hacer referencia a las políticas,



procedimientos y herramientas utilizadas para moderar contenidos, así como al sistema de reclamaciones que amparan al usuario del servicio cuando entienda vulnerados sus derechos fundamentales. El Reglamento se refiere a la utilización de algoritmos y decisiones basadas en la inteligencia artificial, así como al sistema de reclamaciones articulado contra esas decisiones y la necesidad de supervisión humana y está directamente relacionado con las previsiones del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos. Esta regulación implica la toma de decisiones informadas antes de aceptar la prestación de servicios digitales, de ahí que dicha información debe aparecer en los términos y condiciones del servicio y en todo caso, antes de aceptar o consentir su prestación, tal y como establece el artículo 14 del Reglamento del Reglamento de Servicios Digitales.

Al regular el derecho de información de los usuarios el Reglamento se centra en las posibles implicaciones negativas que las restricciones impuestas por los prestadores de servicios, o la actividad de moderación desarrollada por ellos puedan tener en el ejercicio de derechos fundamentales, particularmente los que se refieren a la libertad de expresión, la libertad, el pluralismo de los medios de comunicación, y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta de Derechos Fundamentales⁵³. Así pues, la

⁵³ SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento



información que los prestadores de servicios digitales deben proporcionar a los usuarios se circunscribe sobre todo a aquellas restricciones, o limitaciones que pueda afectar a la libertad de expresión, o la libertad de información de los usuarios del servicio. Tales derechos funcionan igualmente como limitaciones que determinarán los parámetros de diligencia debida a la que deben ajustarse los prestadores de servicios digitales.

El Reglamento de Servicios Digitales señala también que las cláusulas de los contratos deben ser concretas, claras y sencillas en la redacción. En el caso de las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, éstos deben facilitar a los consumidores (aunque no únicamente a ellos, sino en general a cualquier destinatario de sus servicios) un resumen de fácil acceso y en un lenguaje claro e inequívoco de las condiciones generales del servicio que prestan, incluidas las medidas correctivas que puedan establecer y los recursos disponibles, e igualmente, publicaran sus condiciones generales en todas las lenguas oficiales de todos los estados miembros en los que presten su servicios.

En el caso de las plataformas en línea, el artículo 27 del Reglamento establece también la obligación de que en las condiciones generales de la contratación se informe también de los parámetros utilizados para los sistemas de recomendación, así como de las opciones a disposición de los destinatarios del servicio para

Único de Servicios Digitales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.



modificar o influir en dichos parámetros, insistiendo igualmente en la necesidad de utilizar un lenguaje claro y comprensible.

4.2. La lucha contra el contenido ilícito y la defensa de los derechos fundamentales.

4.2.1 La responsabilidad de los prestadores de servicios ante los contenidos ilícitos.

Según el artículo 6 del Reglamento de Servicios, los prestadores de servicios digitales no serán responsables de la información almacenada que haya sido proporcionada por los destinatarios del servicio⁵⁴. Esta regla general implica el cumplimiento de una serie de requisitos: que el prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y que en cuanto tenga conocimiento retire el contenido ilícito o bloquee el acceso a este. No existe por tanto la obligación general de monitorización o búsqueda activa de hechos, según establece el artículo 8 del Reglamento. Y esta regla no se desvirtúa ni siquiera en el supuesto de que el prestador del servicio haya llevado a cabo actividades de investigación. Se trata de la cláusula del buen samaritano del artículo 9 del Reglamento de Servicios.

Reglas específicas se aplican para la contratación online con terceros a través de estas plataformas. En este caso, se presume también la ausencia de responsabilidad del

⁵⁴ Esta máxima ya se establecía en se establece en la Ley de Comercio Electrónico (artículo 13 y siguientes).



prestador del servicio digital salvo que éste induzca a error al consumidor, haciéndole creer que el bien o servicio objeto de la transacción se proporciona por la propia plataforma, tal y como detallaremos más adelante.

4.2.2 Los usuarios como detectores de contenidos ilícitos: el mecanismo de notificación-acción.

El contenido ilícito tiene una gran potencialidad para vulnerar derechos fundamentales, de modo que el control de dicho contenido se realiza de tres modos: por las propias autoridades, por el propio prestador del servicio por su propia iniciativa, y, en tercer lugar, por los usuarios del servicio, sistema que se aplica fundamentalmente a los servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea. En este sentido, cabe decir que se reserva una mayor capacitación a los usuarios, al habilitar, tal y como establece el artículo 16 del Reglamento de Servicios digitales un mecanismo de notificación de contenido ilícito. Este mecanismo permite a cualquier persona notificar/denunciar que existen, a su parecer, contenidos ilícitos. Dicho mecanismo se basa en la idea de acción-reacción, o lo que es lo mismo, notificación y acción de prestador del servicio, que normalmente consistirá en la retirada del contenido notificado. Dichos mecanismos serán de fácil manejo y permitirán el envío de notificaciones por vía electrónica.

El envío de dichas notificaciones es de gran importancia, ya que implica la presunción de que el prestador del servicio y conoce la existencia de un contenido que el usuario considera ilícito. A este respecto, el usuario al



enviar la motivación debe declarar que está convencido de que proporciona dicha información de buena fe. Se le debe dar un acuse de recibo, así como información sobre los posibles recursos que puede presentar contra la decisión final que adopte el prestador del servicio (artículo 16.5 del Reglamento de Servicios Digitales). Esta previsión se complementa con lo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Servicios. Igualmente, el artículo 23.2 establece un mecanismo de defensa que se aplicará en el caso de que un usuario envíe con frecuencia notificaciones o reclamaciones infundadas, lo que implicará la suspensión del tratamiento de dichas notificaciones o reclamaciones.

El mecanismo de notificación-acción deja en manos de los usuarios y en última instancia, de los prestadores de servicios públicos la apreciación de cuándo un contenido es ilícito, haciendo recaer en el prestador la decisión sobre tal cuestión, con la amenaza de que si no retira pronto ese contenido su exención de responsabilidad por el contenido que alberga la plataforma puede quedar inoperativo⁵⁵.

La intervención de control y fiscalización de los poderes públicos queda reducida a la mínima expresión, ya que los prestadores de servicios digitales quedan sometidos fundamentalmente a códigos de buenas prácticas, que son instrumentos de autorregulación con una dimensión

⁵⁵ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.



eminentemente preventiva, frente al carácter represivo o disuasorio de los marcos jurídicos. La operatividad del sistema descansa en los usuarios del servicio y en las decisiones de los prestadores de eliminar contenidos rápidamente, una vez se hayan denunciado, bajo amenaza de ser responsables de los contenidos vertidos en las plataformas.

4.3. Restricciones en el uso de los servicios digitales que pueden afectar a los derechos fundamentales: garantías de la actividad de moderación de contenido.

Además de informar en las condiciones generales de la contratación sobre los criterios utilizados para la moderación de contenidos y las posibles restricciones a los contenidos suministrados por los usuarios de servicios, el Reglamento potencia la protección de los derechos fundamentales estableciendo una serie de garantías para los usuarios frente a la actividad de moderación llevada a cabo por el prestador del servicio.

Así, según el artículo 14 del Reglamento de Servicios, la actividad de moderación se producirá cuando el prestador de servicios detecte contenidos ilícitos, o contrarios a las condiciones generales de la contratación. En la retirada de contenidos debe de alcanzarse un equilibrio entre los contenidos perniciosos para los derechos fundamentales y el respecto a los derechos a la libertad de expresión, libertad de información, o pluralismo político. Por esta razón, el artículo 14 señala que en el ejercicio de esta función quasi-pública que se atribuye a los prestadores de servicios, estos actuarán de manera diligente, objetiva y proporcionada, con la



finalidad de conseguir un punto de equilibrio entre los distintos derechos fundamentales que puedan resultar afectados. Nos encontramos así ante conceptos jurídicos indeterminados que habrán de concretarse por los prestadores de servicios digitales con base en códigos de buenas prácticas y autorregulación.

Por su parte, el artículo 15 del citado Reglamento obliga a todos los prestadores de servicios intermediarios a publicar anualmente informes fáciles de leer y comprensibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante dicho periodo. No obstante, dicha información no se aplicará cuando el prestador de servicio intermediario sea una microempresa, o pequeñas empresas en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE que no sean plataformas en línea de muy gran tamaño.

Adicionalmente, el artículo 17 del Reglamento establece la necesidad de que estos prestadores dirijan una comunicación motivada de las razones por las que se ha establecido una restricción de sus servicios a los destinatarios de los mismos, lo que incluye lógicamente a los consumidores de servicios digitales. Dicha comunicación motivada será clara, precisa y específica, así como fácil de comprender a los efectos de que los afectados por dichas restricciones puedan, en su caso, ejercer su derecho a reclamar en los términos que especifica el presente Reglamento.

Hay que señalar que la rápida retirada de contenidos notificados, particularmente cuando ello afecta a derechos fundamentales es uno de los sistemas de



reducción de riesgos previsto por el artículo 35 del Reglamento de Servicios Digitales en el caso de las plataformas y los motores de búsqueda de gran tamaño. Ello coloca a tales prestadores de servicios en la tesitura de tener que decidir en el menor periodo de tiempo posible sobre la ilicitud de un contenido notificado o denunciado, y les condena casi exclusivamente a una única solución que es la de la retirada de contenido, ya que en caso contrario pueden incurrir en la responsabilidad a la que se refiere el artículo 6 del Reglamento. De la rápida retirada depende la exención de responsabilidad del prestador del servicio, ya que el artículo 6 del Reglamento exige que el prestador actúe en cuanto tenga conocimiento, actuando con prontitud. El Reglamento busca establecer un equilibrio entre la posible vulneración de derechos fundamentales y la libertad de expresión, aunque el sistema articulado para ello hace que el pretendido equilibrio quiebre siempre del lado de la libertad de expresión. El sistema de responsabilidad de los prestadores del servicio hace previsible pensar que, ante la duda, estos se decantarán por la eliminación de contenidos de sus plataformas a la mayor brevedad, ya que en caso contrario la responsabilidad por esos contenidos y por los daños causados les será directamente atribuible.

4.3.1. La motivación de las decisiones restrictivas.

Los prestadores de servicios incluidos en la categoría de servicios de alojamiento de datos, lo que incluye también a las plataformas digitales, deben motivar cualquier restricción que impongan al usuario basada en el



contenido ilegal o incompatible con las condiciones generales. Así se establece en el artículo 17 del Reglamento de Servicios digitales, que define el ámbito de tales restricciones, señalando que podrán referirse a la eliminación de contenidos, la suspensión o cesación total o parcial de la prestación del servicio, o la suspensión o supresión de la cuenta del destinatario del servicio.

El Reglamento especifica cómo debe estar motivada esta decisión, es decir el contenido de la misma en el artículo 17 b), lo que incluye información sobre la restricción impuesta al afectado y al ámbito concreto al que afecta, los medios automatizados utilizados para adoptar dicha decisión, el fundamento jurídico de la misma, ya sea una norma, en el caso de contenidos ilícitos, o las cláusulas de las condiciones generales que se han vulnerado, así como información sobre los recursos a disposición del usuario afectado por dicha restricción. Se impone además el requisito de que la información facilitada sea clara y fácil de comprender, precisa y tan específica y detallada como sea posible, habilitando además un sistema de recursos contra estas decisiones que analizaremos más adelante.

4.3.2. La publicidad de la actividad de moderación.

Con carácter general, el artículo 16 del Reglamento de Servicios Digitales establece la obligación de emitir



informes de transparencia informativa que afecta a todos los prestadores de servicios intermediarios. De acuerdo con el citado artículo, dichos prestadores publicarán al menos una vez al año informes sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante ese periodo. Tal y como viene siendo habitual en el citado Reglamento, se exige que dichos informes sean claros y fácilmente comprensibles. La publicación de dicha actividad de moderación exige hacer referencia a los medios con arreglo a los cuales se han detectado los contenidos objeto de moderación, ya sea porque provienen de órdenes recibidas de las autoridades de los estados miembros, de notificaciones enviadas por otros usuarios, o alertadores fiables, o si han sido detectadas por iniciativa propia del propio prestador. En este último caso, se deberá especificar si en la detección de estos contenidos se han utilizado sistemas de detección automáticos. Igualmente, se debe hacer referencia a si dicha actividad de moderación se sustenta en la infracción de normas jurídicas, al tratarse de contenidos ilegales, o en la contravención de las condiciones generales de la contratación. En el primer caso, los contenidos presuntamente ilícitos deberán especificarse y clasificarse. Asimismo, debe informarse sobre el número de declaración internas recibidas frente a las actividades de moderación, a efectos de su valoración posterior cuando se realicen auditorías independientes.

En el caso las plataformas en línea, todavía se establecen obligaciones de transparencia informativa más estrictas, puesto que el artículo 24 del Reglamento de Servicios señala que se deberá informar también sobre los litigios sometidos a los órganos de resolución extrajudicial de litigios, el resultado de los mismos y el tiempo medio de



resolución, así como el porcentaje de litigios en que el prestador de la plataforma ha aplicado las decisiones de dichos órganos ya que no son vinculantes.

4.4. Las garantías de la publicidad en el entorno digital.

La legislación en materia de consumo prevé que la publicidad es vinculante y se prohíbe la publicidad engañosa, siendo esta una garantía que los consumidores ostentan con carácter general, y, por tanto, también los usuarios de servicios digitales. Así, la Ley de comercio electrónico ya establecía restricciones respecto de las comunicaciones comerciales por esta vía (art. 19 de la Ley). Conforme a dicha norma, las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Igualmente, quedan prohibidas las comunicaciones electrónicas en las que se disimule u oculte la identidad del remitente y en todo caso, el envío de comunicaciones comerciales debe ser expresamente solicitado o autorizado por el destinatario, sin que se pueden enviar correos electrónicos comerciales en los que no conste la dirección de correo del remitente. El destinatario puede, desde luego, y en cualquier momento, revocar su consentimiento, siendo obligación del prestador facilitar los medios para el ejercicio de este derecho. La Ley de Comercio electrónico también aclara en su artículo 22 que en el caso de que exista



previamente un contrato, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Pero además de ello, las características de los medios digitales hacen que tengan que tenerse en cuenta también otras cautelas adaptadas a las peculiaridades de los servicios digitales, si se quiere proteger íntegramente la esfera jurídica de los usuarios de dichos servicios. Y es que, en el entorno digital la publicidad no solo tiene como finalidad inducir a la compra de un bien, o a la contratación de un servicio, sino que es la remuneración que el prestador recibe por facilitar al consumidor sus servicios. La onerosidad del contrato consiste precisamente en la cesión de datos a efectos de publicidad, y esta será la remuneración que reciba el prestador del servicio, con un plus respecto a la publicidad habitual y es que la cesión individual de datos dará lugar a una publicidad personalizada, susceptible de tener un mayor influjo en los sujetos a los que va dirigida.

Por otra parte, estamos hablando de una publicidad basada en perfiles y sustentada y transmitida a través de plataformas digitales cuyos potenciales efectos negativos quedan exacerbados por su carácter personalizado. A ello hay que añadir el empleo de la inteligencia artificial que nos dirige publicidad basada en la elaboración de perfiles, incluyéndonos en categorías generales que nos cosifican y puede terminar afectando de manera determinante a nuestra dignidad como personas, condicionando posiblemente nuestro



comportamiento y probablemente también nuestras futuras decisiones.

Pero es que, además, una publicidad basada en perfiles puede ser especialmente dañina en el caso en que dichos perfiles o categorías de consumidores se sustenten en datos obtenidos a partir de circunstancias tan personales como la orientación sexual, la religión, o las ideas políticas⁵⁶. Ello demuestra como la condición de usuario de servicios digitales puede afectar derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, el derecho de no discriminación, el derecho a la privacidad, e incluso nuestra libertad, en la medida en que nuestra capacidad de decisión puede verse afectada por la manipulación que puede generar una publicidad basada en perfiles elaborados a partir de nuestros datos personales. La inteligencia artificial sustentada y transmitida a través de plataformas digitales añade nuevos efectos indeseables y pone de manifiesto una nueva dimensión de

⁵⁶ Esta limitación está en línea con el Reglamento General de Protección de Datos (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), que en su artículo 9 prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.



manipulación ideológica, lo que responde a una tendencia general según la cual el uso de la tecnología hace a la sociedad más vulnerable a nuevas formas de manipulación y control. Y dado que como resultado de ello se pueden ver afectados derechos fundamentales, este nuevo estado de cosas hace necesaria la existencia de nuevas normas de protección de los usuarios centradas no tanto en sus intereses económicos y patrimoniales, como en la defensa de sus derechos fundamentales.

El Reglamento de Servicios ha venido a colmar esta laguna, y así en el artículo 26 establece una serie de garantías para el destinatario de dicha publicidad. Estas obligaciones son de aplicación exclusivamente a las plataformas digitales, que por definición son los entornos digitales donde cabe una mayor interacción entre el prestador del servicio y el usuario del mismo. De este modo, todas las plataformas digitales deben, permitir distinguir a sus destinatarios que un determinado contenido es un anuncio publicitario, quién lo sufraga y los parámetros o razones en base a los cuales se ha dirigido a un determinado usuario, dándole la oportunidad de cambiar esos parámetros. En consecuencia, el usuario debe saber en todo momento que lo que está viendo es un anuncio y quién publica el anuncio; qué parámetros se han utilizado para determinar el destinatario y cómo se pueden cambiar esos parámetros. Al informar sobre los criterios utilizados para la elaboración de perfiles, se trata de proporcionar información al usuario para que sepa por qué se le envía la publicidad. Todo ello tiene como finalidad que el consumidor de estos servicios digitales no sea tan fácilmente manipulable, no solo en las decisiones



comerciales que toma con base en la publicidad que recibe, sino también sobre otros mensajes ideológicos asociados con la publicad.

En cuanto a la elaboración de perfiles, queda prohibida la publicidad basada en el tratamiento de datos sensibles como la orientación sexual, la religión o las ideas políticas. El Reglamento de Servicios Digitales prohíbe la elaboración de perfiles con fines publicitarios basados en estas características.

En el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, el artículo 39 del Reglamento establece también obligaciones adicionales sobre la publicidad en línea que tienen que ver con una mayor transparencia y que les obliga a elaborar y hacer público un repositorio en el que debe aparecer una relación de los anuncios publicitarios, el anunciante, así como los parámetros utilizados para elaborar perfiles de destinatarios de tales anuncios, entre otros requisitos. Con ello se trata de fiscalizar mejor la publicidad que dirigen las grandes compañías, al dotarla de transparencia y mecanismos de fiscalización.

En todo caso, hay que señalar también que la publicidad y el sistema de recomendaciones se nutre en gran medida de los datos recopilados por los usuarios en sus interacciones digitales. La normativa sobre protección de datos ha de ser desde luego un complemento del Reglamento de Servicios Digitales. Y en este sentido, las restricciones que recientemente se han impuesto relativas a la protección de datos y el sistema de cookies pueden otorgarnos una mayor privacidad online.



4.5. Las garantías en el sistema de recomendaciones.

Por otra parte, la utilización de datos personales y la creación de perfiles no solo puede tener potenciales efectos negativos cuando se utiliza para generar publicidad sustentada y transmitida a través de plataformas digitales, sino que conlleva además otro riesgo adicional que tiene que ver con el sistema de recomendaciones personalizadas, basadas igualmente en la elaboración de categorías sobre la base de datos personales y la aplicación de algoritmos. Y es que la publicidad se percibe como una estrategia comercial que busca despertar nuestro interés, pero el sistema de recomendaciones puede percibirse como un sistema más objetivo, autorizado y confiable de disuasión para tomar decisiones informadas, de ahí que su regulación haya de ajustarse a parámetros todavía más exigentes. Por otra parte, el sistema de recomendaciones basada en parámetros y en el uso de la inteligencia artificial nos encasilla en un determinado perfil e incluso puede dificultar el acceso a otros contenidos que no se adapten al perfil de un determinado usuario, lo que lógicamente puede tener influencia sobre nuestras futuras decisiones y afectar a aspectos determinantes como nuestro futuro personal o profesional.

Por esta misma razón, el sistema de recomendaciones debe de beneficiarse de las mismas garantías que se aplican a la publicidad, pero, además, debe extremarse la transparencia sobre los contenidos utilizados para recomendar contenidos o productos a los usuarios,



aspecto sobre el que se les debe informar antes incluso de que se inicie la relación jurídica entre el prestador del servicio y el destinatario del servicio digital. Así, el artículo 27 del Reglamento señala que las plataformas digitales deben de informar a sus usuarios a través de las condiciones generales de la contratación y usando un lenguaje claro y comprensible, de los parámetros utilizados en los sistemas de recomendación, y ofrecer igualmente al destinatario de los servicios, cuando esto sea posible, la opción de seleccionar y modificar la opción elegida para el sistema de recomendación. De conformidad con el artículo 38 del Reglamento, en el caso de las plataformas digitales y motores de búsqueda de gran tamaño, será obligatorio que ofrezcan una opción para cada uno de los sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles, lo que está en relación con el artículo 9 del Reglamento General de Protección de datos, que señala en su artículo 22 que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

4.6. Las garantías adicionales de protección de derechos fundamentales en el uso de las grandes plataformas y motores de búsqueda.

Las grandes plataformas digitales tienen un gran potencial para vulnerar los derechos fundamentales y



generar daños de carácter general en relación con los procesos electorales y la estabilidad de las democracias. Por esta razón, se les impone a éstas y a los motores de búsqueda de gran tamaño la obligación de prevenir esos riesgos y de anticiparse a los mismos. Para ello se establece la obligación de realizar evaluaciones de riesgos y de tomar medidas de reducción de esos riesgos, obligaciones que se detallan en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Servicios Digitales.

Estos mecanismos van dirigido a detectar y prevenir efectos negativos reales o previsibles sobre derechos fundamentales, la estabilidad de los sistemas democráticos, especialmente por lo que se refiere a los efectos en los procesos electorales, así como su incidencia sobre situaciones concretas como la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas sobre la salud física y mental de las personas. Por lo que se refiere a los efectos negativos sobre derechos fundamentales, el texto legislativo cita la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, la no discriminación y los derechos del niño. A través de este mecanismo preventivo, las plataformas tendrán que analizar su papel en la amplificación de contenidos ilícitos y la desinformación, así como las repercusiones en la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación. También habrán de atenderse aspectos relacionados con la violencia de género y la protección de los menores y su salud mental.



Las evaluaciones de riesgo deberán prestar especial atención a la manipulación intencionada por medio del uso no auténtico, o la explotación automatizada del servicio, así como la amplificación y la difusión rápida de contenido ilícito y de información incompatible con sus condiciones generales, intentando evitar la propagación de desinformación.

En cuanto a los mecanismos para la reducción de riesgos las plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño deben adoptar medidas que eviten la generación de tales riesgos, y ello incluye adaptar el diseño de sus interfaces, la adaptación de sus condiciones generales y de ejecución, o la rápida retirada de contenidos notificados, especialmente en el caso de que se trate de contenidos de incitación al odio o la ciberdelincuencia. En este último caso, es necesario referirse a la necesidad de retirar tan rápidamente como sea posible el contenido identificado como ilícito y notificado al prestador del servicio. La rápida retirada será sin duda la consigna de actuación del prestador, ya que, en caso contrario, puede incurrir en responsabilidad, según establece el artículo 6 del Reglamento, lo que, como hemos visto puede tener efectos contraproducentes al atentar contra el derecho a la libertad de expresión⁵⁷.

⁵⁷ MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., Derecho digital y nuevas tecnologías, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.



Los litigios se resolverán por los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos. En efecto, según el artículo 21 del Reglamento de Servicios Digitales, la resolución extrajudicial permite que los entes certificados para la resolución extrajudicial de litigios se puedan pronunciar sobre la infracción de derechos fundamentales y no meramente sobre intereses económicos y patrimoniales de los consumidores como había ocurrido hasta ahora, lo que desde luego plantea cuantas menos dudas sobre su pertinencia.

Otras medidas para la reducción de riesgos pasan por la adaptación de los sistemas algorítmicos utilizados en los sistemas de recomendación, la adaptación de los servicios publicitarios, o la necesidad de garantizar que aquellos contenidos generados por medio de la inteligencia artificial que asemejen personas, objeto o lugares y que puedan inducir a error sobre su autenticidad puedan ser fácilmente identificados por las personas.

Todas las medidas anteriores se complementan con un sistema de fiscalización sobre su actividad que puede proceder de los poderes públicos, pero que se residencia sobre todo en las auditorías anuales a las que las grandes plataformas deberán someterse. Igualmente, la elaboración de informes que deben someter a las autoridades, así como la apertura de sus datos a los investigadores, que podrán supervisar su sistema de algoritmos, lo que pone de manifiesto el intento de controlar a los grandes prestadores de servicios, sometiénolos a los principios de publicidad y transparencia. Todo ello en garantía de una cierta



supervisión de sus actividades, que se proyecta también en el plano interno, ya que deberán designar un responsable que analice el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

5. Los servicios digitales como servicios intermediarios de la sociedad de la información: las plataformas digitales como instrumentos de contratación electrónica a distancia.

Si en los apartados anteriores hemos considerado los servicios digitales como objeto específico de un tipo de negocio jurídico regulado por la legislación de consumo y también por el reciente Reglamento de Servicios digitales, en este apartado, nos vamos a referir a los servicios digitales como instrumento de contratación de otros bienes y servicios, y particularmente a las plataformas digitales que permiten la celebración de contratos con terceros.

5.1. Los consumidores online y las garantías formales de la contratación electrónica.

La contratación online, o utilizando una plataforma digital es un supuesto de contratación a distancia⁵⁸ que

⁵⁸ El concepto de contrato a distancia se regula en la Directiva de protección de los consumidores, que establece que la definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos



implica la adquisición de bienes, productos, servicios o contenidos digitales. La celebración de estos contratos se regula en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en la Ley de defensa de consumidores y

en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. Por otra parte, un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia, pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante, pero utilizado por este, como una plataforma en línea. No obstante, no debe cubrir los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.



usuarios y recientemente, también en el Reglamento de Servicios Digitales, que en este aspecto se centra más en la protección y defensa de los intereses económicos y patrimoniales de los consumidores que en la defensa de sus derechos fundamentales, como hemos visto que ocurría al regular los servicios digitales como objeto del contrato de suministros

Según el artículo 23 de la Ley de Comercio Electrónico, estos contratos serán válidos cuando concurra el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Para su válida celebración no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos y si una Ley exige que el contrato se celebre por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico que además será admisible en juicio como prueba documental.

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual. Igualmente, las disputas legales se dirimen ante los órganos y tribunales del país de residencia del consumidor. Los consumidores residentes en uno de los países del Espacio Económico Europeo y Suiza se rigen por lo establecido en la legislación europea y por la legislación del país de residencia del consumidor.

El artículo 27 de la Ley de Comercio electrónico establece, además de los requisitos generales de información a los consumidores, otras obligaciones adicionales que se aplican en el caso de los contratos



online. Así, el prestador del servicio debe informar si va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. Igualmente, antes de celebrar el contrato, el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales de la contratación, obligación que se entiende cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet. Por su parte, la Directiva de protección de los consumidores, y en consecuencia en Ley de Protección de los consumidores que la traspone establecen que, en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, se debe asegurar que el consumidor está en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato debidamente antes de efectuar el pedido. A tal efecto, esos elementos deben aparecer junto al lugar donde se solicita la confirmación requerida para efectuar el pedido. También es importante asegurar que, en dichas situaciones, el consumidor está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante.

El prestador del servicio debe confirmar al consumidor la recepción de la aceptación por medio de acuse de recibo por correo electrónico, o medio equivalente en el plazo de 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, tal y como establece el artículo 28 de la Ley de comercio electrónico.

La celebración de contratos a distancia a través de plataformas digitales otorga al consumidor el derecho a



desistir del contrato en el plazo de 14 días sin necesidad de justificación. Dicho plazo expira a los 14 días naturales desde la celebración del contrato, salvo que el empresario haya eludido su obligación de informar al consumidor sobre tal derecho. Este derecho de desistimiento aplica sin necesidad de indicar motivo y sin incurrir en penalización, desde el día de la celebración del contrato en el caso de contratos de servicios (también de contenidos y servicios digitales), o desde el día de la entrega de los bienes (también bienes con elementos digitales).

La empresa debe facilitar información sobre las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer este derecho, así como el formulario de desistimiento. Si no se facilita esta información, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de 12 meses desde la fecha de expiración del plazo de desistimiento.

Para ejercer el derecho de desistimiento se ha de notificar la decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca que ha de ser enviada antes de que venza el plazo de dicho desistimiento. Ejercido el derecho de desistimiento, se retornan las cantidades recibidas del consumidor en el plazo de 14 días. Se excepcionan de la devolución aquellos gastos adicionales resultantes de la elección por parte del consumidor de una modalidad de entrega diferente a la modalidad



menos costosa de entrega ordinaria elegida por el comerciante⁵⁹.

Los productos o servicios contratado a través de la plataforma digital están cubiertos por el régimen de garantías de bienes de consumo, siendo de 3 años para la adquisición de bienes nuevos y de 2 años para contenidos y servicios digitales. Si se trata de un contrato de suministro en un acto único (ejemplo, descarga de un libro), o en actos individuales (descarga de un libro electrónico cada semana) el plazo de garantía será de 2 años desde el suministro. Si se trata de un contrato de suministro continuo (ejemplo, almacenamiento en la nube, o un programa antivirus) la garantía se extenderá a todo el periodo durante el que dure el suministro. Y si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales con un suministro continuo inferior a 3 años, la garantía será igualmente de 3 años desde la entrega del bien⁶⁰. El

⁵⁹ Existen ciertas excepciones al derecho de desistimiento, que aplicadas específicamente a los contenidos digitales excepciona los suministros de grabaciones sonoras, o de vídeos, precintadas que hayan sido desprecintados por las personas consumidoras y en el caso de suministro de contenido digital que no se preste en soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo conocimiento expreso de la persona consumidora.

⁶⁰ También se amplían los plazos de presunción de falta de conformidad en beneficio de los consumidores y usuarios. Así, salvo prueba en contrario por parte del empresario, los plazos son los siguientes:

- Si se trata de un contrato de suministro en un acto único, o en actos individuales: 1 año desde el suministro.



plazo para el ejercicio de acciones relativas a la falta de conformidad es de 5 años desde que se produce la manifestación de esta falta de disconformidad.

5.2. Obligaciones de las plataformas digitales que permiten la contratación con terceros.

5.2.1. El derecho a la información y la seguridad: el derecho a conocer al vendedor y la trazabilidad de los productos.

Como regla general, el artículo 6.1 del Reglamento de Servicios Digitales exime de responsabilidad al prestador de servicios digitales respecto de la información almacenada a petición de dicho destinatario, siempre y cuando, dicho prestador no tenga conocimiento de la actividad o contenido ilícito y actúe con prontitud para retirar dicha información en cuanto tenga conocimiento de ello. No obstante, esta exención de responsabilidad se desvirtúa, en el caso de plataformas intermedias que permitan a los consumidores celebrar contratos a

-
- Si se trata de contrato de suministro continuo, todo el plazo que dure el suministro.
 - Si se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, 3 años desde la entrega del bien.
 - Si se prevé el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un tiempo superior a tres años, todo el tiempo que se haya pactado el suministro.



distancia con terceros, cuando la información que se presenta en dicha plataforma pueda inducir a error al consumidor haciéndole creer que la información, o el producto o servicio que va a ser objeto de transacción se proporciona por la propia plataforma, o por medio de un destinatario del servicio que actúa bajo su autoridad o control⁶¹. Así, por ejemplo, si una plataforma como Amazon contiene información sobre productos o servicios haciendo creer a los potenciales consumidores online que ese producto, o servicio es proporcionado por Amazon y no por un tercero independiente. Es evidente que, en este caso, la confianza legítima del consumidor se ha visto quebrantada por una información sobre el objeto de la transacción que en realidad está induciendo a error.

Así, el Reglamento de Servicios digitales establece que los prestadores de servicios intermediarios, es decir plataformas en línea que permitan celebrar contratos a distancia, deben ofrecer información sobre el producto que venden y la trazabilidad del comerciante. Así lo recoge el artículo 29 del Reglamento, que, sin embargo, no se aplicará a plataformas en línea que permitan celebrar contratos con microempresas o empresas pequeñas. De esta manera, el criterio para determinar si se aplican esta obligación de información sobre la

⁶¹ CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales”, en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.



trazabilidad de los comerciantes y los productos vendidos tiene en cuenta el tamaño de la empresa con la que se va a celebrar el contrato, y no el tamaño de la plataforma que ofrece el servicio de interminación, que estará sujeta a estas obligaciones, ya sea plataforma de gran tamaño, o microempresa, siempre que sus servicios de mediación permitan la contratación final de un producto, servicio o contenido digital con un comerciante que haya sido designado como plataforma de gran tamaño. Lo que se tiene en cuenta por tanto es el tamaño de la empresa con la que el consumidor online celebra el contrato para adquirir el bien, o servicio del que se trate, es decir, el tamaño de la empresa o negocio que tiene la condición de comerciante según el Reglamento de Servicios Digitales.

Por lo que se refiere a la trazabilidad del comerciante, el artículo 30 señala que será obligación de las plataformas que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, asegurarse que dichos comerciantes solo pueden utilizar las plataformas si previamente han proporcionado datos referentes a su identificación legal y registral⁶². No obstante, la obligación de la plataforma intermediaria no se ceñirá únicamente a esto, sino que deberá evaluar si la

⁶² Así, el nombre, dirección, teléfono, correo electrónico; copia del documento de identificación del comerciante, o cualquier otra identificación electrónica, datos de la cuenta de pago del comerciante; registro mercantil en el que esté inscrito y certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del derecho de la Unión.



información suministrada por el comerciante es, o no fiable y completa, teniendo facultades para dirigirse al mismo y solicitarle que subsane esa información, cuando el prestador del servicio considere que esa información es inexacta o incompleta. Igualmente, y caso de que el comerciante no atienda dicho requerimiento, la plataforma podrá suspender la prestación de su servicio a dicho comerciante hasta que haya atendido la solicitud. En todo caso, se reconoce al comerciante el derecho de presentar una reclamación dirigida a la plataforma, como veremos posteriormente.

La plataforma pondrá a disposición de los usuarios de dicha plataforma (consumidores online) la información suministrada por el comerciante en la interfaz de la plataforma en la que se presente la información del producto o servicio. Y en este sentido, el artículo 31 del Reglamento establece también una obligación para las plataformas digitales que se refiere al diseño de las mismas, que debe ser tal que permita que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones en relación con la información precontractual, la conformidad y la información de seguridad del producto. Ello implica facilitar al comerciante la posibilidad de informar desde el diseño de la plataforma sobre la identificación de los productos o servicios promocionados u ofrecidos a los consumidores, así como información relativa al etiquetado de los productos a los efectos de facilitar información al potencial consumidor online sobre la seguridad y conformidad de los mismos.

Si pese a todas estas garantías y cautelas, el prestador de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia tuviera



conocimiento de que se ha producido la venta o prestación de un servicio ilícito, notificará esta circunstancia a los consumidores online, si tuviera sus datos de contacto, o en caso contrario pondrá esta información a disposición del público en la plataforma electrónica, transmitiendo información sobre el producto o servicio ilícito, la identidad del comerciante y las vías de recurso a su alcance.

Todas estas previsiones se complementan con lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del Reglamento, que contiene obligaciones específicas para las plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, que deben llevar a cabo anualmente evaluaciones de riesgos y someterse a auditorías independientes.

5.2.2. La prohibición de los patrones oscuros.

Se entiende por patrones oscuros aquellas estrategias y prácticas utilizadas a través de la interfaz de una plataforma para inducir al consumidor a adquirir un producto, o contratar un servicio de manera precipitada y sin reflexión. La prohibición de estas prácticas se regula en el artículo 25 del Reglamento de Servicios Digitales, que contiene una obligación más general, según la cual el diseño, organización y gestión de las plataformas en línea no debe favorecer el engaño o manipulación de los destinatarios del servicio al



distorsionar u obstaculizar su capacidad de tomar decisiones libres e informadas.

6. El sistema de reclamaciones.

Como hemos visto, los servicios digitales pueden considerarse desde dos puntos de vista: como objeto principal del contrato, o como instrumento para la celebración de contratos de adquisición o suministro de bienes o servicios.

Los usuarios de servicios digitales pueden optar a un doble sistema de reclamaciones dependiendo de cuál sea el objeto de su reclamación y a quién se dirija. Así, cuando la reclamación tiene por objeto la propia prestación del servicio digital y vaya dirigida contra el prestador, será necesario acudir al sistema de reclamaciones previsto en el Reglamento de Servicios Digitales.

En cambio, cuando la reclamación tenga por objeto cuestiones relacionadas con el contrato celebrado a través de una plataforma digital, el sistema de reclamaciones será aquel previsto a través de la normativa de consumo.

6.1. La contratación de servicios digitales y el sistema de reclamaciones.

6. 1.1. Reclamaciones contra el prestador del servicio. Conforme al artículo 53 del Reglamento de Servicios digitales, los destinatarios del servicio podrán presentar una reclamación contra los prestadores de servicios



intermediarios en los que se alegue una infracción las obligaciones que les incumben. La reclamación se presentará ante el coordinador de servicios digitales del estado miembro en que el destinatario del servicio esté situado, o establecido. La legitimación se reconoce a todos los destinatarios del servicio, y también a las asociaciones autorizadas a ejercer en su nombre tales derechos, lo que incluye a las asociaciones de consumidores y usuarios. Como complemento de lo anterior, el artículo 54 del Reglamento establece el derecho de indemnización de los destinatarios del servicio, con cargo a los prestadores de servicios intermedios por cualquier daño o perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de este Reglamento por parte de los prestadores de servicios digitales.

Además de ello, en el caso de las plataformas digitales el Reglamento prevé también un sistema de reclamación específico cuando el prestador del servicio adopte decisiones restrictivas que tengan su base en el carácter ilícito de la información facilitada o por no adaptarse a las condiciones generales. Con este sistema de reclamaciones se trata de alcanzar un justo equilibrio entre la retirada de contenidos, el derecho a la información y la libertad de expresión. Este sistema de reclamación será compatible con la reclamación ante el coordinador de servicios digitales.

Este sistema de reclamaciones parte de la base de lo establecido en los artículos 16 y 17 del mismo reglamento. Conforme al artículo 16, cualquier persona física, o jurídica puede notificar a un prestador de servicios digitales de alojamiento de datos que sus



plataformas contienen información que a juicio de esa persona física o jurídica constituye un contenido ilícito. Es obligación del prestador de servicios de alojamiento de datos establecer mecanismos que permitan dicha notificación, que además deberán ser de fácil acceso y manejo y que permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica. Conforme al artículo 16.5 del Reglamento, el prestador notificará a esa persona o entidad su decisión respecto a la notificación recibida, informando así mismo de las vías de recurso que caben frente a esta decisión.

Por otra parte, el artículo 17 del Reglamento, establece también la posibilidad de que los prestadores de servicios de alojamiento de datos se dirijan a un usuario del servicio para comunicarle su decisión de adoptar una medida de carácter restrictivo basado en el contenido ilícito o la incompatibilidad con las condiciones generales. En este caso, la decisión debe ser motivada, conteniendo al menos la información que se detalla en el artículo 17.3 del Reglamento. Dicha norma no especifica si dicha decisión se adopta de motu propio por el prestador del servicio, o a consecuencia de la notificación presentada por otro usuario del servicio. Dado el silencio de la norma, entendemos que caben ambas posibilidades.

Las controversias entre prestadores y receptores de servicios, ya sean creadores de contenido, ya sean usuarios que denuncian ese contenido, deben resolverse primeramente en el ámbito interno. En todo caso, origen de la reclamación viene dada por una decisión del prestador del servicio comunicada al destinatario del mismo y de carácter restrictivo. Este carácter restrictivo tiene que ver con la retirada, bloqueo o restricción de



visibilidad de determinada información, la suspensión o cesación del servicio a los usuarios, la suspensión o supresión de la cuenta de los destinatarios⁶³.

Como hemos señalado, la decisión del prestador de servicios que origina la reclamación puede ser consecuencia de la notificación de otro usuario del servicio que denuncia un contenido ilícito o incompatible con sus condiciones generales, o bien con consecuencia de la notificación que el prestador del servicio dirige a un creador de contenido comunicando medidas restrictivas relacionadas con la información proporcionada por dicho usuario.

El Reglamento de Servicios digitales articula en su artículo 20 un sistema interno de resolución de controversias o litigios que pueden plantear con los destinatarios de los servicios digitales con base en las anteriores actuaciones del prestador de servicios digitales que les afectan.

En cualquier caso, el plazo para presentar la reclamación será como mínimo de 6 meses a partir del momento en que el destinatario del servicio sea informado de la decisión adoptada por el prestador del servicio. Sin embargo, no se establece un plazo de resolución de reclamaciones por parte de los prestadores. Simplemente se establece que la gestión de las

⁶³ Y en el caso de usuarios profesionales, las medidas de carácter restrictivo se refieren a la suspensión, cesión o restricción de la capacidad de monetizar la información proporcionada por los destinatarios.



reclamaciones se realizará en tiempo oportuno y de manera no discriminatoria, diligente y no arbitraria, con lo que nos encontramos nuevamente con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados. La resolución de la reclamación deberá ser motivada, informando también sobre la posibilidad de resolución extrajudicial de litigios. Además se establecen otros mecanismos de garantía para la resolución de las reclamaciones, entre ellos, que no se adopten exclusivamente a través de medios automatizados, es decir, utilizando la inteligencia artificial y garantizando la supervisión humana⁶⁴. El resultado de la estimación de la reclamación, será revertir la decisión reclamada sin dilación indebida, pero nuevamente el Reglamento omite plazos a los que deban someterse los prestadores de servicios.

⁶⁴ Téngase en cuenta que el artículo 22 del 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 (Reglamento general de protección de datos) establece en su apartado primero el derecho de todo interesado derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Y en el apartado segundo, se pone de manifiesto que en los casos en que el precepto anterior se excepcione, se ha de garantizar como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Y en todo caso, las decisiones automatizadas no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1.



6.1.2. Resolución extrajudicial de litigios.

Si el asunto no se resuelve a través de este sistema interno de reclamación, procede el recurso a los mecanismos alternativos de resolución de litigios. El prestador del servicio ha de dar acceso a través de su interfaz a esta opción, en cuyo caso, el litigio se resuelve por órganos de resolución extrajudicial de litigios debidamente acreditados.

De esta manera, el artículo 21 del Reglamento establece un sistema de resolución extrajudicial de litigios, cuyo acceso se configura como un derecho de los usuarios del servicio, incluidas aquellas personas que hayan enviado notificaciones previas. De esta configuración como derecho se puede inferir el carácter preceptivo del sistema. La resolución extrajudicial se encomienda a entidades que hayan sido certificadas como tales de conformidad con el apartado 3 del artículo 21, y es un sistema que se habilita sin perjuicio del derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales. La certificación concedida tiene un periodo de validez de cinco años.

Será opcional para el usuario del servicio acudir a la resolución extrajudicial del conflicto, pudiendo acudir a la vía judicial en su lugar. El sistema de resolución extrajudicial será preceptivo para el prestador del servicio si el usuario afectado por una decisión restrictiva decide acudir a él.

En todo caso, la eficacia de este sistema de resolución de litigios es muy limitada, ya que el resultado de dicha resolución no es vinculante para las partes. Además, los



prestadores de servicios de plataformas en línea podrán negarse a colaborar con el órgano de resolución extrajudicial si ya se ha resuelto un litigio relativo a la misma información y los mismos motivos de ilegalidad o incompatibilidad de los contenidos. La norma no aclara cuando estamos frente a un litigio en el que se recurre la misma información, es decir, si se trata del mismo sujeto que vuelve a introducir esa información, o de un supuesto parecido cuya coincidencia con la presente queda a la apreciación del prestador de servicios.

El Reglamento tampoco especifica el sistema de resolución extrajudicial de conflictos que articula, pero traducido a los sistemas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, es razonable pensar que se trata de un sistema de mediación, dado el carácter no vinculante de la decisión. En todo caso, este sistema de reclamación es diferente a los mecanismos de resolución de litigios que se articulan en materia de consumo, puesto que se trata de entidades acreditadas específicamente con la finalidad de mediar o resolver litigios relacionados con el carácter ilícito de la información, o de incompatibilidad de los contenidos con los términos y las condiciones generales de uso del servicio digital. Por tanto, estos mecanismos de resolución extrajudicial deben distinguirse de los que se aplican en el caso de contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales y que se dirimen en el ámbito de consumo por afectar a cuestiones relacionadas con el contrato principal celebrado a través de un procedimiento electrónico. A ellos nos referimos a continuación.



6.2. El sistema de reclamaciones en el caso de los contratos a distancia celebrados a través de plataformas digitales.

En el caso de que el uso de las plataformas digitales sea un instrumento para la adquisición de productos, o la contratación de servicios online, los litigios que se planteen entre el comerciante que vende el producto o presta el servicio y el consumidor se resolverán conforme al sistema de reclamaciones que rige en materia de consumo, y en particular, por la Ley de consumidores y usuarios. Los conflictos aquí no se establecen entre el prestador de servicios digitales y el consumidor que adquiere un bien o contrata la prestación de un servicio, o contenido digital, sino entre el consumidor y el comerciante que suministra el bien, o servicio contratado. Puede tratarse del mismo prestador del servicio digital que además vende productos, o presta servicios a través de la plataforma digital, pero normalmente serán contratos celebrados con terceros distintos al prestador del servicio digital que pone a disposición del usuario la plataforma.

Téngase en cuenta que el prestador de servicios digitales no es responsable de la información facilitada por un destinatario del servicio si no tiene conocimiento de la actividad ilícita o del contenido ilícito de dicha información, a menos que, conforme al artículo 6.3, induzca a error al consumidor haciéndole creer que la información o el producto o servicio se proporciona por la propia plataforma en línea, o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control. Por esta razón, las reclamaciones irán dirigidas principalmente al



tercero, comerciante y usuario de la plataforma que ofrece sus productos o servicios a través de la misma.

Pero si el prestador de una plataforma que permite transacciones entre comerciantes y consumidores online tiene conocimiento de que un producto o servicio ilícito ha sido vendido a los consumidores a través de la plataforma, tiene la obligación de informar a dichos consumidores en la medida en que tenga sus datos de contacto (artículo 32). Esta información debe hacer referencia a los datos del comerciante y a los recursos que resulten pertinentes. Si la plataforma digital que permite las transacciones comerciales con terceros incumple las obligaciones anteriores, ello podrá dar lugar a una reclamación ante el coordinador de servicios digitales, pudiéndose igualmente reclamar una indemnización por incumplimiento del Reglamento de Servicios Digitales.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRIO ANDRES, M., "El nuevo Reglamento europeo de servicios digitales", *Anuario de Derecho Administrativo* 2023, págs. 153-168

CÁMARA LAPUENTE, S., "Primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)", *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales", en ARROYO



AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pag.141-189.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales”, en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, I., “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

ESPÍN ALBA, I., “Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

GARCÍA PÉREZ, R., “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 ss.



MARINEZ DE OLIVEIRA, X., "Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la protección del consumidor en Portugal", *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pág. 599-616.

MARTINEZ NADAL, A., "Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales", en BLANCO SANCHEZ, M.J., *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 387-416.

MIGUEL ASENSIO, A., "Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales", *La Ley Unión Europea*, número 109, 2022, pág. 65-77.

MONTERO PASCUAL, J.J. "Los servicios digitales" en MONTERO PASCUAL, J.J (coord.) *La regulación de los servicios digitales*, Tirant lo Blanch, 2024, págs. 21-50.

MONTERO, J. y RODRIGUEZ MARTINEZ, I., "La tipificación del contrato de intermediación en línea en el reglamento de servicios digitales", en Codes Calatrava, A., (coord.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023.

NAVARRO CASTRO, M., "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.



PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.

SANCHEZ LERÍA, R., "Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español", *InDret*, núm. 4, 2021, pág. 33-87.

SANTISTEBAN GALARZA, M., "Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, págs. 159-179.



LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

THE TAXATION OF E-COMMERCE RESOLUCIÓN BANCARIA

D^a. Lena Carazo Sánchez

Egresada del Doble Grado en Derecho y en Ciencia
Política y Administración Pública de la Universidad de
Salamanca.

Resumen: La transformación digital de la economía ha planteado nuevos desafíos para la fiscalidad internacional, especialmente en el ámbito del comercio electrónico. El presente trabajo analiza las principales problemáticas fiscales derivadas de la digitalización, como el fraude fiscal, la evasión de impuestos y la dificultad de aplicar conceptos tradicionales como residencia fiscal o establecimiento permanente. Se estudian tanto los retos en la imposición directa como indirecta, centrándose en el IRPF, IS, IVA, IAE y los derechos aduaneros. Asimismo, se examinan las respuestas ofrecidas a nivel internacional, en particular las iniciativas de la OCDE y la Unión Europea. La metodología utilizada incluye la revisión de textos académicos, jurisprudencia y normativa vigente, con el



objetivo de identificar deficiencias actuales y proponer mejoras que permitan una tributación más justa y eficiente en el comercio electrónico global.

Palabras clave: comercio electrónico, fiscalidad internacional, beneficios empresariales, gestión fiscal, planificación fiscal, fraude fiscal.

Abstract: The digital transformation of the economy has introduced new challenges for international taxation, particularly in e-commerce. This project analyzes the main fiscal issues arising from digitalization, such as tax fraud, tax evasion, and the difficulty in applying traditional concepts like tax residence and permanent establishment. It explores challenges in both direct and indirect taxation, focusing on Personal Income Tax (IRPF), Corporate Tax (IS), Value Added Tax (IVA), Business Tax (IAE), and customs duties. The study also reviews the international responses, especially initiatives led by the OECD and the European Union. The methodology is based on the analysis of academic literature, jurisprudence and current legislation, aiming to identify existing deficiencies and propose improvements to ensure fairer and more efficient taxation in the global e-commerce sector.

Keywords: e-commerce, international taxation, corporate profits, tax management, tax planning, tax fraud.



Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.

II. CAPÍTULO I: EL COMERCIO ELECTRÓNICO.

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL MARCO DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL.

2. PRINCIPIOS INFORMATIVOS GENERALES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

3. MARCO LEGAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) A nivel estatal

B) A nivel europeo

III. CAPÍTULO II: IMPOSICIÓN DIRECTA E INDIRECTA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS FISCALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) Calificación de rentas y localización del hecho imponible.

B) Residencia fiscal. Identificación y localización de los obligados tributarios y jurisdicción fiscal competente

C) Establecimiento permanente y comercio electrónico



D) Gestión tributaria

2. ANÁLISIS DE IMPUESTOS ESPECÍFICOS EN LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

A) El IVA

B) Tributos locales, el Impuesto de Actividades Económicas.

C) Comercio electrónico y aduanas

IV. CAPÍTULO III: RETOS FUTUROS Y AVANCES EN LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

1. EL PAPEL DE LA OCDE: DEL PLAN BEPS AL ENFOQUE DE DOS PILARES.

2. LA RESPUESTA NORMATIVA DE LA UE Y SU ADAPTACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

3. DESAFÍOS FUTUROS: HACIA UNA ARMONIZACIÓN FISCAL GLOBAL

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La fiscalidad internacional se enfrenta en la actualidad a uno de sus mayores retos: adaptarse a un contexto globalizado y profundamente digitalizado. El auge del



comercio electrónico, impulsado por el desarrollo tecnológico, ha transformado las relaciones comerciales tradicionales, eliminando fronteras físicas y generando nuevas formas de actividad económica que desafían los sistemas tributarios establecidos. Esta nueva realidad económica plantea una creciente preocupación por el fraude fiscal y la evasión tributaria, fenómenos que, de no ser controlados adecuadamente, comprometen gravemente la recaudación de los Estados y la equidad del sistema tributario.

En este escenario, resulta fundamental abordar el estudio del comercio electrónico debido a su creciente relevancia económica y a los profundos desafíos que plantea para los sistemas fiscales tradicionales. El fuerte aumento de las transacciones digitales, como refleja la nota de prensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia del 5 de enero de 2024, según la cual el comercio electrónico en España superó los 20.000 millones de euros en el segundo trimestre de 2023, un 12,7% más que el año anterior, evidencia la necesidad de adaptar los marcos normativos para garantizar una tributación justa y eficaz¹. De igual manera, el fraude fiscal en el ámbito internacional se ha visto exacerbado por las particularidades del comercio electrónico. La ausencia de presencia física en muchos casos, el carácter intangible de los bienes y servicios comercializados y las

¹ Datos obtenidos de la Nota de prensa de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «El comercio electrónico superó en España los 20 mil millones de euros en el segundo trimestre de 2023, un 12,7 % más que el año anterior», 5 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-2T23-20240105>



diferencias normativas entre jurisdicciones, dificultan a los Estados la correcta recaudación de los impuestos.

El objeto de este trabajo es analizar los desafíos que plantea el comercio electrónico para la fiscalidad internacional, especialmente en relación con la lucha contra el fraude y proponer medidas que una tributación más justa y efectiva. Se abordarán las principales problemáticas en la imposición directa e indirecta, como la determinación de la residencia fiscal, el concepto de establecimiento permanente, la localización del hecho imponible o la gestión de los impuestos. Así como los principales permitan avances legislativos en materia tributaria y sus limitaciones con respecto al comercio electrónico.

La justificación de esta investigación radica en la importancia crítica que tiene para los Estados adaptar sus sistemas tributarios al comercio electrónico, no solo para asegurar la financiación de los servicios públicos esenciales, sino también para garantizar principios fundamentales como la equidad y la eficiencia fiscal. En un contexto en el que las ventas de comercio electrónico a nivel mundial reportaron unos ingresos de aproximadamente 5,8 billones de dólares estadounidenses en 2023 y se prevé que continúe creciendo hasta superar los 8 billones en 2027, según las últimas estimaciones publicadas por Statista², su

² Información extraída de ORÚS, A., «Facturación mundial del comercio electrónico 2014-2027», en *Statista*, 24 de mayo de 2024. Disponible en:



regulación tributaria ya no puede considerarse un asunto marginal. Estos datos evidencian la creciente influencia del comercio electrónico en la economía global y refuerzan la urgencia de adaptar los sistemas fiscales a esta nueva realidad.

La metodología empleada en el desarrollo de este trabajo se basa en la búsqueda y análisis de textos académicos relevantes en materia de fiscalidad internacional y comercio electrónico, así como en la revisión de jurisprudencia reciente y el estudio detallado de la normativa aplicable, tanto a nivel nacional como europeo e internacional. Este enfoque permitirá no solo ofrecer un panorama actualizado del estado de la cuestión, sino también identificar las áreas de mejora y proponer líneas de actuación futuras.

En definitiva, el trabajo se estructura en torno a la identificación de los principales retos fiscales derivados de la digitalización económica, la evaluación crítica de las soluciones propuestas en el ámbito internacional y la formulación de propuestas que contribuyan a mejorar la fiscalidad en un mundo cada vez más interconectado.



II. CAPÍTULO I: EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL MARCO DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

El comercio electrónico no es un concepto unívoco, su definición va a depender de la dimensión y el autor que se analice. Dentro de la doctrina hay autores como OTERO HIDALGO que definen el comercio electrónico basándose en la perspectiva que se adopte. Desde el punto de vista de las comunicaciones, este autor lo define como la transmisión de información, productos, servicios o medios de pago a través de redes de comunicación. Desde la óptica empresarial, el comercio electrónico consistiría en el uso de la tecnología para automatizar y optimizar los modelos de negocio. Finalmente, desde una perspectiva temporal, se trata de un mecanismo que permite intercambiar productos y servicios en tiempo real³.

De estas definiciones se podría extraer un concepto único que aglutinase los elementos más relevantes de la concepción de OTERO HIDALGO. Así, el comercio electrónico sería una herramienta que permite el

³ El concepto del comercio electrónico, al igual que una introducción al mismo lo cual sirve como fundamento para la elaboración propia de una definición, son recogidos por ÁLAMO CERRILLO, R., *La Economía Digital y el Comercio Electrónico. Su incidencia en el Sistema Tributario*. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 32-34.



intercambio de información, productos y servicios en tiempo real a través de redes de comunicación informáticas pudiendo contribuir a lograr una mayor eficiencia empresarial.

De igual manera, algunas instituciones internacionales se han pronunciado sobre este tema. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) en un informe de 1997 detalla el significado del comercio electrónico. Para esta organización se trata de *"todas las transacciones comerciales, tanto entre organizaciones como entre individuos, que se basan en la transmisión y proceso de datos digitales, incluyendo el texto, el sonido, y las imágenes"*.

En el marco de la Unión Europea (en adelante, UE) también se han planteado distintos conceptos sobre el comercio electrónico. En concreto, la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones sobre Iniciativa Europea de comercio electrónico, establece que *"el comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales; es cualquier actividad en la que las empresas y consumidores interactúan y hacen negocio entre sí o con las administraciones por medios electrónicos"*⁴.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión de 18 de abril de 1997. Una iniciativa europea en el sector del comercio electrónico*, COM 97/157/final, 1997, pág. 7.



En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) se especifica lo que se entiende por servicios de la sociedad de la información: *"cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio"*⁵.

Finalmente, el Observatorio Europeo de Información Tecnológica, OEIT, lo define como *"la realización de actividades empresariales que conduzcan a un intercambio de valor a través de las redes de telecomunicaciones"*⁶.

A nivel estatal, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE), hace una definición del contrato electrónico haciendo énfasis en el medio a

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOUE-L-2000-81295

⁶ Concepto recogido y transcrito por ÁLAMO CERRILLO, R., *La Economía Digital y el Comercio Electrónico. Su incidencia en el Sistema Tributario*. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 42.



través del cual se produce el consentimiento: *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

Tras analizar las definiciones generales aportadas tanto por la doctrina como por las instituciones europeas y la normativa estatal es posible destacar unos elementos comunes a ellas. Podemos determinar que el objeto del comercio electrónico es amplio incluyendo así, productos, servicios, información y cualesquiera otros susceptibles de ser transmitidos a través de medios de comunicación informáticos. De igual manera no hay un sujeto único ya que puede tratarse de intercambios entre individuos, empresarios, administraciones públicas, etc. En síntesis, lo esencial es que se produzca una actividad comercial a través de las redes de telecomunicaciones.

Una vez definido el concepto general, es necesario remarcar su impacto en la fiscalidad internacional. La expansión del comercio electrónico, impulsada por la globalización y la creciente digitalización de las transacciones económicas, ha generado nuevos desafíos en materia tributaria. La recaudación fiscal es un pilar fundamental en el mantenimiento de la sociedad actual, con una recaudación anual estatal en el 2023 de 294.734 millones de euros, en el caso español, se evidencia su relevancia como fuente de ingresos indispensable para los estados⁷. La recaudación que proviene de los tributos

⁷ Se ofrece información sobre el nivel de ingresos tributarios de la Agencia Tributaria tanto a nivel estatal como autonómico y local en el Informe Anual de Recaudación Tributaria, 2024.



es lo que permite el sostenimiento del Estado de bienestar y con él los servicios básicos de la población. En este contexto, garantizar una tributación adecuada del comercio electrónico resulta crucial para evitar pérdidas significativas en la recaudación de impuestos, en concreto, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA), tributos locales tales como el Impuesto de Actividades Económicas (en adelante, IAE) y las tasas aduaneras⁸. No se puede obviar que la actividad económica derivada del comercio electrónico es fundamental en una sociedad digitalizada y por tanto, su regulación fiscal adquiere una importancia prioritaria a nivel internacional.

Por ello, comprender con precisión el concepto de comercio electrónico y sus características es un paso fundamental para establecer un marco normativo eficaz que sea capaz de prevenir el fraude tributario, como se menciona en la "Declaración de Granada" de mayo de

Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas. Disponible en: https://www3.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2024/IART24_es_es.pdf

⁸ Una autora que remarca esta importancia de la tributación de la economía digital para el sostenimiento del Estado de bienestar es ÁLAMO CERRILLO, R., «La tributación de los servicios digitales ¿aplicación del principio de neutralidad o suficiencia?», en COLLADO YURRITA, M.A., ROMERO FLOR, L.M (coord.), *Tributación de la economía digital*, Atelier, Barcelona, 2020, pág. 178.



2018⁹ y se destaca en el *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria* al mencionar que el gran impacto que va a tener sobre la economía española los recientes cambios tecnológicos¹⁰.

En este sentido, es necesario hacer referencia a las características que diferencian al comercio electrónico del tradicional ya que inciden en la manera de abordar su fiscalidad. En primer lugar, la característica principal de este tipo de comercio es la modalidad de contratación empleada. El consentimiento ya no se va a prestar de forma presencial entre el oferente y contratante, sino que se va a digitalizar y la oferta y la aceptación se van a producir de manera on-line¹¹. Otra característica relevante es la presencia de bienes y servicios inmateriales que dejan de tener una forma física y pasan

⁹ En la «Declaración de Granada» de 18 mayo de 2018 firmada por 35 catedráticos de Derecho Financiero y Tributario se pone de manifiesto la delicada situación del Derecho Financiero y Tributario por los internos de evasiones tributarias.

¹⁰ COMITÉ DE PERSONAS EXPERTAS, *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid, 2022, (ISBN: 978-84-8008-416-1), págs. 15-733, pág. 61. Disponible en: https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf

¹¹ Se explica con precisión cuestiones relevantes que se han de tener en cuenta a la hora de analizar el comercio electrónico, entre ellas, la digitalización del consentimiento, en consonancia con lo expuesto por organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio en el artículo de CALVO VÉRGEZ, J., «Una aproximación a las principales cuestiones derivadas de la fiscalidad del comercio electrónico», en *Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2009, pág. 12.



a encontrarse únicamente en Internet, suponiendo desafíos a la hora de fiscalizarlos correctamente. Un rasgo de gran trascendencia tributaria respecto de estos bienes intangibles es que su importación no pasa por las aduanas por lo que se facilitan prácticas comerciales fraudulentas¹². El comercio electrónico también presenta diferencias en cuanto al acceso a la información, este permite al consumidor conocer en todo momento datos sobre productos, precios, características, etc. Lo cual le otorga mayor capacidad de discernimiento y de comparación entre productos o servicios.

Por último, uno de los rasgos más destacables del comercio electrónico es la reducción de intermediarios. A través de la compra por Internet se facilita el intercambio entre el fabricante y el consumidor final. Los medios digitales crean el soporte necesario para que se puedan producir actividades comerciales de forma directa sin necesidad de un intermediario. Esto reduce costes tanto de servicios de intermediación como de establecimientos físicos ya que se posibilita la opción de no tener un lugar físico de venta con empleados que atiendan en ellos¹³. Todas estas particularidades hacen

¹² Se resalta la falta de control aduanero como uno de los nuevos desafíos fiscales que se presentan en el artículo de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E., «Nuevos desafíos en la fiscalidad internacional del comercio electrónico», en *Quincena Fiscal*, núm 14, 2021, pág. 2.

¹³ Se destaca el impacto del comercio electrónico en la reducción de intermediarios lo cual puede transformar las dinámicas tradicionales de comercialización por ÁLAMO



del comercio electrónico una forma de negocio única y novedosa que va a obligar a las instituciones a replantearse las formas tradicionales de regular la tributación para poder adaptarse a estos singulares rasgos.

2. PRINCIPIOS INFORMATIVOS GENERALES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Los principios informativos son aquellos valores que deben informar la regulación fiscal del comercio electrónicos y han sido recogidos, entre otros, por la OCDE, en un informe publicado en 1998. Este informe se llevó a cabo en el marco de la Conferencia "Un mundo sin fronteras: identificación del potencial del comercio electrónico" celebrada en Ottawa y estableció lo siguientes principios¹⁴.

Dicho informe señala, en primer lugar, el principio de neutralidad, que aboga por la equidad en la tributación del comercio electrónico y del comercio tradicional para evitar elecciones basadas únicamente en criterios fiscales. Por su parte, el principio de eficiencia sostiene la importancia de reducir los costes derivados de la gestión tributaria tanto para los contribuyentes como para la administración tributaria. Relacionado con este se encuentran los principios de equidad y eficacia que

CERRILLO, R. *La Economía Digital y El Comercio Electrónico. Su Incidencia En El Sistema Tributario*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 53.

¹⁴ En la Conferencia de Ottawa del año 1998 titulada «Un mundo sin fronteras: identificación del potencial del comercio electrónico» se estableció el Marco Tributario en el que se recogieron los principios que regulan el comercio electrónico.



buscan reducir las opciones de fraude y de evasión fiscal. El criterio de simplicidad indica que la normativa debe ser sencilla y fácil de entender para así favorecer al principio de seguridad jurídica y el uso y desarrollo óptimo del comercio electrónico. Por último, el principio de flexibilidad es esencial tratándose de un tipo de comercio novedoso y en constante cambio. Es necesario un sistema tributario dinámico que se adapte al mercado y sea capaz de perdurar sin necesidad de grandes reformas.

Junto a estos principios presentes también en el comercio tradicional, que han sido actualizados para adecuarse a las particularidades del comercio electrónico, se halla el de la justicia tributaria, el cual pretende obtener un sistema fiscal en el que predomine la justicia¹⁵. Este principio adquiere una relevancia particular en el ámbito de la fiscalidad internacional, dado que las empresas, tanto nacionales como extranjeras, deben contribuir de forma equitativa y proporcional a su actividad real, evitando que las características del comercio electrónico faciliten la evasión o elusión fiscal.

Como veremos a lo largo del trabajo, las dificultades para ubicar a los empresarios, la internacionalización de las

¹⁵ Principios fundamentales que deben estar presentes en la fiscalidad internacional, en los que se destaca la justicia tributaria como base para una política fiscal justa y equitativa, expuestos en el artículo de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E., «Nuevos desafíos en la fiscalidad internacional del comercio electrónico», en *Quincena Fiscal*, núm 14, 2021, pág. 4.



empresas o los bienes intangibles dificultan la labor de determinar qué estado debe ser el que gestione la recaudación derivada de estas actividades digitales. Por lo que, estos principios deben ser tomados en cuenta para que la legislación del comercio electrónico sea la más adecuada a las características de este y permita su fiscalidad de forma que no perjudique ni al desarrollo del comercio a través de Internet ni a la recaudación de la Administración tributaria¹⁶.

3. MARCO LEGAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico, al igual que cualquier forma de comercio, necesita de un marco normativo que lo regule. Pese a tratarse de un modelo innovador desarrollado a través de la red, debe cumplir con la normativa general sobre comercio y con la regulación mercantil. No obstante, debido a sus particularidades, el comercio electrónico también cuenta con una regulación específica.

A) A nivel estatal

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio

¹⁶ Se menciona la aplicación de los principios sobre la tributación del comercio electrónico como una preocupación clave para las autoridades fiscales, dado que puede generar situaciones de ausencia de tributación por FERNÁNDEZ GÓMEZ DEL CASTILLO, A. M., «El comercio electrónico; imposición directa e indirecta» en WISNER GLUSKO, DC,. (Coord.), *Administración electrónica: Retos jurídicos y tecnológicos de su implantación en Andalucía*, Fundación San Pablo Andalucía CEU, Sevilla, 2018, pág. 150.



Electrónico (en adelante, LSSICE) se constituye como el marco general de aplicación a las actividades económicas digitales. Esta ley es creada para trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Esta trasposición permite una armonización de la regulación española con la del resto de Estados miembros de la UE. Por otra parte, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista regula las operaciones de venta a distancia en su art. 38 a través del cual se remite a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que protege a consumidores frente a posibles abusos, incluidos los derivados del comercio electrónico tal y como se refleja en su art. 19 apartado 4. De igual manera, se debe tener en cuenta la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que regula la protección de los contratantes frente a cláusulas abusivas y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica.

También se debe tener en cuenta el Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, Ley 38/1992, de 28 de diciembre,



de Impuestos Especiales y la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuestos sobre el Valor Añadido.

La generalización del uso de esta nueva forma de comercio a través de internet tras la pandemia del COVID-19¹⁷, ha provocado que, en concreto, la Ley del IVA (en adelante, LIVA) quedase desactualizada y no fuese capaz de hacer frente a los nuevos retos que presentaban las nuevas tecnologías. Para paliar esto, se lleva a cabo una reforma a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (en adelante, Real Decreto-ley 7/2021). Esta reforma se trata de la transposición de dos Directivas europeas, la Directiva (UE) 2017/2455 del Consejo (en adelante, Directiva 2017/2455) y la Directiva (UE) 2019/1995 del Consejo (en adelante, Directiva 2019/1995), las cuales se explicarán en el apartado dedicado a la normativa europea.

El Real Decreto-Ley 7/2021 es desarrollado por el Real Decreto 424/2021, de 15 de mayo que modifica el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor

¹⁷ Según el Barómetro de mayo 2020 (estudio 3.281) del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el 23,3% de los españoles aumentaron el número de compras online y el 1,6% compró online por primera vez.



Añadido. Este desarrollo va a incidir en la reducción de las cargas administrativas y tributarias y al igual que el Real Decreto-Ley 7/2021, menciona los regímenes especiales y va a profundizar en su desarrollo¹⁸.

Cabe mencionar igualmente la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021. Respecto de esta ley, en relación con el comercio electrónico es importante destacar la modificación del art. 163 *quinquies* de la LIVA para permitir que los empresarios con sede de su actividad económica en Canarias, Ceuta o Melilla puedan acogerse al régimen especial de importación del

¹⁸ De igual manera, se explica el Real Decreto 424/2021 con mayor detenimiento por ALFONSO GALÁN, R. M. «Real Decreto 424/2021, de 15 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, y el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio [oe-a-2021-10026]», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, núm. 2, 2022, págs. 342–360, pág. 352.



comercio electrónico sin que tengan que nombrar a un representante establecido en la Comunidad¹⁹.

B) A nivel europeo

En el ámbito europeo, para el ámbito específico de la tributación del IVA, se halla el VAT e-commerce package compuesto por la Directiva 2017/2455 del Consejo, el Reglamento (UE) 2017/2454 del Consejo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2459 del Consejo, la Directiva (UE) 2019/1995 del Consejo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2026 del Consejo y el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/194 de la Comisión²⁰.

En concreto, la Directiva (UE) 2017/2455 reforma dos Directivas: la Directiva (UE) 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA y la Directiva 2009/132/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, que delimita el ámbito de

¹⁹ Se explican las novedades de la Ley 13/2023 respecto al comercio electrónico en un artículo publicado en la página web del Centro de Estudios Financieros. EDITORIAL, «Publicada la Ley 13/2023, de 24 de mayo, que introduce modificaciones en la LGT, LIVA, LIS y TRLIRNR» en *Centro de Estudios Financieros*, 2023. Disponible en: <https://www.fiscal-impuestos.com/Ley-13-2023-medidas-fiscales-modificaciones-lgt-liva-lis-trlrnr.html>.

²⁰ Se hace un recorrido sobre la nueva regulación aplicable al IVA, haciendo referencia a las Directivas Europeas que aquí se consideran por el catedrático de Derecho Financiero y Tributario ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «El nuevo IVA del comercio electrónico», en *Retos tecnológicos, Nueva fiscalidad*, Atelier, Barcelona, 2022, pág. 17.



aplicación del art. 143, letras b) y c), de la Directiva 2006/112/CE en lo referente a la exención del impuesto sobre el valor añadido de algunas importaciones definitivas de bienes. Esta reforma establece un nuevo modelo de recaudación por el que la tributación del IVA va a realizarse en el país de destino. De sobremanera, generaliza el sistema de “ventanilla única”, simplifica las reglas de facturación y elimina la exención aplicable a la importación de envíos de bajo valor²¹.

De igual modo, se debe mencionar la Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, cuya finalidad es fomentar la cooperación entre los Estados Miembros para enfrentar los retos de la economía digital y su fiscalización²². Dentro de esta

²¹ Se detallan las novedades de esta Directiva en el artículo de RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., «Directiva (UE) 2017/2455 del Consejo, de 5 de diciembre de 2017, por la que se modifican la Directiva 2006/112/ce y la Directiva 2009/132/ce en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes [doue I 348, de 29-XII-2017]. Obligaciones respecto del IVA para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 193-200, pág. 193.

²² Una mayor explicación de la Directiva (UE) 2021/514 se halla en el artículo de RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., «Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17



Directiva destaca el intercambio automático de información entre autoridades fiscales de los Estados Miembros y la ampliación de la información que deberán transmitir estas autoridades.

En materia aduanera, se debe estar al Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión que ha sido recientemente modificado por el Reglamento Delegado (UE) 2020/877 de la Comisión de 3 de abril de 2020 para adaptarlo a las nuevas necesidades derivadas del crecimiento del comercio electrónico²³.

El marco normativo que presenta la normativa española y europea no regula de forma concreta cómo se debe proceder a la fiscalidad del comercio electrónico. En su lugar se limita a establecer unas normas generales sobre obligaciones de los prestadores de servicios, poniendo principalmente el foco en la protección de los consumidores o a intentar evitar actuaciones fraudulentas en la tributación de impuestos concretos como el IVA. Por lo que los principales problemas fiscales

de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias [BOE-A-2023-12204]. Aspectos civiles transposición de modificaciones a la directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, núm. 2, 2023, págs. 163-165, pág. 163.

²³ Véase Considerando 19 Reglamento Delegado (UE) 2020/877.



que derivan del comercio electrónico no encuentran una solución clara en la normativa actual y siguen presentando desafíos que analizaremos en los siguientes apartados de este trabajo.

III. CAPÍTULO II: IMPOSICIÓN DIRECTA E INDIRECTA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS FISCALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La expansión del comercio electrónico ha generado la necesidad de replantear conceptos tributarios que hasta el momento estaban bien establecidos. Este nuevo modelo de negocio tiene un impacto significativo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS), el IVA, el IAE y las tasas aduaneras. En relación con estos impuestos, surgen diversos desafíos fiscales vinculados al comercio electrónico, tales como la calificación de las rentas obtenidas y la localización del hecho imponible, la determinación de la residencia fiscal de los sujetos intervinientes y la aplicación del concepto de establecimiento permanente en las operaciones comerciales electrónicas²⁴.

A nivel internacional, organismos como la OCDE han tratado de establecer directrices para abordar la fiscalidad internacional del comercio digital,

²⁴ Estas problemáticas también han sido planteadas por OLIVER CUELLO, R., *Internet y tributos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pág. 17 (ISBN: 978-84-940751-8-6).



especialmente en relación con el fraude y la evasión fiscal puesto que la ausencia de una presencia física en muchos casos permite que ciertas empresas operen en jurisdicciones con impuestos más bajos, evitando tributar en los países donde realmente generan valor. Aunque se han logrado estos avances a nivel internacional, aún subsisten los retos que se exponen a continuación.

A) Calificación de rentas y localización del hecho imponible

En primer lugar, es pertinente abordar la calificación de rentas y los problemas asociados al comercio electrónico. La calificación de rentas es una noción clave en impuestos como el IRPF y el IS ya que una mala concreción del concepto puede incentivar estrategias de planificación fiscal agresiva o fraude, donde ciertos ingresos derivados del comercio digital se clasifiquen intencionalmente de manera errónea para reducir la carga fiscal.

Respecto al IRPF, este es un impuesto de carácter personal, directo, subjetivo y periódico que grava la renta de las personas físicas en España. Esta renta se grava en su totalidad, con independencia del lugar de obtención de estas siempre y cuando el que las obtiene resida en España y dependiendo de la fuente de la que proceda se gravará de una manera u otra, de ahí que la calificación de las rentas sea de especial relevancia



para este impuesto²⁵. Las rentas provenientes del comercio electrónico se clasifican como actividades económicas ya que proceden de una ordenación por cuenta propia de medios de producción o de recursos humanos para producir o distribuir de bienes o servicios²⁶. No se consideran, por tanto, rendimientos del trabajo personal ni del capital, lo cual tiene importantes consecuencias fiscales. Esta clasificación implica que dichas rentas tributarían dentro de la base general del IRPF, lo que conlleva tipos impositivos que pueden ser más elevados que los aplicables a las rentas del ahorro. Por ello, es fundamental determinar correctamente la naturaleza de estas rentas para evitar una calificación errónea que podría dar lugar a una tributación indebida o a prácticas de elusión fiscal.

Por su parte, el IS es un impuesto de carácter personal y directo que grava la renta de las sociedades con independencia del lugar donde se hayan producido siempre que tengan su residencia o domicilio fiscal en España²⁷. Así, la calificación de rentas consistiría en el proceso por el que se determina la naturaleza y origen de los rendimientos y ganancias del contribuyente

²⁵ Más información sobre el IRPF en Monografías, *Practicum Fiscal*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1ª ed., noviembre 2015, pág. 2 ISBN 978-84-9898-947-2

²⁶ Atendiendo a la definición aportada por la Agencia Tributaria de los rendimientos de actividades económicas. Disponible en :<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/irpf/empresarios-individuales-profesionales/rendimientos-actividades-economicas.html>

²⁷ Véase arts. 7 y 8 Ley del Impuesto de Sociedades.



clasificándolos en diferentes categorías para su posterior tributación²⁸.

Para determinar dónde se produce el problema es necesario distinguir entre comercio electrónico indirecto, en el cual el pedido se realiza de manera online pero la entrega se realiza de forma física; y directo, en el que la compraventa se realiza completamente en línea²⁹. Respecto a las ventas producidas a través del comercio electrónico indirecto no presentan mayores problemas, ya que lo único que se haya en la red es la plataforma de venta, por lo que aquel que obtiene el ingreso por la venta online, si se halla en España y el ingreso corresponde a una de las rentas objeto del IRPF o del IS, tributará por este sin mayor complicación y se clasificará conforme a la categoría que corresponda. Sin embargo, cuando se trata de una operación realizada a través de comercio electrónico directo, es decir, cuando la totalidad de la operación se produce en línea, incluida la prestación del producto o servicio, pueden surgir problemas relativos a dónde se genera la renta a gravar y que clasificación merece esta. Determinar si estos ingresos deben tratarse como renta general (por su actividad económica) o como renta del ahorro (si es una inversión) puede generar incertidumbre y conllevar a

²⁸ Véase art. 6 Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

²⁹ Una mayor explicación sobre esta distinción se halla en PONCE PÉREZ, J., «Perspectivas del Comercio Electrónico al Servicio del Consumidor en la Administración Moderna», en *Business Innova Sciences*, vol. 1, núm. 1, 2019, págs. 31-50, pág. 33 <https://doi.org/10.58720/bis.v1i1.1>



problemas de tributación ya que los tipos impositivos o tipos de gravamen correspondientes a la renta del ahorro son inferiores a los de la renta general en el caso del IRPF. De este modo se podría buscar una tributación menor y conllevar a problemas de fraude derivados de una incorrecta clasificación de las rentas.

Otra gran problemática se presenta en relación con la localización del hecho imponible del IVA. Es pertinente comenzar con la definición del hecho imponible en el IVA y su localización, ya que comprender estos conceptos es fundamental para abordar los retos fiscales que plantea el comercio electrónico. Conforme al art. 4 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA), el hecho imponible se refiere a las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales, ya sea de forma habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad económica, y siempre que se lleven a cabo a título oneroso. En este contexto, la localización del hecho imponible implica determinar el lugar donde se entiende que se realiza la transacción, lo cual resulta crucial para establecer las obligaciones fiscales correspondientes como la declaración, liquidación e ingreso del impuesto, el cumplimiento de los requisitos formales del país en cuestión, y en muchos casos el registro fiscal en dicho país.

La regulación de la localización del hecho imponible se encuentra recogida en el art. 68 LIVA respecto a las entregas de bienes y los arts. 69 y 70 LIVA respecto a las prestaciones de servicios, artículos modificados por



el Real Decreto-Ley 7/2021. El art. 68 en su apartado tercero establece que las ventas a distancia dentro de la UE se entienden realizadas en el territorio de aplicación de impuesto, es decir, el lugar de destino, cuando la Unión sea el lugar de llegada de los bienes. Por otra parte, aquellos empresarios de fuera de la UE que quieran acogerse a este régimen pueden hacerlo si designan a un intermediario dentro del territorio de la Unión. Además, para evitar el fraude fiscal ya no se encuentra la exención del IVA para las importaciones de bienes de bajo valor, por lo que todas las importaciones deberán liquidar el IVA en el territorio de destino sea cual sea el importe del hecho imponible³⁰.

Respecto a la prestación de servicios, el art. 69 LIVA establece la regulación del régimen general y el art. 70 LIVA dispone el régimen especial para los servicios prestados por vía electrónica. En el apartado cuarto del art. 69, se establece que, cuando el destinatario no sea un empresario, el servicio se entenderá prestado en el territorio de aplicación del impuesto siempre que concurren una serie de requisitos. Por lo que cuando el destinatario sea un particular, el hecho imponible se produce donde se halla el destinatario, independientemente del lugar donde se halle el prestador de ese servicio.

³⁰ En el mismo sentido se realiza un análisis más completo de las novedades en la Tributación del IVA a partir de 2021 por BARANDA CANTALAPIEDRA, F., «Novedades en la tributación en el IVA del comercio electrónico», en *Cuadernos de Formación*, vol. 28, núm. 3, 2022, págs. 33-45.



Pese a que, en principio, parece que queda resuelta cualquier problemática sobre la localización del hecho imponible dentro de la UE, no se solucionan problemas derivados de la complejidad de tributar en un país en el cual no se sitúa la sede principal de la empresa y de determinar dónde se encuentra establecido el destinatario del bien o servicio. Esta localización genera, entre otros, problemas en relación con la obligación de registrarse a efectos del IVA en el Estado miembro dónde se realiza la operación, salvo que se opte por un régimen especial como el de la "ventanilla única", así como la de aplicar el tipo impositivo vigente en el país de destino y presentar declaraciones periódicas ante la administración tributaria correspondiente. Tampoco se solucionan del todo los problemas relativos a vendedores de fuera de la UE ya que estos deben establecer un intermediario o un operador postal, lo que complica muchas veces la gestión y dificulta el comercio³¹.

En conclusión, la calificación de rentas y la localización del hecho imponible son aspectos clave para determinar las obligaciones fiscales en el comercio electrónico. Aunque la normativa europea ha avanzado en la regulación de las ventas a distancia

³¹ Se explica con mayor detenimiento la regulación a partir de 2021 de la tributación del IVA por BUDOVA, D. y LÓPEZ POMBO, D., «La tributación indirecta en España ante la digitalización de la economía», en *ICE, Revista De Economía*, núm. 917, 2020, págs. 93-111, pág. 106 <https://doi.org/10.32796/ice.2020.917.7140>.



intracomunitarias y de las prestaciones de servicios electrónicas, persisten ciertos desafíos. Además, las exigencias impuestas a los empresarios de fuera de la UE, como la obligación de designar intermediarios para gestionar el IVA, pueden dificultar el comercio y afectar la competitividad.

B) Residencia fiscal. Identificación y localización de los obligados tributarios y jurisdicción fiscal competente

El siguiente de los problemas a analizar es la determinación de la residencia fiscal y la localización de los obligados tributarios. Es clave determinar el lugar en el que se hayan las partes involucradas en una actividad comercial, con el fin de establecer sus obligaciones tributarias y el Estado en el que deben cumplir con ellas, para evitar comportamientos fraudulentos en la fiscalidad internacional. En el comercio electrónico su concreción se hace más compleja por la presencia de los sujetos en diferentes Estados y la posibilidad de anonimato en la red³².

La determinación de la residencia fiscal en la normativa española se lleva a cabo en el marco del IRPF, concretamente en el art. 9 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF). Este artículo establece que son contribuyentes

³² Para una explicación más detallada sobre las complejidades para definir la residencia fiscal en el contexto del comercio electrónico y su impacto en la tributación internacional, puede consultarse ÁLAMO CERRILLO, R., *La Economía Digital y el Comercio Electrónico. Su incidencia en el Sistema Tributario*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 97.



aquellos que tengan su residencia habitual en España siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en ese mismo artículo que, son la permanencia en territorio español por más de 183 días durante el año natural, que radique en España el núcleo principal o la base de sus intereses económicos o resida habitualmente en España su cónyuge no separado legalmente y los hijos comunes. También se consideran contribuyentes a las personas físicas de nacionalidad española que siendo previamente contribuyentes por el IRPF acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado como paraíso fiscal (definido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006)³³. En una sociedad en la que el trabajo se puede desempeñar a distancia desde un territorio distinto, el concepto de residencia fiscal a efectos de tributación del IRPF se queda obsoleto³⁴.

De igual manera, esta preocupación se encuentra presente en el IS, en este caso, se considera que tienen su residencia en territorio español y por tanto son contribuyentes del mismo aquellas personas jurídicas constituidas conforme a las leyes españolas, las que tengan su domicilio social en territorio español

³³ Véase art. 8.2 LIRPF.

³⁴ COMITÉ DE PERSONAS EXPERTAS, *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid, 2022, (ISBN: 978-84-8008-416-1), págs. 15-733, pág. 598. Disponible en : https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf



y aquellas que tengan su sede de dirección efectiva en dicho territorio³⁵.

La dificultad para aplicar este concepto tradicional de residencia fiscal a las empresas que operan completamente a través de internet se hace más presente cuando estas comercializan bienes y servicios intangibles, lo que hace innecesario que tengan un establecimiento físico³⁶. Además, la determinación de la residencia fiscal a través del lugar en que se sitúe la sede de dirección efectiva no es fácil de aplicar en el comercio electrónico ya que las nuevas tecnologías permiten que las decisiones respecto a una empresa se tomen en diferentes lugares. Por lo que, las empresas pueden aprovechar la ambigüedad del concepto de "sede de dirección efectiva" para establecer su residencia fiscal en países con menor presión fiscal, reduciendo la tributación efectiva en el país en el que se generan ingresos significativos. También se pueden producir disputas entre Estados para determinar la residencia fiscal y generar problemas de doble imposición o de no imposición³⁷.

³⁵ Véase art. 8 LIS.

³⁶ Esta inadecuación del concepto tradicional de residencia fiscal a la realidad del comercio electrónico es puesta de relieve por ÁLAMO CERRILLO, R., «La evolución del concepto de residencia fiscal y de establecimiento permanente ante el desarrollo de la economía digital», en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 56, 2019, págs. 1-15, pág. 2.

³⁷ Se pone de manifiesto el resigo de problemas relacionados con la residencia fiscal y la competencia en el ámbito fiscal entre Estados por el TRIBUNAL DE CUENTAS, «Informe Especial Lucha contra los regímenes fiscales perniciosos y la



Otro problema relacionado con la residencia fiscal es la aparición de residencias digitales o *e-Residency* que otorgan a las empresas una tarjeta de identificación inteligente que permite tributar en ese Estado sin estar presente ahí y aunque la sociedad haya sido constituida según la normativa de otro Estado³⁸. Esto permite que las empresas eviten tributar en países con mayores cargas impositivas y se pierda una gran cantidad de recaudación por parte de aquellos países en los que realmente se producen los intercambios.

Para abordar algunos de estos problemas, se han incorporado diversas cláusulas antiabuso, que funcionan como mecanismos de control por parte de la Administración tributaria. Estas cláusulas permiten denegar beneficios e incentivos fiscales cuando las operaciones tienen como única finalidad obtener ventajas fiscales indebidas³⁹. En particular, el art. 6 de

elusión del impuesto de sociedades», núm. 27, 2024, págs. 2-68, pág. 36. Disponible en: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2024-27/SR-2024-27_ES.pdf

³⁸ A estos efectos, la residencia fiscal digital es expuesta por FERRER VIDAL, D., «Análisis jurídico de la residencia fiscal digital de las sociedades y sus conflictos de residencia. ¿Ha llegado el momento de apostar por un cambio radical de paradigma?», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 42, 2025, págs. 1-13, pág. 3, doi:10.7238/idp.v0i42.432061.

³⁹ Una mayor explicación sobre el concepto de cláusulas antiabuso se encuentra en ALONSO GARCÍA, J., «Evolución de las cláusulas antiabuso en la normativa y jurisprudencia



la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio, establece una cláusula general antiabuso aplicable al Impuesto sobre Sociedades, por la cual no se tendrán en cuenta, a efectos fiscales, las actividades cuyo objetivo principal sea obtener beneficios fiscales contrarios al objeto de la normativa. En estos casos, la tributación se ajustará a la realidad económica, permitiendo así neutralizar artificios creados para evitar obligaciones fiscales⁴⁰. De este modo, si una empresa que opere en el comercio electrónico declara su residencia fiscal en un país únicamente para beneficiarse de un régimen más laxo, sin contar con una actividad sustantiva real en dicho territorio, la Administración puede intervenir para reubicar fiscalmente los ingresos en el país donde efectivamente se desarrollan las actividades generadoras de renta⁴¹.

Respecto a la identificación y localización de los obligados tributarios en relación con el IVA es pertinente comenzar explicando quién se considera

comunitaria», en *Cuadernos de Formación*, vol. 22, nº 2, 2022, págs. 17-32, pág. 18.

⁴⁰ Se analiza esta cláusula en ALMUDÍ CID, J.M., «Las reglas de limitación de la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades a la luz del derecho de la Unión Europea», en *Revista Técnica Tributaria*, vol. 3, nº 142, 2023, págs. 7-19, pág. 9. <https://doi.org/10.48297/rtt.v3i142.2386>.

⁴¹ El TJUE ha concretado los criterios que debe seguir la Administración tributaria para valorar la existencia de abuso de derecho en dos Sentencias de 26 de febrero de 2019 recaídas en los asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 en relación con la Directiva 90/435/CEE y en los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 en relación con la Directiva 2003/49/CE.



obligado tributario a efectos de este impuesto. Un obligado tributario es aquel que soporta las obligaciones o deberes relativos a un impuesto. Según el art. 35 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) *"son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias"*. El concepto de obligado tributario abarca a diversos sujetos, entre los que se encuentran quienes deben cumplir con la obligación tributaria principal, los responsables de repercutir determinados impuestos y aquellos encargados de atender obligaciones formales, entre otros⁴². Se trata, por tanto, de un término amplio cuya concreción depende del tipo de impuesto de que se trate. En el caso del IVA, las obligaciones se desdoblan, el sujeto pasivo es el que debe repercutir el IVA al comprador, que es el obligado a soportarlo⁴³.

Por lo que son sujetos pasivos del IVA, como regla general, a título de contribuyentes, las personas físicas o jurídicas y los entes sin personalidad jurídica que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto⁴⁴. En relación con el

⁴² Definición aportada por RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.) y DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. (Coord.), *MANUAL DE 350 CONCEPTOS JURÍDICO-CRIMINOLÓGICOS BÁSICOS Una guía para comprender el Derecho público*, Editorial Colex, S.L., A Coruña, 2024 (ISBN: 978-84-1194-737-4), pág 55.

⁴³ Véase art. 88 LIVA.

⁴⁴ Véase arts. 84 y ss. LIVA.



comercio electrónico surgen varios problemas para localizar a este sujeto, muchos de ellos ya mencionados con anterioridad.

Dentro de la UE las dificultades a la hora de localizar al obligado tributario se basan no tanto en determinar dónde debe tributar, ya que es un sistema de tributación en destino, sino en identificar al sujeto que debe declarar y recaudar el impuesto. En un entorno digital, donde las operaciones comerciales se pueden realizar sin presencia física, resulta complejo determinar quién es el que debe asumir las obligaciones formales del IVA⁴⁵. Además, no solo es relevante identificar a este obligado formal, sino también a quién le corresponde el derecho a deducirse el IVA soportado en operaciones anteriores. En el IVA, opera un sistema de deducción mediante el cual los empresarios pueden restar el IVA que han pagado por sus compras del que repercuten a sus clientes, ingresando únicamente la diferencia⁴⁶. Por tanto,

⁴⁵ Desafíos puestos de manifiesto por JIMÉNEZ VARGAS, P. J., «Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional», en *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 289-328, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6258>

⁴⁶ Una mayor explicación es dada por el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA «Ficha temática: DEDUCCIONES DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO», 2019, disponible en:

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/tra-doc-es-div-c-0000-2020-202000844-05_00.pdf



identificar con precisión al sujeto pasivo permite verificar no solo quién tiene la obligación de declarar el impuesto, sino también quién está legitimado para ejercer el derecho a la deducción, así como ante qué Administración tributaria estatal debe realizar dicha declaración.

De igual manera, hay complicaciones derivadas de la localización del destinatario ya que como se impone la obligación de tributar en el país de destino, la determinación de este lugar cobra una especial importancia y puede aumentar los gastos de gestión de las empresas y dificultar el comercio. En este sentido, el art. 24 *ter* del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 modificado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2459 del Consejo, establece que cuando el valor de los servicios prestados no supere los 100.000 euros, se presume que el cliente está ubicado en el lugar que determine el prestador, basándose en un único elemento de prueba proporcionado por este, tal como la dirección IP o la información de la tarjeta de crédito. Si supera ese umbral, la presunción deja de aplicarse y debe aplicar las reglas generales para la localización del cliente, que requieren al menos dos elementos de prueba no contradictorios para determinar la ubicación del consumidor.

Como se puede apreciar, esto complica la labor de las empresas y puede generar incertidumbre en la determinación de la jurisdicción fiscal aplicable, lo que incrementa tanto los costes administrativos como el



riesgo de incurrir en errores o sanciones por un cumplimiento inadecuado del IVA.

C) Establecimiento permanente y comercio electrónico

Al igual que el concepto de residencia fiscal, la concepción de establecimiento permanente originalmente diseñada se ha quedado desactualizada y genera problemas en la recaudación de los impuestos. La LIS no contiene una definición específica de establecimiento permanente, pero sí se menciona a lo largo de la ley, como en el art. 22 LIS, en el que se excepciona de la tributación aquellas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente. En España, se sigue la definición contenida en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de 2017 (en adelante MCOCD⁴⁷) que fue modificada el 21 de noviembre de 2017 para adaptarse a la economía digital. El art. 5 del MCOCD lo define como el lugar fijo de negocios a través del cual una empresa lleva a cabo su actividad total o parcialmente y establece una serie de casos específicos que pueden ser entendidos como tal.

Siguiendo a HERMOSÍN ÁLVAREZ⁴⁸, los principales desafíos que presenta esta falta de adaptación del

⁴⁷ OCDE, «Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017», 2017, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

⁴⁸ HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., «Permanent establishment. The crisis of the article 5 OECD MC in the digital economy», en *Crónica Tributaria*, núm. 180, 2021, págs. 97-131, <https://dx.doi.org/10.47092/CT.21.3.4>



concepto a la actualidad digital son los siguientes. Comenzando por el problema de que el concepto que incluye este artículo 5 no abarca las actividades virtuales que se realizan sin presencia física en el Estado donde se genera la renta. Al entenderse que no hay un establecimiento permanente en ese país, no puede gravar los ingresos que se generen en su territorio. Según las normas del MCOCDE⁴⁹, la existencia de un agente dependiente autorizado también puede ser considerada como un establecimiento permanente, por lo que muchas empresas recurren a contratos de comisión para eludir esta regulación. De este modo, los beneficios se trasladan del lugar donde se genera el ingreso al Estado de residencia fiscal de la empresa, que puede ser un lugar con una tributación más baja.

Otro problema deriva de la exclusión de actividades consideradas como preparatorias o auxiliares de la definición de establecimiento permanente⁵⁰. Así, muchas empresas que prestan servicios digitales intentan encuadrar sus operaciones a estas actividades preparatorias o auxiliares para evitar la creación de un establecimiento permanente y, por ende, no pagar impuestos en el Estado donde se producen los ingresos. Estas actividades preparatorias o auxiliares son especificadas en el apartado 4 del MCOCDE, aquí se habla de aquellos establecimientos comerciales que, aunque contribuyen a la productividad de la empresa,

⁴⁹ Véase art. 5 *apartados 5 y 6* MCOCDE.

⁵⁰ Véase art. 5 *apartado 4* MCOCDE.



prestan servicios que están tan desvinculados de la obtención de los beneficios que resulta complicado asignarles una parte del mismo. Por lo tanto, el criterio decisivo radica en establecer si las actividades realizadas en ese establecimiento son una parte significativa de las operaciones generales de la empresa.

El problema surge al determinar que se considera como parte significativa ya que, por ejemplo, una empresa que vende productos a través de una plataforma en línea, pero establece un representante que se encarga de gestionar el pago o la logística de los envíos en un país en el que no está establecida la empresa, podría argumentar que no existe un establecimiento permanente en ese país, ya que la función del agente no está directamente vinculada a la obtención de beneficios, sino que es una actividad accesoria. Sin embargo, esta estrategia podría dar lugar a un caso de fraude fiscal si se considera que las actividades del agente son esenciales para la generación del beneficio.

Finalmente, el reconocimiento por parte de la OCDE de un servidor como establecimiento permanente⁵¹, entendido este servidor según la definición proporcionada por el Diccionario de la Real Academia Española como una "unidad informática que proporciona diversos servicios a computadoras conectadas con ella a través de una red". Este reconocimiento conlleva el designar como

⁵¹ Véase «Comentarios del artículo 5 sobre la definición de establecimiento permanente», apartado 123, MCOCDE.



establecimiento a un servidor que puede ser fácilmente trasladado a lugares de baja tributación. Por lo que, en el Estado desde el cual se realiza la compra a través de la página web alojada en un servidor no puede recaudar los tributos correspondientes a esa compra, ya que el servidor se encuentra en otro Estado.

Lo que señala el art. 5 del MCOCDE tiene una mayor conexión con la imposición directa, ya que se refiere a la atribución de competencia para gravar las rentas obtenidas por medio del establecimiento permanente, recogido asimismo en los arts. 7 y 8 LIS y 8 y 9 LIRPF. Sin embargo, el establecimiento permanente también tiene implicaciones en la imposición indirecta, especialmente en relación con el IVA. En este contexto, la existencia de un establecimiento permanente puede determinar la localización de las operaciones y del sujeto pasivo⁵². El art. 69 *tres* LIVA establece lo que se debe entender por establecimiento permanente a efectos del IVA: *"cualquier lugar fijo de negocios donde los empresarios o profesionales realicen actividades empresariales o profesionales"* y establece una lista de supuestos concretos que son considerados establecimiento permanente tales como la sede de

⁵² Las implicaciones del establecimiento permanente en el IVA han sido analizadas con mayor detenimiento por ARAQUE SALMERÓN, R., «La delimitación conceptual de establecimiento permanente en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido. Incidencia de su intervención en la tributación de las operaciones», en *Cuadernos de Formación*, vol. 24, núm. 10, 2019, págs. 5-19.



dirección, sucursales, oficinas, tiendas, minas, obras de construcción, etc. En principio, el concepto no es muy diferente del de la tributación directa, sin embargo, como ya mencionó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la Sentencia de 23 de marzo de 2006⁵³, no se puede aplicar la regulación de la OCDE al IVA ya que esta se refiere a la fiscalidad directa y el IVA a la indirecta.

Por lo tanto, si un empresario o profesional, cuya sede principal de actividad se encuentra en un Estado distinto al lugar donde se lleva a cabo una operación y, en este lugar, tiene un establecimiento permanente que interviene en la actividad, se le puede atribuir la condición de sujeto pasivo en el Estado donde tiene este establecimiento permanente⁵⁴. Por el contrario, si el establecimiento permanente no interviene, no se considera al empresario o profesional como establecido en ese territorio para efectos del IVA, lo cual puede tener implicaciones en quién asume la responsabilidad de liquidar el impuesto y puede servir de vía de escape para multinacionales que operan en Internet para evitar ser consideradas sujetos pasivos y tener que realizar ciertas obligaciones formales, tales como: la obligación de registrarse en el sistema tributario del país en cuestión, la obligación de presentar declaraciones periódicas del IVA, emitir facturas conforme a la normativa, aplicar los tipos impositivos correspondientes en el territorio o

⁵³ STJUE, *FCE Bank plc*, Asunto C-210/04, Sentencia de 23 de marzo de 2006.

⁵⁴ Véase art. 84 LIVA.



mantener registros contables adecuados para la correcta liquidación del impuesto.

Asimismo, el TJUE en la Sentencia de 13 de junio de 2024⁵⁵, estableció que para que una sociedad tenga un establecimiento permanente en un lugar diferente del de su sede debe tener una estructura con medios humanos y técnicos y que se utilicen de manera autónoma. Esto complica la determinación del establecimiento para aquellas empresas que actúan en otros Estados a través de páginas web u otros medios online ya que estos no serían considerados como establecimientos permanentes por no tener una estructura con medios humanos y técnicos. Por lo tanto, el criterio que sigue el TJUE para determinar la existencia de un establecimiento permanente basado en la existencia de una estructura física con recursos humanos y técnicos se ve desafiado en un contexto digital, donde las actividades empresariales pueden llevarse a cabo mediante medios digitales y sin necesidad de presencia física⁵⁶.

⁵⁵ STJUE Asunto C-533/22, Sentencia de 13 de junio de 2024 (ECLI:EU:C:2024:501).

⁵⁶ Se hace un análisis exhaustivo de la Sentencia de 13 de junio de 2024 y las implicaciones sobre la economía digital por GONZÁLEZ APARICIO, M., «Sobre el alcance del concepto “establecimiento permanente” en el IVA. Comentario a la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2024», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2024, págs. 301-316, Doi: 10.14679/3713.



D) Gestión tributaria

El auge del comercio electrónico ha generado importantes desafíos fiscales para los Estados, especialmente en lo que respecta a la gestión tributaria. Estos desafíos pasan por la correcta identificación del lugar en el que se deben realizar las declaraciones de los impuestos, donde se deben llevar a cabo los registros de facturación y la contabilidad o cómo gestionar los pagos a distancia. Para hacer frente a estas problemáticas, se han implementado mecanismos como la factura electrónica, los libros de contabilidad digitales, los pagos electrónicos y sistemas de “ventanilla única”. Sin embargo, persisten retos relacionados con la adaptación de las normativas fiscales tradicionales a la realidad del comercio digital y la lucha contra la evasión y el fraude fiscal en un contexto globalizado.

En primer lugar, la factura electrónica o “*e-factura*” hace referencia a una modalidad de facturación empresarial en la que se utilizan medios electrónicos para la emisión de facturas. Estas facturas electrónicas están firmadas digitalmente a través de certificados. Esta modalidad se crea para facilitar la gestión de las empresas de un gran volumen de facturas derivados de una economía globalizada, creciente y digital y para reducir los costes asociados a las facturas en papel⁵⁷.

⁵⁷ Se aborda el concepto de factura electrónica por RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á., «Aspectos normativos de la factura electrónica o e-factura en el ámbito europeo», en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 117, 2012, págs. 67-76 (ISSN 1576-2033).



En relación con el IVA, destaca Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. El art. 218 de esta Directiva establece que se acepta como factura cualquier documento, ya sea en papel o electrónico, que cumpla las condiciones establecidas en los siguientes artículos de la Directiva. Esta concepción tan amplia permite reconocer como facturas válidas a aquellas escaneadas, en formato PDF o incluso fotografías de facturas, además, no se exige un consentimiento por escrito del destinatario⁵⁸.

Sin embargo, esta flexibilidad puede generar problemas relacionados con la autenticidad y la trazabilidad de los documentos, dificultando el control efectivo de las ventas y aumentando el riesgo de fraude. En la LIVA, esto se recoge en el art. 164 *dos*, en el cual se especifica que puede expedirse una factura en formato electrónico siempre y cuando el destinatario dé su consentimiento. Asimismo, establece que se debe garantizar la autenticidad, integridad y legibilidad, lo cual se desarrolla el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. De este modo, la legislación española intenta solucionar los problemas

⁵⁸ Se describen las características de la factura electrónica en el marco de la UE por SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., «La facturación electrónica en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025, págs. 528-553. DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.528-553>



mencionados anteriormente respecto a la autenticidad. No obstante, no todos los países tienen las mismas garantías, y pese a que existen intentos de armonización por parte de la UE, cada país puede implementar requisitos específicos. En un contexto de comercio electrónico entre países con diferente regulación sobre la factura electrónica se dificulta la comprobación de legitimidad de estas.

En relación con los libros de contabilidad, es pertinente destacar el "Suministro Inmediato de Información del IVA" aplicable principalmente a grandes empresas y que implica la gestión de los libros del IVA a través de la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT). Este instrumento es un sistema automatizado de gestión del IVA que implementa un sistema que permite el envío y la recepción instantánea de registros de información sobre el impuesto a través de Internet⁵⁹. Se crea con arreglo al Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido⁶⁰ y se refiere a

⁵⁹ Más información sobre este sistema de gestión en Agencia Tributaria: *Suministro Inmediato de Información, información general*. Disponible en:

<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/suministro-inmediato-informacion/informacion-general.html>

⁶⁰ Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento General de las actuaciones y



aquellos libros registro mencionados en el art. 62.1 del Reglamento del IVA. Esto simplifica el proceso de comunicación de los registros, pero es necesario señalar que también implica costes tecnológicos y otros derivados de gestiones administrativas necesarias⁶¹. Los censos tributarios también son relevantes ya que permiten el control de las obligaciones tributarias por parte de la AEAT, por lo que se crea el “Censo de Obligados Tributarios” a nivel estatal para una correcta gestión censal y reducir incumplimientos de las obligaciones derivadas de una sociedad digital⁶².

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, y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

⁶¹ Se pone de manifiesto el problema de los costes tecnológicos en MALVÁREZ PASCUAL, L.A., «Estudio del Proyecto de Reglamento que establece los requisitos que deben adoptarlos programas informáticos que soporten los procesos de facturación: un paso en la digitalización de las empresas y en su interconexión con la Administración tributaria», en *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2022, págs. 1-17 (ISSN: 1132-8576).

⁶² Se mencionan los censos como uno de los desafíos del comercio electrónico en la aplicación de los tributos en RAMOS PRIETO, J. y ARRIBAS LEÓN, M., «El Impuesto sobre el Valor Añadido y el comercio electrónico. El régimen especial aplicable a los servicios prestados por vía electrónica», en



El comercio electrónico ha conllevado nuevas formas de pagos, ya sea a través de plataformas electrónicas o de monedas virtuales. En relación con estas monedas virtuales, definidas por el Banco de España como *"instrumentos de pago sin soporte físico basadas en un algoritmo matemático, el blockchain o la cadena de bloques"*⁶³, la falta de una regulación fiscal específica sobre éstas hace que muchas de las ganancias derivadas de las transacciones no sean declaradas y no se tribute por ellas⁶⁴. Recientemente, se ha aprobado la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. Esta ley incorpora algunas modificaciones a tributos para intentar encajar en ellos las monedas virtuales, en concreto, en el IRPF se establecen dos obligaciones informativas nuevas sobre la tenencia y operativa con

Aranzadi Jurisprudencia tributaria, núm. 15, 2007, págs. 11-59 (ISSN 1132-8568)

⁶³ Definición de criptomonedas por el Banco de España disponible en: <https://www.bde.es/wbe/es/areas-actuacion/politica-monetaria/preguntas-frecuentes/definicion-funciones-del-dinero/que-son-criptomonedas.html>

⁶⁴ CRUZ PALENZUELA, S., *Delitos contra la Hacienda pública: lucha y control del fraude fiscal en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2023 (ISBN: 978-84-1170-701-5)



monedas virtuales⁶⁵, posteriormente desarrolladas por el Real Decreto 249/2023, de 4 de abril. Pese a estos avances normativos, aún resulta complicada la gestión de las monedas virtuales y su correcta tributación, sobre todo en aquellos beneficios obtenidos en plataformas extranjeras⁶⁶.

Por último, no se puede hablar de gestión sin mencionar la extensión de la “ventanilla única”, un sistema para la gestión del pago del IVA. La “ventanilla única” u *One Stop Shop* da la posibilidad a los empresarios registrados en un Estado Miembro de la Unión de declarar electrónicamente el IVA de todas las ventas que realicen a consumidores finales sin necesidad de registrarse en cada uno de los países en

⁶⁵ Se abordan las novedades introducidas por esta ley en el artículo de RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., « Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (ue) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego [boe-a-2021-11473] Medidas de Prevención y Lucha Contra el Fraude Fiscal que Inciden Directamente en el Funcionamiento del Mercado Interior», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 264-268.

⁶⁶ Una mayor explicación sobre la problemática tributación de las monedas virtuales se halla en TABOADA VILLA, J., «Obligaciones de información relativas a monedas virtuales en el ámbito nacional», en *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 32, núm. 1, 2023, págs. 37-56 (ISSN 1132-9947).



los que operen⁶⁷. Esta consta de tres regímenes: el Régimen de la Unión, el Régimen Exterior de la Unión y el Régimen de importación, en función de las operaciones que realicen las empresas. Pese a simplificar las obligaciones formales, el sistema de “ventanilla única” no cubre los procedimientos de devolución del IVA pagado en exceso o erróneamente⁶⁸. Estos procesos deben gestionarse directamente con los Estados miembros, lo que puede resultar complicado. Además, cada Estado miembro gestiona su propio sistema por lo que estos pueden ser muy variados y dificultar el proceso de registro y declaración.

En conclusión, el crecimiento del comercio electrónico ha desafiado los marcos fiscales tradicionales y ha revelado la necesidad de revisar conceptos clave como la calificación de rentas, la localización del hecho

⁶⁷ Véase Agencia Tributaria, IVA y comercio electrónico: *Los nuevos regímenes especiales de ventanilla única aplicables a las prestaciones de servicios, ventas a distancia de bienes y determinadas entregas interiores*. Cuestiones generales.

Disponible en:
<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/iva/iva-comercio-electronico/cuestiones-generales.html?faqId=2e8c790496d78710VgnVCM100000dc381e0aRCRD>

⁶⁸ Se pone de manifiesto la necesidad de solicitar la devolución al Estado miembro implicado en RAMÍREZ GÓMEZ, S., «La tributación del comercio electrónico transfronterizo en el IVA: el nuevo régimen tributario de las ventas a distancia y las interfaces digitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 459, 2021, págs. 5-42
DOI: <https://doi.org/10.51302/rcyt.2021.7379>.



imponible, la residencia fiscal o el establecimiento permanente. Aunque se han implementado medidas para mitigar la evasión y el fraude fiscal, no se ha logrado adaptar la regulación al comercio electrónico para garantizar una recaudación eficiente. Como hemos visto, estos problemas conceptuales dificultan tanto la tributación de impuestos directos como el IRPF o el IS y como de impuestos indirectos como el IVA, sin embargo, la relevancia del IVA y de otros tributos en el comercio electrónico requieren de un análisis más concreto de estos en el siguiente apartado.

2. ANÁLISIS DE IMPUESTOS ESPECÍFICOS EN LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) El IVA

En el apartado anterior, al analizar los principales desafíos fiscales del comercio electrónico, se abordó su impacto en el IVA. Para evitar redundancias, en este apartado agruparemos dichos desafíos e incorporaremos algunas novedades.

En primer lugar, respecto a la localización del hecho imponible en el IVA, mencionábamos que surgen problemas por la tributación en un país diferente del de la sede principal. La aplicación del principio de tributación en destino implica conocer la regulación fiscal de los países en los que la empresa obtiene ingresos que deben ser declarados. Aunque esto se ha visto simplificado con el sistema de “ventanilla única” persisten limitaciones, como en los casos de



devoluciones, donde sigue siendo necesario ajustarse a la normativa de cada Estado. Otro desafío relevante es la identificación del sujeto que debe declarar el impuesto. En el comercio digital, la falta de una sede física o establecimiento permanente dificulta determinar quién debe asumir la obligación tributaria. Incluso si una empresa posee un establecimiento permanente, este podría no considerarse como tal a efectos del IVA si no participa directamente en la actividad o carece de los medios humanos y técnicos requeridos. Por último, la identificación del destinatario resulta crucial, dado que la tributación se debe efectuar en el lugar en que este se encuentre. Como vimos, a nivel europeo la regulación establece un sistema de presunción para las operaciones con un valor de menos de 100.000 euros, sin embargo, esto no se extiende a la totalidad de las operaciones por lo que, para aquellos casos no incluidos en estas presunciones, las empresas deben identificar por sus propios métodos a los destinatarios de sus servicios. Este proceso puede ser complejo en aquellos servicios que no necesiten de entrega física cuando el destinatario proporciona una dirección de un establecimiento público, una dirección falsa o directamente no otorga una dirección⁶⁹.

Como novedad, es importante destacar el papel de las interfaces digitales como *Amazon*, *eBay* o *AliExpress*. Estas aparecen reguladas en el art. 8 *bis* LIVA como

⁶⁹ BUDOVA, D. y LÓPEZ POMBO, D., «La tributación indirecta en España ante la digitalización de la economía», en *ICE, Revista De Economía*, núm. 917, 2020, págs. 93-111, <https://doi.org/10.32796/ice.2020.917.7140>.



una nueva categoría de entregas. De este modo, el operador de la interfaz actuará como sujeto pasivo cuando facilite una entrega y será considerado proveedor cuando sea una venta a distancia de bienes importados de terceros países cuyo valor no supere los 150 euros y cuando faciliten entregas de bienes dentro de la UE de un empresario no establecido en la Unión. En estos casos, se considera que a efectos fiscales la plataforma digital ha comprado y revendido los bienes al consumidor final y por ello deberá cumplir con las obligaciones del IVA e incluso si no es considerada proveedor sigue teniendo obligaciones de registro⁷⁰.

Para evitar problemas de doble imposición, la entrega del bien del proveedor original al titular de la plataforma digital se encuentra exenta de IVA⁷¹. Sin embargo, la plataforma depende de la información que le suministre el comerciante original, por lo que, si esta no es correcta, puede realizar una declaración inferior en el IVA. Además, se resalta la problemática de las diferencias en las regulaciones fiscales entre los Estados miembros de la Unión, que podrían generar

⁷⁰ Una explicación más detallada sobre el papel de las interfaces digitales en el IVA puede encontrarse en RAMÍREZ GÓMEZ, S., «La tributación del comercio electrónico transfronterizo en el IVA: el nuevo régimen tributario de las ventas a distancia y las interfaces digitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 459, 2021, págs. 5-42 DOI: <https://doi.org/10.51302/rcyt.2021.7379>.

⁷¹ Concepto destacado por OLIVER CUELLO, R., «Nuevas reglas en el IVA del comercio electrónico», en *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2021, págs. 53-82 (ISSN 1132-8576).



dificultades en la aplicación uniforme de la normativa en todo el mercado único facilitando actividades que permitan el uso de lagunas en las legislaciones para evadir impuestos.

Asimismo, la reducción de intermediarios por la digitalización del comercio reduce la cantidad total de IVA recaudado por el gobierno. El IVA se aplica en cada etapa de la cadena de suministro por lo que cuando hay menos intermediarios, hay menos transacciones donde se aplica el impuesto y se reduce la recaudación⁷². Como ha sido ya mencionado, el IVA se aplica en cada etapa de la cadena de suministro y los empresarios y profesionales pueden deducir el IVA soportado en las transacciones intermedias por lo que, aunque haya menos intermediarios, la recaudación no disminuye proporcionalmente en la misma medida, ya que el consumidor final, que no tiene derecho a deducir el IVA, sigue soportando la totalidad del impuesto en el precio final de los bienes o servicios. Además, la desaparición de los intermediarios tradicionales, impulsada por la proliferación de plataformas digitales, genera problemas económicos adicionales ya que las empresas locales se ven desplazadas, lo que reduce las oportunidades de emprendimiento y genera desempleo⁷³.

⁷² Se resalta el problema de la cadena de suministro en KAVOYA, J., «Las tecnologías digitales en la industria tributaria: IVA», en *Revista de administración tributaria CIAT*, núm. 43, 2018, págs. 54-68.

⁷³ Se aborda un mayor análisis sobre el impacto del comercio electrónico sobre el comercio local en la Tesis Doctoral de ALESANCO LLORENTE, M., «El papel de la tecnología desde el



Sin embargo, el problema más significativo radica en la evasión fiscal derivada de los traslados de residencia a jurisdicciones de baja o nula tributación lo que permite a algunas empresas, especialmente las que operan a través de plataformas digitales, eludir el pago de impuestos en el lugar en el que obtienen los beneficios.

B) Tributos locales, el Impuesto de Actividades Económicas.

El Impuesto de Actividades Económicas (en adelante, IAE) es un impuesto directo, de carácter real, obligatorio y de titularidad estatal cuya liquidación y recaudación está cedida a los entes locales, regulado en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL)⁷⁴. A efectos de su relevancia para la tributación del comercio electrónico cabe destacar que sirve de base del IRPF y del IVA, impuestos con supuestos de tributación por módulos definidos según la clasificación de actividades del IAE. Asimismo, cualquiera que realice una actividad económica a través de comercio digital debe darse de alta en el IAE e identificar su actividad en el epígrafe correspondiente, ya que el hecho imponible de este tributo no distingue el tipo de actividad realizada, y el

punto de venta y en el comportamiento del consumidor: nuevos patrones en el entorno omnicanal», en la *Universidad de la Rioja*, 2025.

⁷⁴ Un análisis profundo del IAE se halla en CEPA DUEÑAS, A., y TEJEDOR RUÍZ, C., *Sistema tributario local*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013 (ISBN: 978-84-941304-0-3).



art. 78.1 TRLRHL especifica que se grava el ejercicio de las actividades económicas "*se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto*". Esto puede conllevar problemas de clasificación debido a la realidad económica actual, dominada por modelos de negocio online, que difícilmente se encuadran entre las actividades calificables como económicas según este impuesto⁷⁵.

Además, si el comercio electrónico se combina con actividades físicas (como una tienda física), debe registrarse en el epígrafe correspondiente para cada actividad lo que dificulta aún más la categorización. Esta ambigüedad genera incertidumbre en su obligación de declarar el impuesto. En definitiva, la ausencia de un epígrafe específico para los negocios online dificulta su clasificación y tributación a efectos del IAE, lo que podría dar lugar a la omisión o incorrecta declaración de actividades, favoreciendo así la evasión fiscal y facilitando la realización de prácticas fraudulentas.

Igualmente, es importante tener en cuenta las exenciones del IAE, que pueden afectar cómo se clasifica y tributa a los negocios online. El art. 82.1. apartado c del TRLRHL establece que las personas físicas y jurídicas con un volumen de negocio inferior a 1 millón de euros están exentas de tributar por el IAE.

⁷⁵ Se presenta el problema de adaptación del IAE a la realidad económica por GARCÍA MARTÍNEZ, A., «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en MARÍN-BARNUEVO FABO, D., (coord.), *Los tributos locales*, Cizur Menor, Navarra, 2010, págs. 171-376 (ISBN: 978-84-470-3455-0)



Esto implica que, en muchos casos, los pequeños negocios online pueden estar exentos de este impuesto, lo que reduce la presión fiscal sobre ellos. Algunos de estos negocios podrían optar por no declarar sus actividades correctamente para beneficiarse de la exención, lo que genera riesgos de evasión fiscal.

C) Comercio electrónico y aduanas

El comercio de mercancías a nivel internacional se ha visto propulsado por la expansión del comercio electrónico por lo que es importante hablar del régimen jurídico de las aduanas. Los derechos de aduanas gravan las mercancías que entran o salen de un territorio, en el ámbito de la UE, concretamente en el Código Aduanero de la Unión se establecen los “derechos de importación” y “derechos de exportación”⁷⁶. Pero también hay otra serie de derechos aduaneros no recogidos en este código por ser con terceros países y sobre los que debe atenderse a la regulación nacional. Una de las principales problemáticas respecto a los derechos aduaneros, es la falta de unificación en la aplicación de la regulación europea, ya que no todos los Estados tienen los mismos controles sobre las declaraciones por lo que

⁷⁶ Se hace una exposición detallada sobre los derechos de aduanas por GARCÍA GUERRERO, D., «Bases del fenómeno aduanero», en LÓPEZ ESPADAFOR, C.M. (Dir.), *Bases de la fiscalidad internacional y de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 111-151 (ISBN: 9788413771250)



las empresas tienden a utilizar como punto de entrada aquellos países con menores controles y menores sanciones, actuando así de modo fraudulento. Este problema se presenta en empresas tradicionales, sin embargo, el auge del comercio electrónico ha aumentado las importaciones⁷⁷ por lo que se agrava el ya existente problema.

La Declaración del Tribunal de Cuentas⁷⁸ lo recalca al constatar que *"el comercio electrónico supone un reto para la gestión de los riesgos aduaneros"*, entendidos estos riesgos como la probabilidad de que se produzca un hecho que afecte al correcto funcionamiento del transporte aduanero⁷⁹. Esto se debe al aumento del número de importaciones de bajo valor ya que cada paquete requiere de una declaración lo que eleva el

⁷⁷ Según un comunicado de prensa de la COMISIÓN EUROPEA del 5 de febrero de 2025, en 2024 aproximadamente 4.600 millones de envíos de bajo valor ingresaron al mercado de la UE, lo que equivale a 12 millones de paquetes diarios. Esta cifra es el doble de la registrada en 2023 y tres veces mayor que en 2022.

Comunicado disponible en:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_25_410/IP_25_410_ES.pdf

⁷⁸ TRIBUNAL DE CUENTAS, «Controles aduaneros: la armonización insuficiente es un obstáculo para los intereses financieros de la UE», Informe Especial, núm. 4, 2021. Disponible en: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_04/SR_Customs_controls_ES.pdf

⁷⁹ Siguiendo la definición del Diccionario panhispánico del español jurídico, 2023. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/riesgo-aduanero>



número de declaraciones y dificulta la realización de controles y aumenta el riesgo de irregularidades como el fraude.

En relación con estas importaciones de bajo valor, una de las medidas implementadas en España para hacer frente al fraude en estas operaciones es la Plataforma de Importación de Pequeños Envíos (PIPE). Esta herramienta tiene como objetivo facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y formales derivadas de la normativa europea. A través del régimen IOSS (*Import One Stop Shop*), se permite que el IVA aplicable a envíos de escaso valor, de hasta 150 euros, sea recaudado directamente por el proveedor o la plataforma electrónica, y declarado en el Estado miembro donde esté registrado, siendo el tipo de IVA aplicable el del Estado miembro de la UE en el que se entregan las mercancías⁸⁰.

Aunque este sistema reduce significativamente las cargas administrativas y mejora el control fiscal, sigue presentando riesgos importantes. Entre ellos destacan: el riesgo de que los proveedores opten por registrarse en Estados miembros con controles fiscales más laxos, el riesgo de infravaloración sistemática de

⁸⁰ Véase Agencia Tributaria: *PIPE. Plataforma Importación Pequeños Envíos*. Disponible en: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/aduanas/comercio-electronico-pipe-envios-particulares/pipe-plataforma-importacion-pequenos-envios.html?faqId=c7f33f5aebac8710VgnVCM100000dc381e0aRCRD>



los productos para permanecer dentro del umbral de escaso valor y la dificultad de comprobar la veracidad de los datos facilitados por vendedores radicados fuera de la UE. Todo ello plantea retos considerables para los órganos de control como la AEAT y el Servicio de Vigilancia Aduanera, que deben vigilar un volumen creciente de operaciones digitales transfronterizas con recursos limitados.

Para garantizar una gestión eficaz, es fundamental disponer de datos precisos y fiables de aquellos productos que entran a través de las aduanas. En este sentido, el Reglamento Delegado (UE) 2015/2446⁸¹ ya subrayaba la importancia de mejorar la calidad de los datos incluidos en las declaraciones sumarias de entrada. El auge del comercio electrónico implica un gran número de operadores y envíos, lo que puede comprometer la calidad de la información proporcionada y dificultar la identificación correcta de los productos y su consiguiente tributación.

Se pone de manifiesto, por tanto, que el crecimiento sin precedentes del comercio electrónico ha dificultado la capacidad operativa de la AEAT, especialmente con respecto al Servicio de Vigilancia Aduanera. La entrada masiva de pequeños paquetes provenientes de terceros países, especialmente aquellos declarados por valores inferiores al umbral mínimo de tributación, ha

⁸¹ Véase considerando 33 del REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/2446 DE LA COMISIÓN de 28 de julio de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión.



incrementado exponencialmente el número de expedientes a procesar, lo que complica enormemente la identificación de fraudes y la correcta aplicación de aranceles. A ello se suma la utilización de plataformas intermediarias que no siempre colaboran con las autoridades fiscales, dificultando la trazabilidad de las operaciones. Además, el fraccionamiento artificial de envíos para evitar umbrales de tributación, las subdeclaraciones de valor o la clasificación errónea de productos son algunas de las prácticas que pueden ser utilizadas para eludir el pago de derechos de aduana y del IVA a la importación. Estos desafíos requieren de una modernización de los sistemas de control y una cooperación más estrecha a nivel europeo e internacional.

En resumen, el comercio electrónico plantea desafíos significativos para la tributación, tanto en el IVA como en los impuestos locales y aduaneros, como la dificultad de aplicar y recaudar correctamente el IVA, la falta de clasificación para negocios online en el IAE o las dificultades de controles aduaneros. Por ello, es crucial actualizar las normativas para adaptarse a estas nuevas realidades y garantizar el cumplimiento fiscal.



IV. CAPÍTULO III: RETOS FUTUROS Y AVANCES EN LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. EL PAPEL DE LA OCDE: DEL PLAN BEPS AL ENFOQUE DE DOS PILARES

La OCDE ha tenido un papel central en la creación de un marco internacional para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización, especialmente en relación con el fraude y la evasión fiscal. Entre estas medidas destaca el Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS). Este plan se aprueba para favorecer la cooperación en materia tributaria y establece 15 acciones con medidas sobre materia fiscal internacional con el objetivo de garantizar el pago de los impuestos en el lugar en que se generen⁸².

Este plan tiene como objetivo principal garantizar que los impuestos se paguen donde realmente se generan los beneficios económicos, es decir, donde se produce la actividad empresarial y se crea valor, evitando así que las multinacionales utilicen estructuras fiscales agresivas para reducir artificialmente su carga impositiva. Con estas 15 acciones se busca crear coherencia internacional en el IS, neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos como la doble exención o deducción, reforzar la normativa en materia de deducciones, combatir las prácticas tributarias perjudiciales y artificiosas, evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, mejorar los

⁸² CRUZ PALENZUELA, S., *Delitos contra la Hacienda pública: lucha y control del fraude fiscal en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2023 (ISBN: 978-84-1170-701-5)



mecanismos de resolución de controversias y finalmente, desarrollar un instrumento multilateral⁸³.

Posteriormente, en 2015 se elaboró un informe sobre la aplicación del Plan BEPS, en este informe se destaca, en primer lugar, que todos los países pertenecientes a la OCDE y al G20 trabajaron de manera conjunta lo que constituye una colaboración sin precedentes. En segundo lugar, señala que se alcanzó un acuerdo en relación con un amplio paquete de medidas con nuevos estándares mínimos y estrategias comunes. En tercer lugar, las administraciones tributarias obtuvieron mayor información sobre los países a efectos de evaluar riesgos y destinar recursos a la inspección de manera más efectiva. Finalmente, se empezaron a observar indicios de un impacto en el comportamiento de los contribuyentes incluso antes de la implementación completa del proyecto. El informe concluye con que da comienzo a la fase de implementación de estas medidas a través de la legislación interna de los Estados y los tratados internacionales⁸⁴.

Sin embargo, estos informes, al carecer de obligatoriedad para los Estados han presentado efectos

⁸³ OCDE, «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios», 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>

⁸⁴ OCDE, «Proyecto BEPS - Nota explicativa: Informes Finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios», Éditions OCDE, Paris, 2013.

Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263567-es>



limitados. Por ello, en 2021, se aprobó la Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía⁸⁵. Esta medida consta de dos pilares. El primer pilar busca una distribución más justa de los beneficios y derechos de imposición entre los países, centrándose en las grandes empresas multinacionales que más se benefician de la globalización. Este pilar introduce medidas para reforzar la seguridad jurídica tributaria, como un mecanismo obligatorio y vinculante de resolución de controversias. Además, contempla la eliminación de impuestos sobre los servicios digitales y otras medidas similares, con el fin de reducir conflictos fiscales internacionales. El segundo pilar establece límite a la competencia fiscal en el IS a través de la aprobación de un impuesto mínimo global. Se incluye asimismo una exclusión para fomentar la actividad económica sustancial, y se protege a los países en desarrollo mediante una *“cláusula de sujeción a imposición”* (CSI)⁸⁶.

⁸⁵ OCDE, «Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía», 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/declaracion-sobre-el-enfoque-de-dos-pilares-para-abordar-los-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-de-la-economia-octubre-2021.pdf>

⁸⁶ OCDE, «Enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía», 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/cross-border-and-international-tax/puntos-destacados-enfoque-de-dos-pilares-para-abordar-los->



La OCDE ha desempeñado un rol determinante en la configuración de sistema normativo fiscal global adaptado a los retos del siglo XXI, especialmente en el contexto del comercio digital. Aunque el Plan BEPS representó un primer gran paso hacia una mayor cooperación y transparencia, fue el enfoque de los dos pilares el que marcó una evolución sustancial en la búsqueda de una fiscalidad más equitativa y eficaz a nivel internacional. A continuación, abordaremos cómo la Unión Europea ha adoptado estas iniciativas y cómo España ha respondido a las propuestas europeas e internacionales, destacando las reformas clave, como las implementadas en diciembre de 2024.

2. LA RESPUESTA NORMATIVA DE LA UE Y SU ADAPTACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El segundo pilar del enfoque de la OCDE que establecía la aprobación de un impuesto mínimo global ha sido recogido por la Directiva (UE) 2022/2523 del Consejo de 15 de diciembre de 2022 relativa a la garantía de un nivel mínimo global de imposición para los grupos de empresas multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud en la Unión y traspuesto a la legislación española a través de la Ley 7/2024, de 20 de diciembre, por la que se establecen un Impuesto Complementario para garantizar un nivel mínimo global de imposición para los grupos multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud, conocido como impuesto mínimo

[desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-de-la-economia-octubre-2021.pdf](#)



global, un Impuesto sobre el margen de intereses y comisiones de determinadas entidades financieras y un Impuesto sobre los líquidos para cigarrillos electrónicos y otros productos relacionados con el tabaco, y se modifican otras normas tributarias (en adelante, Ley 7/2024).

El objetivo del impuesto mínimo global es evitar que las grandes empresas, incluidos los gigantes digitales como *Amazon*, *eBay* o *AliExpress*, reduzcan su carga fiscal trasladando sus beneficios a territorios con baja o nula tributación. Para ello, si una empresa situada en la UE o con una matriz en este territorio tenga un tipo impositivo inferior al 15% se le exigirá un impuesto complementario para alcanzar este mínimo⁸⁷. Por tanto, con el impuesto mínimo global se pretende evitar que los países compitan de manera desleal bajando sus gravámenes para atraer grandes empresas y se busca aumentar el atractivo de mantener las empresas locales⁸⁸. En la Ley 7/2024 se especifica que el ámbito subjetivo de este impuesto se circunscribe a aquellos grupos empresariales de gran magnitud, en este caso, a aquellos con un importe neto

⁸⁷ La referencia a este impuesto complementario se basa en el análisis de GARCÍA DE PABLOS, J. F., «El Impuesto complementario para garantizar el nivel mínimo global de imposición», en *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2024. s. p. (ISSN 1132-8576), donde se examina su implementación en la Unión Europea y sus implicaciones fiscales.

⁸⁸ Se lleva a cabo una explicación más detallada del Impuesto Complementario por el profesor MULEIRO PARADA, L. M., «Un análisis integrado del Impuesto Complementario para garantizar el nivel global mínimo de tributación de los grandes grupos empresariales», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2024, págs 169-210 (ISSN: 1696-0173), pág. 176.



de la cifra de negocios superior a 750 millones de euros en, al menos, dos de los cuatro ejercicios anteriores, siempre que operen en el mercado único⁸⁹. De este modo, se protegen las pequeñas y medianas empresas y, al haber pocas entidades que superen el umbral, se evita sobrecargar a la Administración tributaria.

En la Memoria de Impacto Normativo del impuesto complementario⁹⁰ se evidencia que los contribuyentes de este impuesto deberán soportar unos costes de implementación elevados por lo que la Ley 7/2024 incorpora un conjunto de disposiciones transitorias para mitigar ese esfuerzo inicial. Entre ellas, la disposición transitoria segunda que establece unos porcentajes de exclusión de rentas con carácter transitorio hasta 2032, para evitar un salto brusco en la carga fiscal, la disposición transitoria tercera que exime de exigibilidad del impuesto complementario nacional durante los 5 primeros años de la fase inicial de actividad internacional del grupo o la disposición transitoria cuarta que establece la no exigencia del impuesto en ejercicios

⁸⁹ Véase Preámbulo Ley 7/2024.

⁹⁰ Se analiza el impacto económico general del impuesto por el MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Dirección General de Tributos. Resumen Ejecutivo «MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO del Anteproyecto de Ley XX/2024, de XX de XX, por la que se establece un Impuesto Complementario para garantizar un nivel mínimo global de imposición para los grupos multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud.», 2023. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/SGT/NormativaDoctrina/proyectos/20122023-main-apl-impuesto-complementario.pdf>



iniciados entre el 31 de diciembre de 2023 y el 31 de diciembre de 2026, siempre que se presente una información país por país "admisible". De este modo, se mitiga el esfuerzo a los contribuyentes, pero también se limita la efectividad del impuesto ya que muchas grandes empresas pueden evitar el pago de este impuesto hasta 2027 reduciéndose drásticamente la recaudación inicial y diluyendo el efecto disuasorio del impuesto.

En definitiva, la trasposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2022/2523 a través de la Ley 7/2024, materializa el segundo pilar de la OCDE, adaptando nuestras normas para asegurar que los grandes grupos empresariales paguen, como mínimo, un 15% de impuestos. No obstante, las disposiciones transitorias diseñadas para suavizar los elevados costes de implementación limitan de forma significativa la recaudación y eficacia de la norma. Por lo que, será clave evaluar la eficacia real de estos mecanismos provisionales para que, una vez superado el periodo de adaptación, el impuesto complementario cumpla plenamente su propósito de frenar la competencia fiscal desleal y consolidar la tributación equitativa en el mercado único.

3. DESAFÍOS FUTUROS: HACIA UNA ARMONIZACIÓN FISCAL GLOBAL

Tras examinar los avances logrados, es importante señalar los desafíos futuros en materia de tributación y las estrategias previstas para afrontarlos. Para ello, tomaremos como referencia las Propuestas de Directiva de la Unión Europea de 2018. En primer lugar, la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se



establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa⁹¹. Esta propuesta plantea una reforma del IS en la UE para las actividades digitales, permitiendo que estas tributen en el Estado donde mantengan una interacción significativa, incluso sin presencia física en ese territorio.

Para ello, se adopta un criterio económico basado en los ingresos que tenga la empresa en un territorio, lo que facultaría a ese país a gravar a esa empresa. Se incorpora el concepto de presencia digital significativa para establecer este vínculo con la empresa y el territorio donde operan, este concepto se añade como complemento al de establecimiento permanente garantizando su adaptabilidad y aplicación a un contexto digital. Para determinar si existe dicha presencia, se proponen tres criterios principales: los ingresos generados por servicios digitales, el número de usuarios de esos servicios y el número de contratos empresariales relacionados. Estos indicadores sirven para identificar la "huella digital" de una empresa en una jurisdicción y de ese modo, poder vincular su tributación a esa jurisdicción⁹². De este modo, se solucionarían los retos

⁹¹ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa, COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS). Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52018PC0147>

⁹² Véase Exposición de motivos, otros elementos, explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta: presencia digital significativa (artículo 4) de la Propuesta de



que hemos observado anteriormente sobre el establecimiento permanente y la residencia fiscal. Sin embargo, aún se presentan desafíos como la exigencia de un sistema de información muy complejo⁹³ y no se armoniza completamente la valoración de la “contribución digital” entre Estados, lo que deja margen a interpretaciones divergentes.

Por otro lado, la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales⁹⁴ crea

DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa.

⁹³ Puesto de manifiesto en la evaluación de impacto de la Propuesta: COMISIÓN EUROPEA, «DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales», 2018. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0082>

⁹⁴ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS). Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM:2018:0148:FIN>



un impuesto provisional del 3% a determinadas actividades digitales clave como la intermediación entre usuarios para la compraventa de bienes y servicios para evitar que los Estados adopten medidas unilaterales que afecten al mercado único⁹⁵.

La medida propuesta pretende solucionar el desafío que presentan las interfaces digitales en cuanto a diferencias de regulación, ya que pueden surgir distorsiones fiscales si una plataforma se registra en un país con normas fiscales más laxas perjudicando la recaudación de impuestos en otros países. Este impuesto está diseñado para aquellas empresas con unos ingresos mundiales anuales que superen los 750 millones de euros y unos ingresos digitales imposables anuales totales en la UE de 50 millones de euros independientemente de si están establecidas en un Estado miembro o en una jurisdicción no perteneciente a la UE⁹⁶. Por lo que para estar sujetos a este impuesto basta con que los usuarios del servicio se encuentren en la UE. Además, gravaría los ingresos brutos digitales, no la rentabilidad, por lo que no se distinguiría entre ganancias y costes, lo que perjudicaría a empresas con márgenes de beneficios bajos. Esto

⁹⁵ Se explican las dos propuestas con mayor detenimiento en RAMOS HERRERA, A. J., «Reflexiones sobre la necesidad de tributación de determinados servicios digitales», en *Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 5, 2020, págs. 183-193 (ISSN 1578-0244).

⁹⁶ Véase art. 4 Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales.



puede incentivar el traslado de costes fuera del país en el que se debe pagar el impuesto reduciendo así la recaudación⁹⁷.

Finalmente, cabe destacar que este impuesto sobre servicios digitales se diseñó como una medida transitoria hasta que se adoptasen las reglas del Pilar Uno de la OCDE-G20. Las negociaciones multilaterales no se han culminado⁹⁸, lo que ha obligado a prorrogar los plazos y la falta de consenso entre los Estados miembros ha provocado que este impuesto a ciertos servicios digitales haya sido finalmente suspendido⁹⁹.

Por ende, como menciona el Parlamento Europeo, medidas como el Impuesto sobre los Servicios Digitales serían una solución temporal ya que para obtener un

⁹⁷ Una mayor explicación de la erosión de las bases imponibles en NAFARRATE, B., «COMBATTING BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING: IS A DIGITAL SERVICE TAX ON REVENUE THE RIGHT PATH TOWARD EQUITABLE INTERNATIONAL TAXATION? » en *Southwestern Journal of International Law*, núm 2, vol. 27, 2021, págs. 369-387, pág. 369.

⁹⁸ Se explica en profundidad el Impuesto sobre los servicios digitales por VÁZQUEZ, J. M., «Digital Services Taxes in the European Union: What Can We Expect?», en *Kluwer International Tax Blog*, 14 de febrero de 2023, s. p. Disponible en: <https://kluwertaxblog.com/2023/02/14/digital-services-taxes-in-the-european-union-what-can-we-expect/>

⁹⁹ Se menciona el recorrido de los Impuestos sobre servicios digitales y la suspensión en la UE por BORDERS, K., BALLADARES, S., BARAKE, M. y BASELGIA, E., «Digital Service Taxes», en *Eutax Observatory*, 2023, págs 3-18, pág 17. Disponible en: https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/06/EUTO_Digital-Service-Taxes_June2023.pdf?utm_source



resultado óptimo sería necesario implementar normas a nivel global a través de la OCDE. Por ello, los problemas planteados en este trabajo, como la calificación de rentas, la localización del hecho imponible o la presencia física de las empresas digitales, siguen sin resolverse, lo que destaca la necesidad de una reforma fiscal más coordinada a nivel internacional para evitar la evasión fiscal y el fraude.

V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto cómo el auge del comercio electrónico ha transformado profundamente el escenario económico y fiscal a nivel internacional, planteando desafíos sin precedentes para los sistemas tributarios tradicionales. La digitalización de las actividades económicas, junto con la globalización de los mercados y la desmaterialización de los bienes y servicios, ha hecho que las normas fiscales vigentes resulten, en muchos casos, ineficaces o inadecuadas para gravar adecuadamente estas nuevas formas de negocio.

Uno de los principales retos identificados ha sido la dificultad para aplicar los conceptos clásicos de fiscalidad, como la residencia fiscal, la localización del hecho imponible o la existencia de establecimiento permanente, a empresas que operan a través de Internet. Este vacío normativo ha sido aprovechado por las multinacionales digitales para trasladar artificialmente sus beneficios a jurisdicciones con baja o nula tributación, erosionando la base imponible de los



países en los que realmente se genera el valor. Así, se evidencia una necesidad urgente de revisar y adaptar estos conceptos clave al contexto digital.

En este marco, organismos internacionales como la OCDE han intentado adaptar la normativa tributaria a la realidad económica actual, primero con el Plan BEPS y posteriormente con el Enfoque de los Dos Pilares. Especialmente relevante ha sido el segundo pilar, centrado en establecer un impuesto mínimo global del 15% para los grandes grupos empresariales. La incorporación de esta propuesta en la normativa europea mediante la Directiva (UE) 2022/2523 y su posterior trasposición al ordenamiento español a través de la Ley 7/2024 representa un avance significativo en la lucha contra la elusión fiscal por parte de las grandes plataformas digitales. Ahora bien, también se ha puesto de relieve que la aplicación de este impuesto mínimo global se enfrenta a limitaciones importantes. Las disposiciones transitorias contempladas en la Ley 7/2024, si bien tienen como finalidad facilitar la adaptación de las empresas y evitar un impacto fiscal excesivo en la fase inicial, pueden diluir en gran medida la eficacia de la norma. La posibilidad de postergar el cumplimiento efectivo del impuesto hasta el año 2027 en ciertos casos implica una merma en la recaudación durante los primeros años y compromete, al menos en el corto plazo, el objetivo de frenar la competencia fiscal desleal.

Otro punto esencial ha sido el análisis del IVA en el comercio electrónico. Aunque se han introducido mejoras notables con sistemas como la "ventanilla única" o el régimen IOSS, siguen existiendo ciertos obstáculos,



como la no inclusión de la gestión de las devoluciones a través de la “ventanilla única”, la falta de concreción del concepto de establecimiento permanente tradicional a las nuevas formas de comercio digital o la falta de armonización de las normas tributarias entre los distintos Estados miembros de la UE. Además, la creciente participación de plataformas digitales como intermediarias plantea nuevos desafíos para la Administración tributaria, especialmente en cuanto al control y la correcta recaudación del impuesto.

En el ámbito de la imposición directa, tanto el IRPF como el IS presentan complejidades relacionadas con la calificación de las rentas derivadas del comercio electrónico. La ambigüedad en la naturaleza de estas rentas está facilitando estrategias de planificación fiscal agresiva o incluso evasión. A ello se suma la dificultad para identificar correctamente la residencia fiscal de contribuyentes en contextos donde la actividad empresarial se desarrolla sin presencia física, lo cual ha dado lugar a situaciones de doble no imposición o tributación insuficiente.

También se ha abordado el impacto de la digitalización sobre tributos locales como el IAE y sobre la gestión aduanera. En el primer caso, la falta de epígrafes adecuados para los negocios digitales y las exenciones presentes en la ley dificultan su correcta clasificación y fiscalización. En el segundo, el auge del comercio electrónico ha sobrecargado la capacidad operativa de las autoridades aduaneras, haciendo más difícil controlar



adecuadamente la importación masiva de pequeños envíos y detectar posibles fraudes asociados.

No menos importante es el papel que desempeña la gestión tributaria en este nuevo contexto. La digitalización fiscal exige una modernización profunda de los sistemas de control y recaudación. Los principales retos a los que se enfrenta la Administración tributaria giran en torno a la correcta identificación del lugar de tributación, la gestión de registros y la recaudación efectiva de los impuestos. Para afrontarlos, se han desarrollado herramientas como la factura electrónica, los libros de contabilidad digitales (como el Suministro Inmediato de Información del IVA), la "ventanilla única" para declarar el IVA en la UE o el intento de un mayor control sobre los nuevos medios de pago como las criptomonedas. Sin embargo, la disparidad normativa entre países, los costes de implementación tecnológica y la dificultad de fiscalizar plataformas digitales siguen limitando la eficacia del sistema. Por tanto, es necesario continuar fortaleciendo un modelo de gestión tributaria más eficiente, adaptado a las particularidades del entorno digital, que favorezca el cumplimiento fiscal y reduzca las desigualdades entre Estados evitando la competencia desleal en materia tributaria.

En conclusión, es evidente que el comercio electrónico ha llegado para quedarse, y con él una serie de retos fiscales que no pueden ser ignorados. Si bien se han dado pasos importantes en la adecuación normativa, tanto a nivel nacional como internacional, aún queda un largo camino por recorrer. No basta ya con ajustar normativas ni ampliar mecanismos existentes: el desafío exige un cambio de paradigma. Una reforma



verdaderamente eficaz debería apostar por la creación de una Autoridad Fiscal Digital supranacional, al estilo de una agencia europea o incluso global, como la planteada por LUCAS-MAS y JUNQUERA-VARELA en su análisis sobre un modelo de Agencia Global del Internet¹⁰⁰. Una autoridad encargada de supervisar, coordinar y recaudar de forma directa ciertos impuestos digitales garantizando así una fiscalidad homogénea, transparente y adaptada a la realidad virtual.

Esta entidad podría operar sobre la base de tecnologías como *blockchain*, tal y como se propone en el estudio de YENT¹⁰¹ asegurando su trazabilidad, control y reducción del fraude. Con una propuesta de este calibre se podría avanzar hacia una tributación moderna, equitativa y

¹⁰⁰ La idea de crear una autoridad fiscal digital supranacional también ha sido planteada por LUCAS-MAS, C. O., y JUNQUERA-VARELA, R. F., *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency*, World Bank, Washington, DC, 2021 (doi:10.1596/978-1-4648-1654-3.). En esta obra proponen la creación de una Agencia Global del Internet con capacidad para administrar un impuesto sobre los datos digitales y ejercer funciones supranacionales de coordinación y recaudación fiscal en todas las jurisdicciones participantes.

¹⁰¹ Se hace referencia al estudio de YENT, K., «Applying Blockchain Technology to Cross-Border Tax Reporting», en *University College London Centre for Blockchain Technologies, Discussion Papers*, núm. 4, 2020, págs. 2-42, pág. 19, por su aportación técnica al debate, al plantear la aplicación de tecnologías como *blockchain* en el intercambio de información fiscal, lo que permitiría reforzar tanto la trazabilidad como la privacidad de los contribuyentes.



eficiente que no dependiese del lugar donde se registre una empresa, sino del valor real que genera y del uso que hace de los mercados digitales. La reforma fiscal del siglo XXI no puede quedarse en ajustes puntuales, sino que requiere de una transformación integral y ambiciosa, capaz de cambiar por completo el modo en que se concibe, gestiona y aplica la fiscalidad en el contexto digital global.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:ÁLAMO CERRILLO, R. *La Economía Digital y El Comercio Electrónico. Su Incidencia En El Sistema Tributario*, Dykinson, Madrid, 2016 (ISBN 9788490859841).

CEPA DUEÑAS, A., y TEJEDOR RUÍZ, C., *Sistema tributario local*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013 (ISBN: 978-84-941304-0-3).

CRUZ PALENZUELA, S., *Delitos contra la Hacienda pública: lucha y control del fraude fiscal en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2023 (ISBN: 978-84-1170-701-5).

JUNQUERA-VARELA, R. F., *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency*, World Bank, Washington, DC, 2021 (doi:10.1596/978-1-4648-1654-3).

OLIVER CUELLO, R., *Internet y tributos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012 (ISBN: 978-84-940751-8-6).

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.) y DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L. (Coord.), *MANUAL DE 350 CONCEPTOS*



JURÍDICO-CRIMINOLÓGICOS BÁSICOS Una guía para comprender el Derecho público, Editorial Colex, S.L., A Coruña, 2024 (ISBN: 978-84-1194-737-4).

Monografías, *Practicum Fiscal*, Editorial Aranzadi, S.A.U., 1ª ed., noviembre 2015, (ISBN 978-84-9898-947-2).

Capítulos de libros:

ÁLAMO CERRILLO, R., «La tributación de los servicios digitales ¿aplicación del principio de neutralidad o suficiencia?», en COLLADO YURRITA, M.A., ROMERO FLOR, L.M (coord.), *Tributación de la economía digital*, Atelier, Barcelona, 2020, (ISBN: 978-84-17466-96-1).

ÁLAMO CERRILLO, R., *La Economía Digital y el Comercio Electrónico. Su incidencia en el Sistema Tributario*. Dykinson, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ GÓMEZ DEL CASTILLO, AM., «El comercio electrónico; imposición directa e indirecta» en WISNER GLUSKO, DC,. (Coord.), *Administración electrónica: Retos jurídicos y tecnológicos de su implantación en Andalucía*, Fundación San Pablo Andalucía CEU, Sevilla, 2018, (ISBN: 978849359206).

GARCÍA GUERRERO, D., «Bases del fenómeno aduanero», en LÓPEZ ESPADAFOR, C.M. (Dir.), *Bases de la fiscalidad internacional y de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 111-151 (ISBN: 9788413771250)



GARCÍA MARTÍNEZ, A., «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en MARÍN-BARNUEVO FABO, D., (coord.), *Los tributos locales*, Cizur Menor, Navarra, 2010, págs. 171-376 (ISBN: 978-84-470-3455-0)

Revistas:

ÁLAMO CERRILLO, R., «La evolución del concepto de residencia fiscal y de establecimiento permanente ante el desarrollo de la economía digital», en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 56, 2019, (ISSN 2443-9843).

ALESANCO LLORENTE, M., «El papel de la tecnología desde el punto de venta y en el comportamiento del consumidor: nuevos patrones en el entorno omnicanal», en la *Universidad de la Rioja*, 2025.

ALFONSO GALÁN, R. M. « Real Decreto 424/2021, de 15 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, y el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio [oe-a-2021-10026] », en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, núm. 2, 2022, (ISSN: 2340-5155).

ALMUDÍ CID, J.M., «Las reglas de limitación de la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades a la luz del derecho de la Unión Europea», en



Revista Técnica Tributaria, vol. 3, nº 142, 2023, págs. 7-19. <https://doi.org/10.48297/rtt.v3i142.2386>.

ALONSO GARCÍA, J., «Evolución de las cláusulas antiabuso en la normativa y jurisprudencia comunitaria», en *Cuadernos de Formación*, vol. 22, nº 2, 2022, págs. 17-32.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «El nuevo IVA del comercio electrónico», en *Retos tecnológicos, Nueva fiscalidad*, Atelier, Barcelona, 2022, <https://hdl.handle.net/2445/217499> (ISBN: 978-84-18780-27-1).

ARAQUE SALMERÓN, R., «La delimitación conceptual de establecimiento permanente en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido. Incidencia de su intervención en la tributación de las operaciones», en *Cuadernos de Formación*, vol. 24, núm. 10, 2019, págs. 5-19.

BARANDA CANTALAPIEDRA, F., «Novedades en la tributación en el IVA del comercio electrónico», en *Cuadernos de Formación*, vol. 28, núm. 3, 2022, (ISSN 2605-4477).

BORDERS, K., BALLADARES, S., BARAKE, M. y BASELGIA, E., «Digital Service Taxes», en *Eutax Observatory*, 2023, págs 3-18. Disponible en: https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/06/EUTO_Digital-Service-Taxes_June2023.pdf?utm_source



BUDOVA, D. y LÓPEZ POMBO, D., «La tributación indirecta en España ante la digitalización de la economía», en *ICE, Revista De Economía*, núm. 917, 2020, <https://doi.org/10.32796/ice.2020.917.7140>.

CALVO VÉRGEZ, J., «Una aproximación a las principales cuestiones derivadas de la fiscalidad del comercio electrónico», en *Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2009, (ISSN 1578-0244).

EDITORIAL, «Publicada la Ley 13/2023, de 24 de mayo, que introduce modificaciones en la LGT, LIVA, LIS y TRLIRNR» en *Centro de Estudios Financieros*, 2023. Disponible en: <https://www.fiscal-impuestos.com/Ley-13-2023-medidas-fiscales-modificaciones-lgt-liva-lis-trlrnr.html>

FERRER VIDAL, D., «Análisis jurídico de la residencia fiscal digital de las sociedades y sus conflictos de residencia. ¿Ha llegado el momento de apostar por un cambio radical de paradigma?», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 42, 2025, doi:10.7238/idp.v0i42.432061.

GARCÍA DE PABLOS, J. F., «El Impuesto complementario para garantizar el nivel mínimo global de imposición», en *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2024. s. p. (ISSN 1132-8576).

GONZÁLEZ APARICIO, M., «Sobre el alcance del concepto “establecimiento permanente” en el IVA. Comentario a la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2024», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2024, págs. 301-316, Doi: 10.14679/3713.



HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., «Permanent establishment. The crisis of the article 5 OECD MC in the digital economy», en *Crónica Tributaria*, núm. 180, 2021, págs. 97-131, <https://dx.doi.org/10.47092/CT.21.3.4>

JIMÉNEZ VARGAS, P. J., «Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional», en *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 289-328, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6258>.

KAVOYA, J., «Las tecnologías digitales en la industria tributaria: IVA», en *Revista de administración tributaria CIAT*, núm. 43, 2018, págs. 54-68, (ISSN 1684-9434).

MALVÁREZ PASCUAL, L.A., «Estudio del Proyecto de Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los programas informáticos que soporten los procesos de facturación: un paso en la digitalización de las empresas y en su interconexión con la Administración tributaria», en *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2022, págs. 1-17 (ISSN: 1132-8576).

MULEIRO PARADA, L. M., «Un análisis integrado del Impuesto Complementario para garantizar el nivel global mínimo de tributación de los grandes grupos empresariales», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2024, págs 169-210 (ISSN: 1696-0173).

NAFARRATE, B., «COMBATTING BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING: IS A DIGITAL SERVICE TAX ON REVENUE THE RIGHT PATH TOWARD EQUITABLE



INTERNATIONAL TAXATION? » en *Southwestern Journal of International Law*, núm 2, vol. 27, 2021, págs. 369-387.

OLIVER CUELLO, R., «Nuevas reglas en el IVA del comercio electrónico», en *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2021, págs. 53-82, (ISSN 1132-8576).

ORÚS, A., «Facturación mundial del comercio electrónico 2014-2027», en *Statista*, 24 de mayo de 2024. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1242096/facturacion-del-comercio-electronico-mundial/#statisticContainer>

PONCE PÉREZ, J., «Perspectivas del Comercio Electrónico al Servicio del Consumidor en la Administración Moderna», en *Business Innova Sciences*, vol. 1, núm. 1, 2019.

RAMÍREZ GÓMEZ, S., «La tributación del comercio electrónico transfronterizo en el IVA: el nuevo régimen tributario de las ventas a distancia y las interfaces digitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 459, 2021, págs. 5-42, <https://doi.org/10.51302/rcyt.2021.7379>.

RAMOS HERRERA, A. J., «Reflexiones sobre la necesidad de tributación de determinados servicios digitales», en *Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 5, 2020, págs. 183-193 (ISSN 1578-0244).

RAMOS PRIETO, J. y ARRIBAS LEÓN, M., «El Impuesto sobre el Valor Añadido y el comercio electrónico. El régimen especial aplicable a los servicios prestados por



vía electrónica», en *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, núm. 15, 2007, págs. 11-59, (ISSN 1132-8568).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á., «Aspectos normativos de la factura electrónica o e-factura en el ámbito europeo», en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 117, 2012, págs. 67-76, (ISSN 1576-2033).

RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., «Directiva (ue) 2017/2455 del Consejo, de 5 de diciembre de 2017, por la que se modifican la Directiva 2006/112/ce y la Directiva 2009/132/ce en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes [doue l 348, de 29-XII-2017]. Obligaciones respecto del IVA para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, núm. 1, 2018, (ISSN: 2340-5155).

RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., « Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (ue) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego [boe-a-2021-11473] Medidas de Prevención y Lucha Contra el Fraude Fiscal que Inciden Directamente en el Funcionamiento del Mercado Interior», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 10, núm. 1, 2022, págs. 264-268, (ISSN-e 2340-5155).



RODRÍGUEZ PEÑA, N. L., «Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias [BOE-A-2023-12204]. Aspectos civiles transposición de modificaciones a la directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad», en *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, núm. 2, 2023, (ISSN: 2340-5155).

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., «La facturación electrónica en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025, págs. 528-553,

<https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.528-553>

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E., «Nuevos desafíos en la fiscalidad internacional del comercio electrónico», en *Quincena Fiscal*, núm 14, 2021, (ISSN 1132-8576).

TABOADA VILLA, J., «Obligaciones de información relativas a monedas virtuales en el ámbito nacional», en *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 32, núm. 1, 2023, págs. 37-56, (ISSN 1132-9947).

VÁZQUEZ, J. M., «Digital Services Taxes in the European Union: What Can We Expect?», en *Kluwer International Tax Blog*, 14 de febrero de 2023, s. p. Disponible en: <https://kluwertaxblog.com/2023/02/14/digital->



[services-taxes-in-the-european-union-what-can-we-expect/](#)

YENT, K., Applying Blockchain Technology to Cross-Border Tax Reporting», en *University College London Centre for Blockchain Technologies, Discussion Papers*, núm. 4, 2020, págs. 2-42.

Informes:

AGENCIA TRIBUTARIA, «Informe Anual de Recaudación Tributaria», 2023, *Servicio de Estudios Tributarios y Estadísticas*. Disponible en: https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/AEAT/Estudios/Estadisticas/Informes_Estadisticos/Informes_Anuales_de_Recaudacion_Tributaria/Ejercicio_2023/IART_23_es_es.pdf

COMISIÓN EUROPEA «Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones sobre Iniciativa Europea de comercio electrónico», 1998.

COMISIÓN EUROPEA, «DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que



grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales», 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0082>

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «El comercio electrónico superó en España los 20 mil millones de euros en el segundo trimestre de 2023, un 12,7 % más que el año anterior», 5 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-2T23-20240105>

COMITÉ DE ASUNTOS FISCALES DE LA OCDE «Implantación del marco tributario de la Conferencia de Ottawa», 2003.

OCDE, «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios», 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>

OCDE, «Proyecto BEPS - Nota explicativa: Informes Finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios», Éditions OCDE, Paris, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263567-es>

OCDE «Committee for Information, Computer and Communications policy measuring electronic commerce», en *OECD Digital Economy Papers*, núm. 27, 1997, págs. 6-13.



OCDE, «Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017», 2017, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

OCDE, «Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía», 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/declaracion-sobre-el-enfoque-de-dos-pilares-para-abordar-los-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-de-la-economia-octubre-2021.pdf>

OCDE, «Enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía», 2021. Disponible en:

<https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/cross-border-and-international-tax/puntos-destacados-enfoque-de-dos-pilares-para-abordar-los-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-de-la-economia-octubre-2021.pdf>

MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Dirección General de Tributos. Resumen Ejecutivo «MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO del Anteproyecto de Ley XX/2024, de XX de XX, por la que se establece un Impuesto Complementario para garantizar un nivel mínimo global de imposición para los grupos multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud.», 2023. Disponible en:



<https://www.hacienda.gob.es/SGT/NormativaDoctrina/proyectos/20122023-main-apl-impuesto-complementario.pdf>

TRIBUNAL DE CUENTAS, «Informe Especial Lucha contra los regímenes fiscales perniciosos y la elusión del impuesto de sociedades», núm. 27, 2024, págs. 2-68. Disponible en:

https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2024-27/SR-2024-27_ES.pdf

TRIBUNAL DE CUENTAS, «Controles aduaneros: la armonización insuficiente es un obstáculo para los intereses financieros de la UE», Informe Especial, núm. 4, 2021. Disponible en:

[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_04/SR Customs controls ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_04/SR_Customs_controls_ES.pdf)

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA «Ficha temática: DEDUCCIONES DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO», 2019. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/tra-doc-es-div-c-0000-2020-202000844-05_00.pdf

Legislación:



Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión.

Reglamento (UE) 2017/2454 del Consejo de 5 de diciembre de 2017 por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 904/2010 relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido.

Reglamento (UE) 2017/2459 del Consejo de 5 de diciembre de 2017 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2459 del Consejo de 5 de diciembre de 2017 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2026 del Consejo de 21 de noviembre de 2019 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 282/2011 en lo que respecta a las entregas de bienes o las prestaciones de servicios facilitadas por interfaces electrónicas y a los regímenes especiales aplicables a los sujetos pasivos que presten servicios a personas que no tengan la condición



de sujetos pasivos o que realicen ventas a distancia de bienes o determinadas entregas nacionales de bienes.

Reglamento Delegado (UE) 2020/877 de la Comisión de 3 de abril de 2020 por el que se modifica y se corrige el Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 952/2013, y se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2016/341 por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 952/2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión.

Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión de 28 de julio de 2015 por el que se completa el Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión.

Reglamento de Ejecución (UE) 2020/194 de la Comisión de 12 de febrero de 2020 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) núm. 904/2010 del Consejo en lo que respecta a los regímenes especiales aplicables a los sujetos pasivos que presten servicios a personas que no tengan la condición de sujetos pasivos, a las ventas a distancia de bienes y a determinadas entregas nacionales de bienes.

Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido.



Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOUE-L-2000-81295

Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

Directiva (UE) 2017/2455 del Consejo de 5 de diciembre de 2017 por la que se modifican la Directiva 2006/112/CE y la Directiva 2009/132/CE en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes.

Directiva (UE) 2019/1995 del Consejo de 21 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a las disposiciones relativas a las ventas a distancia de bienes y a ciertas entregas nacionales de bienes.

Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.



Directiva (UE) 2022/2523 del Consejo de 15 de diciembre de 2022 relativa a la garantía de un nivel mínimo global de imposición para los grupos de empresas multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud en la Unión.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuestos sobre el Valor Añadido.

Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.



Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 7/2024, de 20 de diciembre, por la que se establecen un Impuesto Complementario para garantizar un nivel mínimo global de imposición para los grupos multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud, un Impuesto sobre el margen de intereses y comisiones de determinadas entidades financieras y un Impuesto sobre los líquidos para cigarrillos electrónicos y otros productos relacionados con el tabaco, y se modifican otras normas tributarias

Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas.

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Real Decreto 424/2021, de 15 de mayo que modifica el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de



crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.



DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES ACTUALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

CONTEMPORARY DIFFICULTIES, CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN STRATEGIC PUBLIC PROCUREMENT

D^a. Patricia Cervera Valencia

Jefa de Sección del Servicio de Contratación de la
Universidad de Granada. Funcionaria de la Escala
Técnica de la UGR (Grupo A1)

Resumen: La contratación pública estratégica se ha consolidado como una herramienta clave para impulsar objetivos sociales, medioambientales e innovadores en el marco de las políticas públicas europeas. Este artículo analiza el contexto actual de la contratación pública estratégica, identificando sus principales dificultades, retos y oportunidades.

Palabras clave: Contratación pública estratégica, compra pública socialmente responsable, compra pública de innovación, compra pública ecológica, economía social, crecimiento sostenible, profesionalización, libre competencia, Gobernanza, Estrategia Nacional de Contratación Pública.



Abstract: Strategic public procurement has become a key instrument for advancing social, environmental, and innovation-related objectives within the framework of European public policies. This article examines the current landscape of strategic public procurement, identifying its main difficulties, challenges, and opportunities.

Key words: Strategic public procurement, socially responsible public purchasing, innovation-oriented public procurement, green public procurement, social economy, sustainable growth, professionalization, free competition, governance, National Strategy for Public Procurement.

Sumario:

INTRODUCCIÓN. I. EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA: EVOLUCIÓN. II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN ESPAÑA: PRINCIPALES DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES, III. ¿EXISTE UN SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA?, 4. CONCLUSIONES, 5. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública representa uno de los instrumentos más poderosos de intervención económica del Estado, con un impacto directo en el mercado que puede alcanzar hasta el 20 % del PIB en algunos países.



En este contexto, la evolución hacia una contratación pública estratégica ha cobrado especial relevancia en las últimas décadas, al configurarse como una herramienta capaz de promover objetivos sociales, medioambientales y de innovación, más allá de la mera eficiencia económica. Sin embargo, nos encontramos con una escasa implementación en Europa, a pesar del compromiso político, y de la normativa que promueve la misma. Indagamos en las causas que subyacen a la infrautilización de las posibilidades estratégicas de la compra pública, centrándonos en el caso de España.

I. EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA: EVOLUCIÓN.

El Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU de 2023 señala que las adquisiciones públicas son un factor esencial en la economía de todos los países, ya que representan un promedio de entre **13 % y 20 % del PIB**; y por tanto los gobiernos pueden aprovechar su **poder adquisitivo** para dirigir los mercados hacia productos y servicios más ecológicos e innovadores, y apoyar así el desarrollo sostenible.¹

¹ Naciones Unidas. (2023). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023: Edición especial. <https://mexico.un.org/es/239254-informe-sobre-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-2023-edici%C3%B3n-especial>



Un poder que, como nos recuerdan Araújo Chamorro y de Juan Quirós (2024)², es promovido por las **directivas europeas de contratación pública**³ para favorecer la consecución de objetivos propios de otras políticas públicas como son los sociales y laborales, medioambientales, de apoyo a las Pequeñas y Medianas Empresas (pyme), la innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia.

Así, La directiva 2014/24/UE⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

² Araújo Chamorro, M. L., y de Juan Quirós, A. (2024). Contratación estratégica. Estado de la cuestión, retos y buenas prácticas. Contratación Administrativa Práctica, (193)

³ La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁴ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>



(en adelante, directiva 2014/24/UE) se alinea con los objetivos de la Estrategia Europea 2020⁵:

“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, («Estrategia Europa 2020»)), como uno de los **instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador**, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos” (considerando 2)

Así pues, desde el principio la directiva de 2014 realiza una declaración de intenciones al establecer el carácter “instrumental” de la contratación pública para perseguir un crecimiento inteligente y sostenible en un contexto que **intentaba aprender de la crisis económica y financiera** que estalló en el año 2008:

“La crisis ha echado por tierra años de progreso económico y social y expuesto las debilidades estructurales de la economía europea (...) Necesitamos una estrategia que nos ayude a salir fortalecidos de la crisis y convierta a la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora que

⁵ Comisión Europea. (2010). Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM (2010) 2020 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC2020>



disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. **Europa 2020 constituye una visión de la economía social de mercado de Europa para el siglo XXI**” (Estrategia Europa 2020).

La directiva de contratación pública se hizo eco de las prioridades que marcaba la agenda **Europa 2020**:

- Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.
- Crecimiento sostenible: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva.
- Crecimiento integrador: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

A tal fin, la directiva tanto en sus considerandos como en su articulado dará instrucciones claras a los Estados miembros para posibilitar el uso de la contratación pública como herramienta estratégica para impulsar aquel crecimiento inteligente, sostenible e integrador en toda la Unión Europea, a través de todas sus dimensiones: medioambiental, social, de innovación, acceso a pymes y defensa de la competencia.⁶

⁶ Sirva a modo de ejemplo el extenso considerando (97) de la Directiva 2014/24/UE, en el que se detalla el “cómo” pueden



Sin embargo, a pesar de los intentos de la directiva para promover la contratación pública estratégica, la realidad está mostrando escenarios de incertidumbre jurídica ante la dificultad de conciliar su implementación con los principios básicos de la contratación pública, establecidos en el acervo comunitario tradicional sobre contratación pública y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ⁷, especialmente parece entrar en conflicto con la libre competencia, la igualdad de trato, la no discriminación, la proporcionalidad, y la transparencia⁸.

adoptar los poderes adjudicadores criterios de adjudicación o condiciones de ejecución, que integren las consideraciones sociales o medioambientales.

⁷ Unión Europea. (2016). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). Diario Oficial de la Unión Europea, C 202, 7.6.2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>

⁸ El TJUE ha abordado esta tensión en diversas sentencias. Por ejemplo, en Beentjes (C-31/87), el TJUE permitió cláusulas sociales (como la contratación de desempleados de larga duración), pero subrayó que deben estar claramente indicadas y no pueden ser discriminatorias. En Comisión c. Francia (C-225/98), se condenó a Francia por favorecer a empresas locales, lo que vulneraba el principio de no discriminación. En Concordia Bus Finland (C-513/99), el Tribunal aceptó el uso de criterios medioambientales siempre que estén vinculados al objeto del contrato y no sean discriminatorios. En el caso Comisión c. Países Bajos (C-368/10), anuló una cláusula que exigía productos con etiquetas ecológicas y de comercio justo por no permitir alternativas equivalentes, vulnerando así la libre competencia y la igualdad de trato.



El Tribunal de Cuentas de la UE en su Informe de 2023⁹ indica que en la práctica “la denominada generalmente contratación pública estratégica (...) significa que los poderes adjudicadores **pueden ir más allá del criterio del precio más bajo** y buscar «la oferta económicamente más ventajosa». Para ello, los poderes adjudicadores deben especificar los criterios de selección y las especificaciones técnicas que producirán el resultado previsto **sin restringir artificialmente la competencia.**”

En el Informe del TCUE se pone de manifiesto que en el período examinado¹⁰, en la mayoría de los Estados miembros la incidencia del **criterio de adjudicación basado en el precio más bajo se incrementó**, lo cual indica que la promoción de la contratación pública estratégica ha tenido un impacto limitado en el mejor de los casos.

⁹ Tribunal de Cuentas Europeo. (2023). Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021 (Informe Especial n.º 28/2023). https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_ES.pdf

¹⁰ En el informe el Tribunal de Cuentas Europeo examina cómo ha evolucionado, entre 2011 y 2021, la competencia en la contratación pública en el mercado interior de la UE, en los Estados miembros y en sus regiones, así como en sectores específicos, y si la reforma de 2014 ha tenido alguna repercusión en ello.



El Tribunal de Cuentas Europeo es contundente en las conclusiones de su análisis: "la reforma de 2014 todavía no ha dado lugar a mejoras significativas en el modo en el que los poderes adjudicadores llevan a cabo su contratación pública (...). **Algunos de los objetivos de las reformas de 2014 no buscan la competencia, a veces incluso entran en conflicto con ella.** Y recomienda aclarar y priorizar los objetivos de la contratación pública: "La Comisión debería iniciar un proceso para: formular y priorizar menos objetivos, pero que estos sean más claros y medibles; **reflexionar** sobre si los **objetivos políticos estratégicos** deberán alcanzarse mediante: requisitos **estratégicos** para los procedimientos de contratación pública, o **mayor regulación de las especificaciones** relativas a las obras, bienes y servicios. "

No obstante, el legislador europeo, en la directiva 2014/24/UE, ya reflexionó sobre esta cuestión, y siendo consciente de la dificultad para establecer requisitos "sostenibles o estratégicos" con carácter general y obligatorio, debido a las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, consideró oportuno, como señala su considerando 95 que "sea la **legislación sectorial específica** la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se trate, y fomentar el desarrollo y la utilización de enfoques europeos para el cálculo del coste del ciclo de vida como refuerzo para el uso de la contratación pública en apoyo del crecimiento sostenible.". Tal y como ya sucede, por



ejemplo, en el sector de los vehículos de transporte por carretera¹¹ y los servicios ofimáticos¹², entre otros.¹³

Las políticas europeas para el fomento de la compra pública sostenible han ido en **aumento**, ante el bajo

¹¹ La Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, modificada por la Directiva (UE) 2019/1161, tiene como objetivo promover la contratación pública de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes en la Unión Europea. En concreto, establece objetivos mínimos de contratación pública para vehículos ligeros, camiones y autobuses, con el objetivo de impulsar la adopción de tecnologías más sostenibles en la movilidad.

¹² El Reglamento (CE) nº 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo promueve un programa de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos. El objetivo es informar a los consumidores sobre la eficiencia energética de estos productos, incentivando la compra de equipos más eficientes y reduciendo el consumo energético.

¹³ Reglamento (UE) 2025/40 – Envases y residuos de envases, Reglamento (UE) 2024/3110 – Productos de construcción, Reglamento (UE) 2024/1781 – Productos sostenibles (ecodiseño), Reglamento (UE) 2024/1735 – Tecnologías de cero emisiones netas, Reglamento (UE) 2024/1610 – Autobuses urbanos de emisión cero, Reglamento (UE) 2024/1252 – Materias primas estratégicas, Directiva (UE) 2024/1275 – Eficiencia energética de edificios, Directiva (UE) 2023/1791 – Eficiencia energética, Directiva (UE) 2018/2001 – Energías renovables, Directiva (UE) 2019/882 – Accesibilidad de productos y servicios.



impacto que han tenido las directivas¹⁴, tal y como pone de manifiesto el informe del TCUE; impulsando a su vez

¹⁴ En el contexto de la revisión de las directivas de contratación de cuarta generación, creemos conveniente subrayar una de las aportaciones muy acertadas, a nuestro juicio, que se propone en el informe del OBCP 2024 "Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública": La revisión de las Directivas de contratación pública (en el momento en que se ha abierto un tiempo de consulta pública para ello) aconseja una reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar. Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional, quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica a nivel europeo mediante el uso del instrumento del Reglamento, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos. De esta manera, se puede conseguir una mayor certeza conceptual que lamine las singularidades interpretativas nacionales que suponen, en sí mismo un riesgo regulatorio (...). **Sobre la base de un Reglamento europeo se asumiría el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable**, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado "cuellos de botella" y que en esta materia se encuentra especialmente extendida."

Observatorio de Contratación Pública. (2025). Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública.

<https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la>

En el mismo sentido, el **Informe Letta (2024)**: "La adopción de un único Reglamento europeo sobre contratación pública



a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobados por la ONU en el año 2015, y que marcan la Agenda 2030.¹⁵

Entre otros, los siguientes ODS son metas que se pueden alcanzar, a través de la contratación pública sostenible:

- **ODS 8- Trabajo Decente y Crecimiento Económico:** La contratación pública sostenible puede incluir cláusulas que promuevan condiciones laborales justas y el crecimiento económico inclusivo

ayudaría a superar la fragmentación, reducir las cargas administrativas y garantizar un uso más estratégico del gasto público en todos los Estados miembros”.

Letta, E. (2024). Much more than a market: Speed, security, solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens. Consejo de la Unión Europea. <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>

¹⁵ El 25 de septiembre de 2015 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, por unanimidad, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: un plan de acción en favor de las personas, el planeta, la prosperidad y la paz universal. Cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas concretas a desarrollar con horizonte 2030.

Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1). <https://sdgs.un.org/es/2030agenda>



- ODS 9- **Industria, Innovación e Infraestructura:** fomentar la innovación y la infraestructura sostenible a través de la contratación pública puede impulsar el desarrollo tecnológico y la eficiencia en el uso de recursos.
- ODS 12- **Producción y consumo responsables:** la contratación pública sostenible promueve la adquisición de bienes y servicios que minimizan el impacto ambiental y fomentan prácticas de producción y consumo responsables.
- ODS 13- **Acción por el Clima:** al incorporar criterios ecológicos en los contratos públicos, se contribuye a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y a la mitigación del cambio climático

El Informe de los ODS aprobado en el 2023¹⁶ pone en valor el uso de la Contratación Pública Sostenible como herramienta estratégica para apoyar el desarrollo sostenible, y recomienda:

- **Alinear la contratación pública con los ODS**
- Fortalecer **marcos regulatorios** que promuevan la sostenibilidad

¹⁶Naciones Unidas. (2023). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/>



- Impulsar la **economía social** como estrategia de recuperación y cohesión social
- Invertir en **capacidades locales** para implementar políticas inclusivas

Asimismo, destaca la necesidad de mejorar la **supervisión de los impactos** de estas políticas.

La Comisión Europea en octubre de **2017**, cuando la mayoría de los Estados miembros ya habían finalizado la trasposición de las Directivas¹⁷, publicó **una estrategia de contratación pública** titulada: "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa"¹⁸. Esta estrategia identificaba seis áreas en las

¹⁷Varios Estados miembros aún no habían traspuesto al menos una de las tres directivas de contratación pública adoptadas en 2014; y aunque el documento menciona esta situación, no especifica en ese punto exactamente qué países eran. Sin embargo, informes complementarios de la Comisión y procedimientos de infracción abiertos en ese momento indican que algunos de los países que más retrasos presentaban en la transposición eran: España, Eslovenia, Luxemburgo, Rumanía, Croacia, Portugal, Eslovaquia. Estos países fueron objeto de advertencias o procedimientos por parte de la Comisión Europea por no haber completado la transposición dentro del plazo legal (abril de 2016).

¹⁸ Comisión Europea. (2017). Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM



que podían adoptarse medidas para apoyar a los Estados miembros a obtener mejores resultados en sus procedimientos de contratación pública:

- Área 1: Garantizar una **mayor aceptación** de la contratación pública estratégica y un enfoque específico en determinados sectores prioritarios.¹⁹
- Área 2: **Profesionalizar** a los compradores del sector público.
- Área 3: Fomentar el **acceso** a los mercados de contratación.
- Área 4: Aumento de la transparencia, **integridad y mejores datos**.
- Área 5: Impulso de la transformación **digital** de la contratación pública.
- Área 6: **Cooperación** para contratar de forma conjunta.

Hay que destacar una observación que realiza la Comisión, siendo realista con las expectativas en torno

(2017). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0572>

¹⁹ Destaca que es necesario un enfoque específico en sectores prioritarios, tales como la construcción, la atención sanitaria y el sector de las TI, debido a su efecto impulsor, sus especificidades y sus retos particulares, incluida la rápida evolución de la tecnología y del mercado.



al despliegue de la contratación pública estratégica en la UE:

“Aunque la mayor aceptación de la contratación estratégica es una prioridad, la Comisión reconoce que en muchos Estados miembros sigue habiendo deficiencias con respecto al funcionamiento correcto del sistema de contratación pública. La Comisión seguirá ofreciendo apoyo y orientación para lograr sistemas de contratación pública **plenamente operativos** en esos países, **antes de profundizar más en la integración de criterios ecológicos, sociales e innovadores.**”

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la pandemia de COVID-19, lo que llevó a un escenario global de crisis no solo sanitaria, sino económica y social. La UE y sus Estados miembros tomaron medidas para minimizar las secuelas económicas.²⁰

²⁰ El 23 de abril de 2020, los dirigentes de la UE decidieron trabajar en la creación de un fondo de recuperación de la UE destinado a mitigar los efectos de la crisis. El 27 de mayo de 2020 la Comisión presentó la propuesta de Plan de Recuperación para Europa. El 21 de julio de 2020, los dirigentes de la UE acordaron destinar al esfuerzo de recuperación un total de 750 000 millones de euros, integrados en el Instrumento de Recuperación de la Unión Europea, para ayudar a la UE a hacer frente a la crisis provocada por la pandemia. Además del paquete de recuperación, los dirigentes de la UE acordaron dotar a la UE



En este nuevo escenario de crisis, **la contratación pública se identificó como una herramienta clave para canalizar inversiones públicas hacia una recuperación sostenible y resiliente**. El documento del Consejo Europeo: "Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente"²¹

"CONSIDERA que los compradores públicos deben utilizar su poder adquisitivo de forma estratégica para obtener una mejor relación calidad-precio, y apoyar la transición hacia una economía más ecológica, más innovadora y circular, en particular invirtiendo en infraestructuras sostenibles, en productos reutilizables, reciclables, reparables y eficientes en el uso de los recursos, así como en la renovación de edificios públicos para mejorar su sostenibilidad y optimizar los costes del ciclo de vida; DESTACA que las compras públicas pueden y deben utilizarse para apoyar los aspectos sociales y la protección de los derechos humanos en las cadenas de suministro mundiales, la inclusión social y el empleo justo para

de un presupuesto a largo plazo (2021-2027) de 1,0743 billones de euros. Entre otras cosas, el presupuesto apoyará la inversión en las transiciones digital y ecológica y en resiliencia.

²¹ Consejo de la Unión Europea. (2020). Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente (2020/C 412 I/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C 412I, 1-5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XG1130%2803%29>



contrarrestar los efectos socioeconómicos de la crisis, y **PIDE a la Comisión que proporcione orientaciones que incluyan ejemplos sobre cómo aplicar estos objetivos en el marco de un procedimiento de contratación pública**"

Atendiendo a las indicaciones del Consejo, la Comisión Europea aprueba distintas comunicaciones (conocidas como soft law²²) para recuperarse de la crisis ocasionada por la pandemia, y para **orientar a los Estados miembros hacia un nuevo modelo económico y social más resiliente ante futuras crisis**. Estas comunicaciones reflejan un cambio de paradigma: la contratación pública se concibe como una herramienta estratégica para construir un nuevo modelo económico más justo y sostenible, ya no se trata solo de cumplir con la normativa sectorial o de integrar cláusulas sociales o medioambientales en coherencia con otras políticas públicas, sino de un **cambio de modelo económico** que aguante los envites de las crisis, aprendiendo de lo sucedido hasta la fecha.

Así, entre otros, el documento "Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las

²² la Comisión Europea, en línea con las orientaciones del Consejo Europeo, adoptó una serie de comunicaciones y medidas de soft law para guiar a los Estados miembros hacia una recuperación sostenible y resiliente. Estas comunicaciones no son jurídicamente vinculantes, pero tienen un fuerte valor político y orientador.



contrataciones públicas”²³, que promueve una contratación pública que no solo sea eficiente, sino también socialmente responsable, alineada con los valores de la UE y los Objetivos de Desarrollo Sostenible²⁴. Son aspectos clave: el trabajo digno, la inclusión de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión, la igualdad de género, el fomento de la economía social y solidaria, el respeto a los derechos laborales y normas internacionales.

En el informe: “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”²⁵ la Comisión da una definición ambiciosa de la Contratación Pública Estratégica:

“La contratación pública estratégica comprende la contratación ecológica, la contratación socialmente responsable y la contratación de innovación y tiene por objeto aumentar el valor

²³ Comisión Europea. (2021). Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª ed.) (2021/C 237/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C 237, 1–124. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01))

²⁴ En este enlace se puede acceder a los 17 ODS de la ONU: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

²⁵ Comisión Europea. (2021). Informe de la Comisión: Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior (COM (2021) 245 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2021:245:FIN>



añadido y la repercusión del procedimiento y del gasto público, contribuyendo así al cumplimiento efectivo de los objetivos de las políticas económica, social y medioambiental a escala local, regional, nacional y de la UE, así como a una recuperación integradora, al tiempo que promueve la doble transición y refuerza la resiliencia social.”

Y tras definir cada uno de los elementos que integran la Contratación Pública Estratégica, recoge las principales dificultades que han tenido los Estados miembros para su implementación²⁶:

Por **«contratación pública ecológica»** (en lo sucesivo, «CPE») se entiende «un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar.

Algunos de los principales problemas detectados para la **CPE**:

²⁶ Este informe refleja las aportaciones realizadas por los Estados miembros durante el primer ejercicio de información y supervisión. A causa de los retrasos en la transposición de la Directivas, la obligación de información se aplicó por primera vez en 2018.



- la dificultad para promover las prácticas de CPE debido a que los poderes adjudicadores no tienen la obligación jurídica de incluir criterios medioambientales en los procedimientos de licitación;
- la falta de seguridad jurídica sobre la correcta interpretación del requisito de «vinculación al objeto del contrato» y el temor a posibles litigios;
- la ausencia de datos sobre la eficacia y los beneficios económicos de aplicar los criterios de la CPE y la dificultad para supervisar su aplicación;
- la escasez de competencias y conocimientos específicos entre los funcionarios encargados de los procedimientos de licitación y el hecho de que la CPE pueda percibirse como un obstáculo a la competencia, en el sentido de que restringe la participación de las pymes en las licitaciones públicas.

Se entiende por «**contratación pública socialmente responsable**» (en lo sucesivo, «CPSR») la contratación que tiene en cuenta una o varias consideraciones de orden social para promover objetivos sociales. La CPSR puede abarcar un amplio espectro de consideraciones de orden social, tales como las oportunidades de empleo, las condiciones de trabajo dignas y el cumplimiento de los derechos sociales y laborales, la inclusión social, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad.

Algunos de los principales problemas para la CPSR:



- La falta de orientaciones claras para una correcta aplicación.
- Dificultades para calcular las repercusiones sociales y el coste del ciclo de vida.
- Dificultades para vincular las consideraciones de orden social al objeto del contrato.
- La ausencia de una definición generalmente aceptada de CPSR.

Para la **Contratación Pública de Innovación (CPI)** no se establece una definición.

Sí se destacan algunos de los principales problemas para la CPI:

- La falta de concienciación.
- Una insuficiente competencia metodológica por parte de los compradores públicos.
- La baja tolerancia al riesgo del gasto público.
- La escasez o ausencia de financiación destinada a la innovación en los organismos públicos.
- La resistencia al cambio derivada de la cultura organizativa.



A partir de este contexto internacional y europeo que marca las directrices y el rumbo de la Contratación Pública Estratégica vamos a adentrarnos en el grado de implantación que tiene en España y en sus principales dificultades y retos.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN ESPAÑA: PRINCIPALES DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES

En España, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014²⁷ (en adelante, LCSP 2017) recoge el “guante” de la directiva para integrar la contratación pública estratégica, y va incluso más allá²⁸ . impregnando el propio espíritu de la Ley

²⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado, 272, 107714–108007. <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>

²⁸La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE), en su **Informe Trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020**, publicado en abril de 2021, destaca el alcance más amplio de la LCSP 2017 que el de las Directivas de contratación pública de 2014 en el impulso de la contratación pública estratégica y de la participación de las PYMES en la contratación



El **art.1.3**: establece esta **visión estratégica como un eje central**.

“En toda contratación pública **se incorporarán de manera transversal y preceptiva** criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (...)”

Este artículo da apertura a una Ley, ampliamente criticada por su complejidad²⁹, de 347 artículos, 55

pública..<https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/trienal2021.pdf>

²⁹ La LCSP, en la labor de transposición, opta, y con mucho retraso por una recepción, desde la perspectiva formal, “conservadora” pues, frente a la opción de una Ley nueva (de “base cero” en términos presupuestarios) se decide mantener la misma arquitectura de su predecesora (a modo de restyling) lo que ha conducido a un texto largo, excesivamente farragoso y en ocasiones reglamentista -en modo alguno alineado con el principio better and smart regulation, que aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública, lo que le lleva a una crítica de sobrerregulación innecesaria.

Medina Arnáiz, T. (2023, febrero 28). Cinco años de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): reflexiones retrospectivas, prospectivas y propositivas. Observatorio de Contratación Pública.



disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, y 16 disposiciones finales. Su ubicación es estratégica, al igual que lo pretende ser en esencia la contratación pública.

La norma incluye **un amplio catálogo de medidas tendentes a fomentar este objetivo**: la inclusión de criterios de adjudicación estratégicos (art. 147), las condiciones especiales de ejecución obligatorias (art. 202), su incorporación en los pliegos de prescripciones técnicas (arts.124 y ss.), o como criterios de solvencia técnica o profesional (art.90), como aspectos a valorar a los efectos de declarar la temeridad de una oferta (art. 149), como criterio de desempate (art. 147.2), en las reservas de contratos reguladas, una de carácter obligatorio (DA 4ª), y otra, de carácter voluntario (DA 48º); o la reciente modificación del artículo 122 mediante la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Todas estas medidas serán posibles con la condición *sine qua non* de que estén **vinculadas al objeto del contrato**, tal y como exige la propia **directiva 2014/24/UE**. Según el artículo 70 y el considerando 97 de la norma, se entiende que un criterio o condición está vinculado al objeto del contrato cuando comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Esto excluye criterios generales de política empresarial (como tener una política de RSC), pero incluye aspectos del proceso

<https://www.obcp.es/opiniones/cinco-anos-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-lcsp>



de producción o prestación, incluso si no forman parte del producto final.

En la LCSP, el apartado 6 del artículo 147, establece cuándo se considera que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato.

“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (...).”

Y es aquí, en esta condición indispensable para poder integrar la contratación pública estratégica en la práctica contractual de las administraciones, donde hallamos el “talón de Aquiles”³⁰ de la misma y que, como hemos visto, no ocurre solo en España sino que sucede lo mismo en el resto de Estados miembros.

Por lo que, como bien señala el Observatorio de Contratación Pública en su informe de 2025

³⁰ La JCCPE, en el Informe trienal relativo a la contratación pública 2021-2023 identifica como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca de la exigencia de vinculación de las cláusulas estratégicas con el objeto del contrato



"Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública"³¹

"Se plantea la necesidad de que desde la Comisión Europea se clarifique el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial **cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato**, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE (entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-36/10). (...) Las dudas respecto a cuál es la interpretación conforme con el Derecho de la UE del principio de vinculación entre el criterio o condición y el objeto del contrato **limitan** el avance de la contratación pública estratégica. (...) Algunos tribunales administrativos de recursos contractuales, en especial del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (resoluciones como la 660/2018 o las 234 y 235/2019) están limitando de forma considerable la introducción de aspectos sociales en los procedimientos de contratación".³²

³¹ Observatorio de Contratación Pública. (2025). Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública. Universidad de Zaragoza. <https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la>

³² Moreno Molina, J.A. (2021). El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica. OBCP. <https://www.obcp.es/opiniones/el-informe-trienal-de-la->



La Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026³³, aplicable a todo el sector público³⁴, ha detectado una **Contratación Estratégica poco desarrollada**, debido principalmente a la **inseguridad jurídica que genera su aplicación**:

“La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha destacado que el ambicioso planteamiento que recoge nuestra legislación, conjuntamente con la necesidad de aplicar un buen número de conceptos jurídicos indeterminados que, a su vez, constituyen requisitos cuya concurrencia debe verificarse caso por caso, se está traduciendo en problemas de

[jccpe-sobre-la-contratacion-publica-en-espana-2018-2020-y-la](#)

³³ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2022). Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023–2026. Ministerio de Hacienda y Función Pública. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/normativa/acuerdoaprobacion-encp-28-12-22.pdf>

³⁴ La ENCP regulada en el art. 334 LCSP es un instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, a propuesta del Comité de Cooperación en materia de contratación (órgano colegiado con representación estatal, autonómica y local), que se basa en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público, con un horizonte temporal de 4 años.



aplicación por parte de los órganos de contratación.

Tanto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y los Órganos Consultivos autonómicos como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales han tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones y supuestos sobre la corrección jurídica de las cláusulas referentes a la contratación estratégica que se incluyen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En distintas ocasiones se han detectado cláusulas que no respondían al cumplimiento de los requisitos marcados por la LCSP y las Directivas, en especial en lo que atañe a la **vinculación al objeto del contrato y al respeto al principio de igualdad de trato a los licitadores.**”

El informe trienal de la JCCPE de 2024 (2021-2023)³⁵, que responde a la obligación de información a la Comisión UE (art. 328.4 LCSP) sobre la aplicación de políticas estratégicas de contratación pública³⁶, pone de manifiesto que:

³⁵ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. (2024). Informe trienal relativo a la contratación pública en España 2021-2022-2023. Ministerio de Hacienda. Recuperado de <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/Junta%20Consultiva/Informe-Trienal-2021-2022-2023.pdf>

³⁶ El propósito fundamental del mismo consiste en estudiar de manera cualitativa y cuantitativa la contratación pública en sus cuatro dimensiones estratégicas: CPI, CPE, CPSR y en apoyo



Se observa la existencia de un **compromiso político inequívoco** para fomentar la contratación pública estratégica voluntaria por parte de los órganos de contratación, y para hacerlo de manera coordinada gracias a la importante batería de medidas que a nivel estratégico y operativo se han adoptado y/o aplicado durante el periodo 2021-2023 en el conjunto del sector público.

En el nivel operativo, se observa una situación distinta en cada una de las dimensiones a estudio (CPE, CPSR, CPI, CP+ PYME), siendo la CPE la dimensión que se encuentra más madura en este momento.

Así pues, según Araújo Chamorro y de Juan Quirós (2024)³⁷ existe una **aparente sensibilización y compromiso** con la contratación estratégica, tanto por parte de las autoridades competentes en materia de contratación pública como de los propios órganos relacionados con esas políticas sectoriales a las que la contratación estratégica mira. Así de deduce de las múltiples declaraciones que se formulan desde todos los ámbitos. No obstante, "dicho compromiso **no se ve reflejado en los contratos públicos** de acuerdo con

de las PYME (CP+PYME). Siendo la primera vez que analiza la CPI y la CP+PYME.

³⁷ Araújo Chamorro, M. L., y de Juan Quirós, A. (2024). Contratación estratégica. Estado de la cuestión, retos y buenas prácticas. Contratación Administrativa Práctica, (193)



los datos que manejamos en nuestros Informes. Sería, pues, necesario, que las palabras se concretaran en acciones tangibles, claras y directas que implicasen un auténtico cambio en nuestra manera de contratar contribuyendo, por ende, a construir un modelo de sociedad y economía más sostenibles y conscientes de los desafíos de nuestro tiempo.”

Además, otras de las cuestiones sobre las que pone el foco la JCCPE es en la creciente necesidad de **profesionalización**:

“Durante el trienio a informe **este reto se ha visto progresivamente acrecentado, conforme la contratación pública estratégica ha pasado de ser voluntaria a obligatoria** en el caso de determinadas obras, suministros o servicios regulados en normativa sectorial. A la compra pública estratégica voluntaria prevista en las Directivas de contratación pública de 2014, se le han ido uniendo una serie de obligaciones de compra pública estratégica establecidas por la **abundante legislación sectorial** (comunitaria y nacional) aprobada, especialmente en el ámbito de la contratación pública ecológica.”

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIReScon) en su Informe Anual de Supervisión (IAS 2024) sobre la Profesionalización³⁸

³⁸ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2024). Informe anual de supervisión 2024: La profesionalización en la contratación pública. <https://www.regulaciondelacontratacion.gob.es>



aborda la necesidad de contar con personal capacitado para lograr una contratación pública estratégica, que no solo cumpla con la legalidad, sino que también contribuya a objetivos sociales, medioambientales y económicos. Y para ello, la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026, establece como objetivo estratégico “Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación”.

Para desarrollar itinerarios formativos que permitan alcanzar la profesionalización de los órganos de contratación contamos con el marco europeo ProcurCompEU³⁹, adaptado en España por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) “Marco de Competencias para la contratación del sector público español”⁴⁰. Este marco fue presentado oficialmente el 28 de febrero de 2024 y forma parte del ecosistema competencial del INAP. Define 12 competencias específicas y 7 competencias genéricas, organizadas en tres niveles de dominio (básico, intermedio y experto), diferenciando entre perfiles de centros gestores y unidades de contratación. Entre estas 12 competencias

³⁹ Comisión Europea. (2020). ProcurCompEU: Un marco europeo de competencias para los profesionales de la contratación pública. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. https://commission.europa.eu/system/files/2020-12/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf

⁴⁰ Instituto Nacional de Administración Pública. (2024). Marco de competencias para la contratación del sector público español. <https://www.inap.es/marco-contratacion>



específicas, la seis y la siete, se refieren, respectivamente, a la integración de la contratación pública sostenible y a la de innovación:

Para integrar **la contratación pública sostenible** será necesario:

(...) tener conocimientos actualizados sobre las **políticas, marcos legales y mejores prácticas** relacionadas con la contratación pública sostenible, así como comprender los principios de sostenibilidad y su aplicación en el contexto de las contrataciones públicas. Los profesionales con esta competencia son capaces de identificar, evaluar y aplicar criterios de sostenibilidad relevantes para cada contratación, estableciendo prescripciones técnicas que fomenten la selección de productos y servicios sostenibles, y aplicando criterios de selección y de valoración que consideren aspectos éticos, ambientales y sociales, **reconociendo la vinculación de los mismos al objeto del contrato** y su aptitud para valorar el rendimiento comparado de las distintas ofertas, garantía de su correcta integración en los pliego

Y para la **contratación pública de innovación**:

(...) tener conocimientos actualizados sobre las políticas, marcos legales y prácticas recomendadas relacionadas con la contratación pública de innovación. Los profesionales con esta competencia son capaces de identificar oportunidades para la introducción de



innovaciones en los procesos de contratación y de diseñar pliegos de prescripciones técnicas y administrativas que fomenten la presentación de propuestas innovadoras.

Además, esta competencia implica tener competencias genéricas para establecer y gestionar **relaciones colaborativas** con proveedores y otros actores relevantes, como centros de investigación, startups y empresas innovadoras (...)

Así pues, para dar respuesta a las **dificultades y retos** analizados, la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 hace una llamada a todo el sector público⁴¹ para poner en marcha una serie de actuaciones, en relación al **objetivo estratégico (F)**:

“Impulsar la utilización de los diferentes instrumentos previstos en la normativa de contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación (contratación estratégica), **asegurando su compatibilidad** con los demás principios

⁴¹ Serán responsables de su ejecución, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales en el ámbito de sus respectivas competencias, con participación de los órganos competentes en materia de políticas ambientales, sociales y de innovación. Y de su seguimiento, el Pleno y la Sección de Regulación del Comité de Cooperación en materia de contratación pública.



recogidos en la LCSP, de igualdad de trato, no discriminación y libre competencia y eficiencia en la contratación”

Destacamos las siguientes actuaciones:

- Fomentar la **profesionalización** de los actores involucrados en la contratación pública en el campo de la contratación estratégica, dada la dificultad que supone su aplicación práctica.
- Estudiar posibles vías de **coordinación** entre los órganos de contratación y las autoridades responsables de la promoción y el control del cumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental y social.
- La colaboración y orientaciones de las **autoridades en materia de libre competencia**⁴² para que la integración de los

⁴² La Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) dispone en su web de una sección específica para impulsar la competencia en la contratación pública con contenido de interés (guías, documentos de análisis, programa de capacitación, etc.).

Recientemente, (el 23 de mayo de 2025) ha publicado la Fase III de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia (sobre la preparación y diseño de las licitaciones públicas), dedicando un apartado (4.4) a la Contratación Pública Estratégica, en el que destaca que: “**El reto por cumplir es integrar dichos criterios de manera consistente con el fomento de libre competencia y no a costa de ella**”. Y da una serie de recomendaciones para evitar la que la contratación pública



objetivos de contratación estratégica se realice de manera consistente con el fomento de la libre competencia

- Estudiar la situación respecto a la aplicación de la **reserva de contratos** prevista en la DA 4ª de la LCSP, y proponer los cambios o desarrollos normativos que procedan para el adecuado funcionamiento de la reserva allí prevista, así como impulsar la aprobación de acuerdos o desarrollos en el caso de aquellas Comunidades o Ciudades Autónomas que todavía no hayan fijado el porcentaje de reserva.

III. ¿EXISTE UN SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA?

“La contratación pública estratégica necesita como condición necesaria lo que se ha venido en denominar una adecuada “gobernanza”. Dotarse de una organización estructurante muy potente porque, en su defecto, el peso, las exigencias que conlleva su impulso, pueden provocar sino están provocando ya, la ruina inminente de la pobre estructura en que se sustenta la

estratégica sea “gravosa para la concurrencia y la competencia”.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2025). Guía sobre contratación pública y competencia. Fase III: Preparación y diseño de las licitaciones públicas (Ref. G-2023-01). Recuperado de <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2023-01>



clásica contratación administrativa española.” (BLANCO LÓPEZ)⁴³

En la actualidad, contamos con una estructura institucional de órganos consultivos regulada en el libro cuarto de la LCSP: “Organización administrativa para la gestión de la contratación”:

- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE): art. 328
- El Comité de Cooperación en materia de contratación pública: art. 329
- Los órganos consultivos de las CCAA y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla: art. 330
- La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon): art. 332
- La Oficina Nacional de Evaluación: art. 333

Para la elaboración de la Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP 2023-2026)⁴⁴ se han tenido

⁴³ Blanco López, F. (2022). La organización de la contratación pública estratégica. Observatorio de Contratación Pública. <https://www.obcp.es/opiniones/la-organizacion-de-la-contratacion-publica-estrategica>

⁴⁴ Como señala MORENO MOLINA, la ENCP se ha aprobado de forma tardía, ya que la LCSP preveía su aprobación en un plazo de 9 meses desde su publicación (9 noviembre de 2017); siendo un importante punto de apoyo para el modelo de gobernanza previsto por el Derecho Nacional y de la Unión Europea.

Moreno Molina, J. A. (2023). Gobernanza en la contratación pública: la OIReScon aprueba la Estrategia Nacional de



en cuenta, al margen de los órganos con competencias normativas de Estado y Comunidades Autónomas, y de los órganos de contratación, los siguientes

- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), que es el órgano específico de regulación y consulta en materia del sector público estatal y punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea en lo que se refiere a la aplicación de la legislación en materia de contratación pública (artículo 328 LCSP), así como las Juntas Consultivas creadas por las CCAA en el ejercicio de sus competencias.
- El Comité de cooperación en materia de contratación pública, creado en el seno de la JCCPE para asumir, en el ámbito de sus competencias, compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones públicas (artículo 329 LCSP).
- La OIRESCON, creada con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública, y cuyos informes anuales y especiales



analizan y reflejan la situación de la contratación pública.⁴⁵

Siguiendo a lo señalado por BLANCO LÓPEZ ponemos el acento en la necesidad de **fortalecer y configurar un auténtico Sistema de Gobernanza para la implementación de la contratación pública estratégica**, y evitar que se convierta en un discurso vacío:

“Los órganos consultivos que se prevén en su Capítulo III no están siendo las columnas que deben aguantar la contratación pública española. Están agazapados en una función de asesoría jurídica, descoordinada y abandonada a su suerte sin impulso político que mantenga una actividad que debiera ser enérgica, trepidante, estimulante e integradora para afrontar el reto de crear una nueva cultura de compra pública”.

Esperemos que **el despliegue de la ENCP** permita llenar ese discurso de contenido real, y que la labor estadística de los distintos órganos con competencias en

⁴⁵ En el caso de la contratación pública estratégica, la ORIEscon optó en un primer momento por incluirla en el Informe Anual de Supervisión del 2020 (IAS 2020); sin embargo, a partir de ese momento y hasta la fecha ha aprobado cuatro informes Especiales de Supervisión: IES 2021 (2020), dos IES 2023 (uno de 2021 y otro de 2022), y el último de 2024, que analiza la contratación estratégica de 2023, centrándose en tres ejes principales: La contratación reservada (DA 4ª); el uso de criterios medioambientales, sociales y de innovación; la Pyme (como licitadora y como adjudicataria)



la materia consiga solucionar el problema de la falta y/o **calidad de datos**⁴⁶ para llevar a cabo análisis rigurosos que aborden de un modo eficaz los problemas y retos que ya hemos visto que conlleva la contratación pública estratégica.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública estratégica se ha consolidado como una herramienta clave para la transformación del modelo económico y social europeo, especialmente en contextos de crisis como el derivado de la pandemia de COVID-19. Su potencial para impulsar objetivos sociales, medioambientales e innovadores está ampliamente

⁴⁶ La OIReScon en el IES 2024 señala que:” Respecto a los criterios estratégicos, tal y como se ha venido recogiendo en los IAS aprobados por esta Oficina, debe indicarse que estos no se incluyen en los datos abiertos con el detalle suficiente, por lo que no es posible una explotación masiva de dicha información. Por otro lado, sigue sin existir una verificación ni control de calidad de la información registrada, lo que impide asegurar la certeza y calidad del dato”.

Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2024). Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2023 (p. 27)

<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>



reconocido tanto por las instituciones europeas como por el legislador español.

Sin embargo, la implementación práctica de esta visión estratégica se enfrenta a importantes obstáculos. La exigencia de la vinculación de los criterios estratégicos al objeto del contrato, si bien necesaria para garantizar la legalidad y la competencia, se ha convertido en el principal escollo jurídico que limita su aplicación efectiva. La inseguridad jurídica derivada de interpretaciones restrictivas por parte de órganos consultivos y tribunales administrativos ha generado una cultura de cautela que frena la compra pública estratégica.

A pesar del compromiso político y normativo, los datos muestran una escasa presencia de cláusulas estratégicas en los contratos públicos. Esta **brecha entre discurso y práctica** evidencia la necesidad de reforzar la **gobernanza** de la contratación pública estratégica, dotando al sistema de estructuras sólidas, coordinación interinstitucional y mecanismos de supervisión eficaces.

Asimismo, se revela como imprescindible la **profesionalización** de los agentes públicos implicados, mediante itinerarios formativos específicos que les capaciten para integrar criterios estratégicos de forma jurídicamente segura y técnicamente eficaz.

La **Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023–2026** constituye una oportunidad para avanzar en la compra pública estratégica, siempre que se acompañe de recursos adecuados, y un sistema de gobernanza que coordine a los distintos actores, y se establezcan pautas comunes de actuación que garantice la seguridad jurídica



de los procedimientos de contratación con perspectiva social, medioambiental o de innovación.

BIBLIOGRAFÍA

Araújo Chamorro, M. L., & de Juan Quirós, A. (2024). Contratación estratégica. Estado de la cuestión, retos y buenas prácticas. Contratación Administrativa Práctica, (193).

Blanco López, F. (2022). La organización de la contratación pública estratégica. Observatorio de Contratación Pública.
<https://www.obcp.es/opiniones/la-organizacion-de-la-contratacion-publica-estrategica>

Comisión Europea. (2010). Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM(2010) 2020 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC2020>

Comisión Europea. (2017). Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa (COM(2017)). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0572>

Comisión Europea. (2020). ProcurCompEU: Un marco europeo de competencias para los profesionales de la contratación pública. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.



https://commission.europa.eu/system/files/2020-12/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf

Comisión Europea. (2021). Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas (2.ª ed.) (2021/C 237/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C 237, 1–124. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01))

Comisión Europea. (2021). Informe de la Comisión: Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior (COM(2021) 245 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2021:245:FIN>

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2025). Guía sobre contratación pública y competencia. Fase III: Preparación y diseño de las licitaciones públicas (Ref. G-2023-01). <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2023-01>

Consejo de la Unión Europea. (2020). Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente (2020/C 412 I/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C 412I, 1–5. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XG1130\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XG1130(03))

Instituto Nacional de Administración Pública. (2024). Marco de competencias para la contratación del sector público español. <https://www.inap.es/marco-contratacion>



Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. (2024). Informe trienal relativo a la contratación pública en España 2021-2023. Ministerio de Hacienda. <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/Junta%20Consultiva/Informe-Trienal-2021-2022-2023.pdf>

Letta, E. (2024). Much more than a market: Speed, security, solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens. Consejo de la Unión Europea. <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>

Medina Arnáiz, T. (2023, febrero 28). Cinco años de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): reflexiones retrospectivas, prospectivas y propositivas. Observatorio de Contratación Pública.

<https://www.obcp.es/opiniones/cinco-anos-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-lcsp>

Moreno Molina, J. A. (2023). Gobernanza en la contratación pública: la OIREscon aprueba la Estrategia Nacional de Contratación Pública y el Informe Anual de Supervisión 2022. Contratación Administrativa Práctica, (184).

Moreno Molina, J. A. (2021). El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica. Observatorio



de Contratación Pública.
<https://www.obcp.es/opiniones/el-informe-trienal-de-la-jccpe-sobre-la-contratacion-publica-en-espana-2018-2020-y-la>

Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1). <https://sdgs.un.org/es/2030agenda>

Naciones Unidas. (2023). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/>

Observatorio de Contratación Pública. (2025). Contribuciones a la consulta pública para la evaluación de las directivas de contratación pública. Universidad de Zaragoza. <https://www.obcp.es/noticias/contribuciones-del-observatorio-de-contratacion-publica-la-consulta-publica-para-la>

Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2022). Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023–2026. Ministerio de Hacienda y Función Pública. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/normativa/acuerdoaprobacion-encp-28-12-22.pdf>

Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2024). Informe anual de supervisión 2024: La profesionalización en la contratación pública. <https://www.regulaciondelcontratacion.gob.es>



Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2024). Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en 2023. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>

Tribunal de Cuentas Europeo. (2023). Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021 (Informe Especial n.º 28/2023). https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_ES.pdf

Unión Europea. (2016). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). Diario Oficial de la Unión Europea, C 202, 7.6.2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

RECENSIÓN



RECENSIÓN DE LA OBRA “EL ACTO DE CERTIFICACIÓN: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN CERTIFICANTE DEL SECRETARIO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”

D.José Joaquín Jiménez Vacas

Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid y Doctor en Derecho.

Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG), de la Universidad de Salamanca (USAL.)

ORCID iD: 0009-0004-6395-532X

«El que lo vio lo atestigua, y su testimonio es válido, y él sabe que dice la verdad para que también vosotros creáis.» (Evangelio de San Juan 19, 35-35)

Resumen: *Ex lege*, la función del secretario del órgano colegiado deduce responder a principios de objetividad e imparcialidad, de capacidad e idoneidad, por sus necesarios conocimientos en Derecho para el ejercicio de dicha función de «fe pública». Función de naturaleza medial o instrumental hacia otras, públicas o privadas, en que, por razones de seguridad jurídica e interés general, se haga necesaria constancia de certeza.



Palabras clave: *Acto administrativo, colegialidad, órgano colegiado, órgano administrativo, secretario*

Abstract: *Ex lege, the function of the secretary of the collegial body must respond to principles of objectivity and impartiality, of capacity and suitability, due to his necessary knowledge in Law for the exercise of said function of 'public attesting'. This function is a means and a valid tool towards others, public or private, in which, for reasons of legal certainty and general interest, a proof of certainty is needed.*

Keywords: Administrative act, collegiate, Administrative body, collegial body, secretary.

En Derecho, casi todo es discutible.

En ello reside, sin embargo, uno de sus mayores atractivos. En ello, radica un incesante estímulo para el perfeccionamiento, para la sosegada reflexión, para la búsqueda de soluciones justas a los problemas concretos.

El Jurista no es, por lo tanto, un hombre de leyes. Es un hombre de Derecho.

Y el Derecho es una ciencia social viva, al servicio de la vida misma. Los flujos políticos, tecnológicos, culturales, económicos y sociales determinan un incesante proceso de constante adaptación del Derecho



a los principios generales de la organización social a que aplica, sin perder de vista, nunca, la consecución de la Justicia como logro primario e irrenunciable.

La interpretación y aplicación del Derecho, así, no debe ser rígida, ni estática. Cada día surgen nuevas normas, Instituciones, nuevos retos, nuevas necesidades y exigencias. En suma, una nueva problemática que debe solucionarse a través de una verdadera labor de integración y de creación del Derecho, labor en que la Función Pública desempeña, y debe seguir desempeñando, un papel primordial.

Esta circunstancia exige, en el funcionario público, toma de conciencia de las necesidades reales de la vida práctica y una formación jurídica suficiente para poder hacer y ejercer sus funciones con *prudencia* romana; lo que equivale a decir, como verdadero Jurista.

El funcionario no aplica el Derecho sino, más humildemente, lo cumple.

Así, el funcionario autorizado para dar fe pública, conforme a las leyes, es aquél que, sujeto parte de este libro de Derecho, 2022, queda encargado de redactar, autorizar, conservar y reproducir documentos públicos, función que implica, a su vez, un doble poder o facultad a su cargo; especialmente conforme a la naturaleza y carácter que la normativa vigente otorga a la figura jurídica del secretario de los órganos colegiados, respecto a la exteriorización certificada o autenticada de la voluntad colegiada de éstos:



1º) Una facultad de acreditación *–a priori–* de la legalidad y validez de los requisitos del documento público (actas, certificaciones), garantizando que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas, y

2º) Una función certificante, o de dación de «fe pública», lo que garantiza la autenticidad, de fondo, de los citados documentos públicos, en singular carácter de «actos de certificación».

O sea, el secretario del órgano colegiado, conforme a las leyes, es el profesional encargado en Derecho de una función pública consistente en recibir, integrar y dar forma legal a los documentos públicos (actas, certificaciones) emanantes del conjunto de personas físicas que concurren a la formación de la voluntad del órgano; redactando éstos de forma y manera adecuada a su fin y confiriéndoles autenticidad. Dicha facultad, queda complementada, a su vez, y conforme a las leyes, con las de conservar los originales de aquellos y expedir copias auténticas (o autenticadas) que den fe de su contenido.

En la función queda comprendida, por lo tanto, la de autenticación, es decir, la de dar fe de lo que ve, oye o percibe con sus sentidos, de «*visu et auditu.*» Ante la norma, la facultad se concretará en la necesaria integración y fijación del documento público: El secretario del órgano, así, conforme las leyes, desarrolla o ejercita también una labor de formalización (o dación



de forma pública), otra de autorización del documento (dotación de certeza) y una de documentación o labor de fijación de concurrencia de voluntades o de ponderación de puntos de vista entre los miembros que constituyen el órgano colegiado.

La función –quiere concluirse por este libro- se cumple a través de un verdadero acto administrativo, «de certificación», que proporciona prueba y que, además, lleva consigo el poder o facultad de dar fe, que garantiza autenticidad, o certeza, sobre el fondo del documento público en que adopta forma.

Dicha fe pública, así, tiene y ampara el doble contenido siguiente:

- a) En la esfera de los hechos, exactitud de lo que el secretario del órgano colegiado, fedatario público, ve, oye o percibe mediante sus sentidos.
- b) En la esfera del Derecho, la autenticidad del documento público, redactado por el secretario del órgano colegiado, conforme a las leyes.

Y si esta facultad de fe pública está en directa conexión con el documento público, resultará evidente que, para ser válida teóricamente una doctrina que se proponga dar una explicación y justificación de en qué consiste y para qué sirve la función del fedatario, ha de ser ésta, igualmente, válida, adecuada y suficiente para explicar en qué consiste y para qué sirve el documento



público,³⁵¹ y su valor jurídico y/o administrativo como acto «de certificación.»

En efecto, el objeto de investigación que se aborda en el libro es, concretamente, el relativo no a los actos administrativos en general, sino a una especie acotada de estos: los actos «de certificación». Y, más concretamente, aquellos emanados del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones Públicas, a la luz de la normativa de Régimen Jurídico del Sector Público vigente.

Así, a través de una metodología deductiva de investigaciones antecedentes más o menos remotas, se describe en Derecho administrativo vigente, la misión, la visión y el valor público de los actos de certificación y, más concretamente, de aquellos emanados –actas, certificaciones- del secretario de órganos colegiados, partiéndose de la investigación del instituto jurídico de la fe pública y su concreción en la función certificante.

Desde la monografía de U. Frágola (1.942),³⁵² no ha habido estudios apenas sobre la cuestión, quizás por entenderse que esta categoría de actos administrativos («de certificación»), entraba en una esfera o zona marginal más relacionada con otras ramas del Derecho

³⁵¹ CHICO ORTIZ, J. M.^a y RAMÍREZ RAMÍREZ, C., (1972), Temas de Derecho Notarial y calificación registral del instrumento público. Monografía. Colección de Estudios Jurídicos, Ed. Montecorvo, p. 189 y ss.

³⁵² *Vid. Gli Atti Amministrativi non Negoziali* (1.942)



(privado, notarial), que con la doctrina general de los actos de las Administraciones Públicas.³⁵³

La existencia, sin embargo, de dicha función de certificación, según se pretende concluir en esta monografía, ha sido constatada desde los inicios del Derecho –también del Administrativo-. Pero, no obstante, el planteamiento unitario de este tema sólo se ha realizado muy particularmente.

Es cierto que, efectivamente, algunos tratadistas del fenómeno jurídico-administrativo en España consideran, con carácter trascendente, que una de las funciones básicas de la Administración Pública es, precisamente, la de asegurar la verdad de hechos, situaciones, relaciones y conductas. No obstante, la cierta importancia inicial, el acto administrativo citado, de certificación, dentro de la teoría general del acto administrativo, no aparece con frecuencia entre las clasificaciones que la doctrina estudia de forma sustantiva; o si lo hace, lo normal es que aparezca como una mera subclasificación de los llamados actos «no negociales», o no discrecionales de la Administración, por la poca importancia relativa que parece concedérsele en el campo de la práctica.

El diccionario del español jurídico de la RAE y del CGPJ, define, en 2020, sin embargo, acto administrativo, como decisión atribuible a una Administración, ya sea

³⁵³ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E., (1977), La función certificante del Estado, con especial referencia a las intervenciones administrativas sobre los "Derechos de autor", p. 8, prólogo.



resolutoria, o de trámite, declarativa, ejecutiva, consultiva, "certificante", ³⁵⁴ presunta o de cualquier otra clase, cuando ha sido adoptada en ejercicio de una potestad administrativa.

En consecuencia, puede encontrarse en este campo de reflexión y estudio ámbito suficiente para el detenimiento y la investigación, ya que, en todo caso, las relaciones individuales o colectivas dentro de una sociedad organizada, hacen necesario, evidentemente, que, en ocasiones, haya de acreditarse la veracidad de hechos, circunstancias, relaciones, estados de las cosas, datos y otras situaciones. La afirmación de esta necesidad puede contrastarse en no pocos supuestos, pero siempre en aras de la seguridad jurídica.

Así, y como con carácter general ejemplifica J. E. Martínez Jiménez (1.977), cuando una persona acude al teatro necesita resguardo de su entrada para poder acreditar el pago de su localidad y disfrutar de los posibles derechos que de este hecho se derivan. Igualmente, cuando se realizan compras se obtiene un *ticket* o recibo, para poder acreditarlas (*vid.* p. 15, op. cit.) En ocasiones, resulta necesario, sin embargo, acudir al poder público para que sea éste quien acredite la certeza, esencialmente, por claras razones de seguridad jurídica e interés general y, en definitiva, en aras al orden de la convivencia social.

³⁵⁴ Espasa Calpe. Madrid (2016)



Y, si bien ya ha sido objeto de cierto análisis, desde la doctrina jurídica, la existencia de una función singular, de «certeza pública», y del examen realizado parece haber quedado demostrada su vigencia, parece necesario abordar –más específicamente– una investigación sistemática de la cuestión como la que realiza la presente obra, desde el punto de vista del régimen jurídico y de funcionamiento de los órganos colegiados de las Administraciones Públicas, partiendo del sosegado estudio de dicha función certificante respecto de la voluntad colegiada de aquellos, por la figura de su secretario, prestando atención a su concreto resultado en los actos de certificación.

La pretensión de este libro es concluir, en fin, en Derecho, después de examinar el concepto de función certificante, los elementos que intervienen en el ejercicio de esta, conforme a la metodología descriptiva que se propone.

Por conclusión, quepa aventurar, salvo un sector muy limitado, la doctrina, al acto de certificación le ha prestado, ciertamente, escasa atención. Sin que exista, como consecuencia, una cobertura doctrinal que lo haya analizado en su extensión, y como un tipo concreto y/o autónomo de acto administrativo, como por esta obra se pretende.

Esta función de aseguramiento jurídico de hechos, situaciones, estados de las cosas, etc., resultará, sin embargo, objeto de una importancia determinante, e indudable interés para el Derecho administrativo; por la relevancia que se dispone hacia la misma, particularmente por la hoy vigente Ley 40/2015, de 1 de



octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y hacia las funciones esenciales para el funcionamiento de los órganos colegiados que se establecen para su secretario (ex artículo 16), como lo son, de interés esencial al estudio de investigación que se plantea: velar por la legalidad formal y material de sus actuaciones, certificar éstas, y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos sean respetadas.

La figura jurídica del secretario del órgano colegiado constituye, así, y en efecto, una exigencia de la planta pluripersonal del órgano, configuración que requiere de inexcusable apoyo, que facilite su funcionamiento y ejecute sus decisiones. Y si bien el secretario goza de una dimensión predominantemente interna, existen numerosas facultades que *ex lege* se le atribuyen, con incidencia externa, en la medida que influyen en la formación de la voluntad colegiada, o en su manifestación.³⁵⁵

Consisten, en definitiva, en la certeza y eficacia que da el poder público, por medio de la autenticación por el secretario del órgano colegiado, como fedatario y, como se decía en las Leyes de Partidas, «testigo público en las posturas que los *homes fazen* entre sí.»

³⁵⁵ VALERO TORRIJOS, J., (2002), Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente, (INAP), p. 434



Consulta de la obra: *JIMÉNEZ VACAS, J. J., (2022), El acto de certificación, análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las Administraciones públicas, 1ª edición, ed. COLEX*



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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Rodolfo Cancino Gómez

Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México.

Arbitro en materia de comercio internacional por la ICC
y la LCIA. Miembro del Sistema Nacional de
Investigadores Nivel II.

Resumen: El 16 de abril del 2025 entró en vigor en México la nueva Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP), cuyas novedades son sustanciales y trascendentales para la Contratación Pública de las entidades y dependencias en los tres niveles de gobierno. Se pretende analizar el procedimiento de diálogo competitivo y sus implicaciones con otras figuras similares que se encuentran en normativas de carácter internacional, fuente de inspiración para su incorporación en la legislación mexicana.

La contratación pública tiene ahora una connotación económica-comercial, por lo que las empresas que poseen la tecnología más avanzada son las que tienen



una mejor posición en el mercado de la contratación, ya que ofrecen mejores soluciones integrales a necesidades específicas de carácter técnico. Es en este punto donde cobra relevancia el procedimiento de “diálogo competitivo”, cuya utilización es residual en relación directa con las licitaciones, debido a falta de proveedores competitivos o la presentación de ofertas adecuadas en precio y calidad.

Este tipo de procedimiento se ajusta a las necesidades de las dependencias o entidades, cuando se necesitan forzosamente soluciones con tecnología de punta o proyectos altamente innovadores a una problemática específica, y/o que la autoridad no pueda determinar las especificaciones técnicas o no tiene la capacidad para determinar ni delimitar un escenario de solución, esto aun cuando se reduzcan los tiempos para agotar el procedimiento y esbozar el objeto del contrato que será adjudicado.

Palabras clave: Diálogo competitivo, procedimiento de contratación, procedimiento por negociación, asociación por innovación, adjudicación directa por negociación, licitación abierta, licitación restringida, directiva europea, acuerdo de contratación pública.

Abstract: On April 16, 2025, the new Law on Public Sector Procurement, Leasing, and Services (LAASP) came into force in Mexico. Its new features are substantial and far-reaching for public procurement by entities and agencies at all three levels of government.



The objective is to analyze the competitive dialogue procedure and its implications with other similar procedures found in international regulations, a source of inspiration for its incorporation into Mexican legislation. Public procurement now has an economic-commercial connotation, meaning that companies with the most advanced technology are better positioned in the procurement market, as they offer better comprehensive solutions to specific technical needs. At this point, the "competitive dialogue" procedure becomes relevant. Its use is limited in direct relation to bidding processes, due to the lack of competitive suppliers or the submission of offers that are adequate in terms of price and quality. This type of procedure is tailored to the needs of agencies or entities when cutting-edge technology solutions or highly innovative projects are absolutely required for a specific problem, and/or when the authority cannot determine the technical specifications or lacks the capacity to determine or delimit a solution scenario, even if the time required to complete the procedure and outline the purpose of the contract to be awarded is reduced.

Key words: J Competitive dialogue, procurement procedure, negotiation procedure, innovation partnership, direct award by negotiation, open tender, restricted tender, European directive, public procurement agreement.

Sumario: I. El Diálogo Competitivo en México II. La Directiva Europea sobre Diálogo competitivo III. La innovación o asociación por innovación en el Diálogo Competitivo IV. Analogías y diferencias entre el Diálogo



Competitivo y el Procedimiento por Negociación V.
Conclusiones VI. Bibliografía

I. EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN MÉXICO

La innovación tecnológica es uno de los grandes objetivos de la contratación pública; además, ahora las compras públicas deberán ser verdes, ecológicas y sostenible ¹sin perder de vista la tecnología que será el factor diferencial para alcanzar las metas sobre medio ambiente, la inclusión social, y el desarrollo económico.

En este escenario, dentro de la nueva LAASSP se enlistan de manera específica los diversos tipos de procedimientos de contratación:²

- I. Licitación pública;
- II. Invitación a cuando menos tres personas;
- III. Adjudicación directa;
- IV. Diálogo competitivo;
- V. Adjudicación directa con estrategia de negociación;

¹Lazo Vitoria, X., Y CASTRO FUENTES, C., "Contratación Pública Sostenible en la Ley Nº 21.634 que moderniza la ley de compras públicas", en AAVV, Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctico de la reforma a la Ley Nº 19.886 (coord. CASTRO FUENTES, C.), Legal Publishing Chile (Santiago), 2024, p. 70.

² LAASSP, Artículo 35. "Los procedimientos de contratación deberán asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes".



VI. Asignación de un contrato específico derivado de la suscripción de un acuerdo marco, y

VII. Asignación de órdenes de suministro derivados de la Tienda Digital del Gobierno Federal o de servicios conforme a los catálogos electrónicos.

Con esta reforma se incorporan nuevos procedimientos de contratación que tienen un carácter restringido, pues sólo pueden ser detonados bajo criterios y situaciones específicas, por lo que, en la doctrina y la práctica misma, han sido calificadas como excepciones a la regla general de contratación, que es la licitación abierta.

En ese orden de ideas, tanto el procedimiento de contratación de “diálogo competitivo” como el de “adjudicación directa con estrategia de negociación” pueden ser considerados a priori de carácter restringido o, siendo rigurosos, tendientes a un procedimiento selectivo por el número de participantes, ya que existe un filtro previo denominado de precalificación de participantes. Ambos procedimientos sólo podrán ser realizados por la Secretaría de Hacienda como dependencia encargada de llevar a cabo contrataciones consolidadas con la autorización del Comité de Contrataciones Estratégicas, salvo casos excepcionales serán desahogados dichos procedimientos en otras dependencias o entidades, pero siempre con la venia de dicha Secretaría.

En la práctica existen causales de cancelación de una licitación, partidas o conceptos, con la condición necesaria de que se lleven a cabo antes del fallo o adjudicación del contrato, ya sea por caso fortuito y/o fuerza mayor u otras circunstancias justificadas. En



estos supuestos, se deberá justificar la determinación final de la autoridad, sin que proceda recurso legal alguno si se realizó en tiempo y forma la notificación (cancelación o declarar desierta la licitación). Tratándose del diálogo competitivo no procede el pago de gastos no recuperables.

El procedimiento de diálogo competitivo se aparta de las buenas prácticas, porque no exige llevar a cabo una licitación pública abierta; sin que se agoten las etapas de preparación a ella como la investigación de mercado, por tanto, solo basta que la situación o problemática encuadre dentro se de alguno de los siguientes supuestos, que determina el artículo 63 de la LAASSP, para iniciar el procedimiento de diálogo competitivo:

I.Cuando, para dar satisfacción a las necesidades del área usuaria o requirente de los bienes o servicios, resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación;

II.Cuando la prestación del servicio o la adquisición de bienes objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras, y

III.Cuando la convocante, atendiendo a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, complejidad o configuración del proyecto, no pueda establecer con precisión las especificaciones técnicas.³

³ LAASSP, Artículo 63.



En consecuencia, este procedimiento va dirigido a empresas a través de una invitación restringida que tengan soluciones que caen dentro del terreno de la competitividad, innovación y alta especialización para que puedan crear, modificar o adaptar soluciones inmediatas a una problemática compleja. En este caso, por ejemplo, podrían ser los problemas de inundaciones del aeropuerto de la CDMX, donde se necesita una batería de soluciones técnicas a corto plazo para evitar mayores costos económicos y sociales.

En el diálogo competitivo, cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a un anuncio de licitación o a una convocatoria de licitación, proporcionando la información solicitada por el poder adjudicador para la selección cualitativa.

Está diseñado para situaciones complejas y extremadamente difíciles, donde la entidad o dependencia no tiene la infraestructura o no sabe cómo solucionar una problemática específica, ni puede determinar técnicamente una petición de contratación porque no hay soluciones o existen soluciones muy distintas en el mercado, difíciles de comparar u otras situaciones que impiden aplicar técnicas usualmente utilizadas, etc. Frente a tales escenarios, no es posible plantear una compra técnicamente definida, por lo que, para generar rápidamente una propuesta técnicamente viable, fiable y aplicable, deberá establecer un diálogo con las empresas que se invitan a participar. Ese diálogo es activo y constructivo, respetando los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía y honradez.



I.1 ETAPA PREPARATORIA DEL DIÁLOGO COMPETITIVO

Para llevar a cabo este procedimiento, deben existir cuando menos tres invitados precalificados, un representante del órgano interno de control de la Secretaría y un testigo social en las contrataciones públicas. La Secretaría de Hacienda difundirá por un plazo de diez días hábiles el comunicado de diálogo competitivo a través de la Plataforma, donde se dará a conocer el documento descriptivo y demás documentación complementaria que contenga las necesidades de la dependencia o entidad y los requisitos de capacidad y recursos necesarios que los participantes interesados deben cumplir para acceder como candidato precalificado.

Primera fase: Presentación de documentos a través de la Plataforma para determinar a los candidatos precalificados que hayan cumplido con los requisitos de capacidad y recursos necesarios para ejecutar satisfactoriamente el contrato.

Segunda fase: Evaluación de documentos presentados por los participantes interesados para acceder como candidatos precalificados, la cual se llevará a cabo dentro de los siguientes cinco días hábiles al término de la presentación de documentos, y;

Tercera fase: Publicación en la Plataforma de la lista de los candidatos precalificados que resultaron de la evaluación para llevar a cabo estos diálogos y definir el objeto y alcance de la contratación.



Los diálogos se realizarán a través de la Plataforma o presencial de manera conjunta con los candidatos precalificados; o podrán llevarse a cabo diálogos individuales hasta que la convocante se encuentre en condiciones de determinar la fecha en que podrá llevarse a cabo el acto de presentación y apertura de proposiciones, promoviendo el cumplimiento de los plazos establecidos al inicio del procedimiento. El plazo para celebrarse los diálogos competitivos será de hasta veinticinco días hábiles, contados a partir de la determinación de candidatos precalificados, los cuales se podrán prorrogar hasta por un periodo igual, en función de la complejidad del objeto de la contratación.

I.2 ETAPA CONCLUSIVA DEL DIALÓGO COMPETITIVO

Primera fase: Publicación en la Plataforma de la notificación de la presentación de propuestas técnicas y económicas que deberá contener la fecha, hora y lugar para llevarla a cabo, a través de la propia Plataforma, además de los requisitos que se deberán cumplir para la evaluación de propuestas.

Segunda fase: Evaluación de las propuestas técnicas, mismas que se realizará en un plazo de cinco días hábiles contados a partir de la recepción de dichas propuestas y cuyo resultado general será publicado mediante acta en la Plataforma.

Tercera fase: En el caso de los postulantes cuyas propuestas técnicas fueron aprobadas, la convocante procederá a evaluar sus propuestas económicas. La convocante podrá llevar a cabo **negociaciones** con el

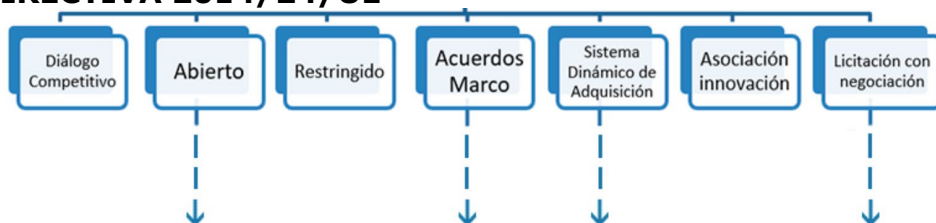


postulante cuya oferta económica se considere que presenta las mejores condiciones para el Estado.

Cuarta Fase: La adjudicación del contrato será para la mejor propuesta solvente, que cumplan con los requisitos establecidos por la entidad convocante y representa, como se ha dicho, las mejores condiciones para el Estado. Una vez agotadas las fases antes señaladas, el fallo será emitido a más tardar a los diez días hábiles siguientes a que concluya el acto de presentación y apertura de proposiciones técnicas y económicas, debiéndose publicar el acta correspondiente en la Plataforma de Contrataciones Públicas. Esto sin soslayar que el contrato será firmado dentro de los quince días naturales siguientes.⁴

II. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE DIÁLOGO COMPETITIVO

DIRECTIVA 2014/24/UE



La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del

⁴ Directiva 2014/24/UE, Artículo 64



Consejo de 26 de febrero de 2014, prevé aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo cuando las dependencias o entidades no tienen soluciones rutinarias y de fácil acceso, por lo que se obligan a publicar avisos para que las empresas presenten proyectos o soluciones innovadoras, ya que se encuentran frente a un escenario extraordinario, complejo o difícil para adjudicar un contrato por los medios ordinarios. Por tanto, es condición necesaria realizar negociaciones previas, dada la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera.

En la ley española sobre contratos del sector público contempla tres tipos de procedimientos de utilización excepcional: el procedimiento negociado, el diálogo competitivo y la asociación por innovación.⁵

La conceptualización del diálogo competitivo,⁶ es de que se trata de un procedimiento de contratación pública diseñado para situaciones particularmente complejas, donde los métodos tradicionales (como el procedimiento abierto o restringido) no son adecuados para adjudicar el contrato. *En cuanto al desarrollo del procedimiento se estructura en torno al anuncio de licitación y la definición de sus necesidades en el mismo o en un documento descriptivo; el diálogo entre el poder adjudicador y los licitadores, la determinación de una solución e invitación a presentar una oferta final; y la evaluación de las ofertas y selección de la*

⁵ Moreno Molina J.A, Guía Práctica de contratación pública, Editorial La Ley, España, 2023, Pág. 171.

⁶ Ver, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014



*económicamente más ventajosa.*⁷ Cualquier operador económico puede solicitar participar, pero solo los invitados por el poder adjudicador pueden presentar una oferta. Durante este procedimiento, el poder adjudicador dialoga con los candidatos seleccionados con el objetivo de desarrollar una o varias soluciones que satisfagan sus necesidades. Una vez desarrolladas estas, los candidatos son invitados a presentar sus ofertas basadas en ellas.

En este contexto, los poderes adjudicadores tienen mayor flexibilidad para elegir un procedimiento que incluya negociaciones, lo cual amplía y traslada el ámbito de competencia. Es decir, se busca la participación de empresas internacionales, con el propósito de que existan un mayor número de ofertas innovadoras y de soluciones competitivas que impulsen al comercio transfronterizo.

El recurso del diálogo competitivo ha aumentado significativamente en términos de valor contractual en los últimos años, dado el valor financiero de los contratos que requieren de soluciones altamente tecnológicas, donde los derechos de propiedad intelectual recaen en las grandes empresas que detentan la tecnología y los recursos. *En particular, en los proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o los proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación*

⁷ Moreno Molina J.A, Guía Práctica de contratación pública, Editorial La Ley, España, 2023, Págs. 182-187.



*compleja y estructurada.*⁸

Lo que no existe duda, es que la adjudicación del contrato parte del criterio de la mejor solución y que tenga una mejor relación calidad-precio. Los poderes adjudicadores entablarán un diálogo con los participantes con el objetivo de determinar y definir los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatir todos los aspectos de la contratación con los participantes y las soluciones propuestas en un escenario de confidencialidad y transparencia. Los diálogos podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de soluciones que hayan de examinarse durante la fase de diálogo, el cual proseguirá hasta que la dependencia o entidad esté en capacidad de alcanzar la solución o las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Una vez cerrado el diálogo, los participantes deben presentar su oferta definitiva, basada en la solución o soluciones presentadas, y especificadas durante la fase de diálogo. Esas ofertas deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. Los poderes adjudicadores evaluarán las ofertas recibidas en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. A petición del poder adjudicador, se podrán llevar a cabo negociaciones con el licitador que haya presentado la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas

⁸ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, Párrafo 43



en la oferta, para lo cual se finalizarán las condiciones del contrato.⁹

III. LA INNOVACIÓN O ASOCIACIÓN POR INNOVACIÓN EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO

En México no existe la figura de la “asociación por innovación”, aún menos se puede establecer ninguna vinculación con el “diálogo competitivo”, sino subyace dentro del mismo diálogo competitivo. Su ausencia normativa dentro de la nueva LAASSP es un acto desafortunado, porque el factor de innovación solo forma parte de la solución dentro de la fase de diálogos y no la solución total resultante de una negociación. De entrada, se percibe una relación vertical más que horizontal entre las partes, donde el órgano de la administración es un negociador con más ventajas reales que los privados, en un escenario de negociación donde la asociación para la innovación debería permear el diálogo competitivo. No obstante, es solo un factor a favor del proveedor, porque es parte del esquema de solución de lo que la administración requiere en términos de oportunidad, financiamiento, calidad y precio.

⁹ Directiva 2014/24/UE, Párrafo Artículo 30, Diálogo competitivo.



En la directiva europea, el procedimiento de asociación para la innovación pretende favorecer a las empresas más innovadoras y va destinada a aquellos casos en que sea necesario realizar actividades de investigación y desarrollo, respecto de obras, servicios y productos innovadores para su posterior adquisición por la Administración. Se pueden distinguir cuatro elementos claramente diferenciados: la selección de candidatos, la negociación con los licitadores, la asociación con los socios y la adjudicación del producto resultante.¹⁰

En la Directivas 2014/24 existe una estricta vinculación entre el diálogo competitivo con la figura de la "asociación para la innovación", que permite a las administraciones colaborar con empresas para desarrollar soluciones innovadoras que aún no existen en el mercado, incluyendo las microempresas. Mientras que en México, es un mero concepto; su omisión reduce los escenarios de solución y beneficios para el desarrollo económico nacional. Además, en lugar de esta figura, se adoptó la "adjudicación directa por negociación", la cual tiene mayores riesgos y costos adicionales.

La primera analogía del diálogo competitivo entre la regulación europea y la legislación mexicana, es que en México no está supeditado a una licitación abierta, sino dota a la autoridad de flexibilidad para administrar el procedimiento para alcanzar su objeto; sin embargo, dado que se trata de un procedimiento cerrado no abona a la transparencia y a la libre concurrencia, lo cual no

¹⁰ Moreno Molina J. A, Guía Práctica de contratación pública, Editorial La Ley, España, 2023, Págs. 188-191.



quiere decir que no sea un procedimiento alternativo, competitivo e innovador. El sector público trata de involucrar al operador económico en el desempeño de una tarea común: *la innovación*. De esta forma, la denominación del procedimiento traduce la idea de colaboración entre poderes adjudicadores y operadores económicos.”¹¹

La directiva establece que los poderes públicos deben utilizar estratégicamente la contratación pública para fomentar la innovación, lo cual concibe la introducción de productos, servicios o procesos nuevos o significativamente mejorados, incluyendo métodos de producción, comercialización u organización.

Asimismo, la directiva en comento señala que “La asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.”¹²

¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en AAVV, *Observatorio de los contratos públicos 2013* (coord. BERNAL BLAY, A.), Editorial Aranzadi, SA Navarra, 2024. p. 212.

¹² Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, Apartado 2 del art. 31.



La contratación de innovación es un procedimiento complejo, pero de gran utilidad para afrontar necesidades públicas reales que no pueden atenderse mediante la adquisición de servicios o bienes ya disponibles en el mercado. Además, permite prestar mejores servicios públicos, atender objetivos vinculados con otras políticas públicas o promover la participación de las Pymes, por citar algunos de sus beneficios; este es el motivo que lleva a diseñar procedimientos en los que el comprador y el vendedor colaboran en el desarrollo de las soluciones y, en el caso de que esta relación sea exitosa habrá un doble beneficio: se habrá dado solución a una necesidad pública y la empresa podrá explotar los resultados de ese proceso de innovación.¹³

La financiación pública a la investigación y desarrollo, en comparación con las inversiones que realizan las grandes corporaciones empresariales para generar conocimiento innovativo, refleja una brecha muy amplia. Esto produce que el órgano adjudicador se convierta en un regulador más, mientras que la generación de tecnología queda en manos de los agentes económicos. En este escenario, se da la interconexión entre la contratación pública y la competencia económica, donde existirá mayor competencia entre los privados, para realizar mejores

¹³ En el Diario Oficial de la Unión Europea del pasado 6 de julio de 2021 se publicó la Comunicación de la Comisión "Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación".



ofertas, ya que poseen mayor poder de negociación y diálogo. Sus productos y servicios altamente tecnificados y actualizados, son posicionados estratégicamente en el mercado global y tienen ventajas comerciales sobre otras que no desarrollan innovación o desarrollo tecnológico. Por tanto, los reguladores adquieren la obligación de combatir la colusión en las ofertas, las de las prácticas anticompetitivas, que restringen la libre concurrencia y la transparencia en el procedimiento de contratación.

Los ámbitos en los que la contratación de innovación puede ser de gran utilidad son muy amplios. Por ejemplo, en el desarrollo de equipamientos o técnicas quirúrgicas que supongan mínima invasión, reduzcan las molestias al paciente y el tiempo que necesita estar ingresado en el hospital y/o mejoren la ergonomía del personal sanitario. También podrían desarrollarse procedimientos destinados a mejorar el servicio de tratamiento de los residuos, diseñando un sistema de alertas cuando estén los contenedores llenos o exista alguna incidencia, mejorando la salubridad del entorno, adaptando las rutas de recolección a las necesidades reales, utilizando máquinas menos ruidosas, o reciclando mejor los residuos recogidos. Estos son solo dos ejemplos sencillos, pero ilustrativos de los beneficios de esta modalidad de contratación.¹⁴

¹⁴ De Guerrero Manso Carmen, Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación, Observatorio de Contratación Pública, julio 2021.



En la compras de gobierno existe una obligación implícita de las empresas a ofrecer productos y servicios mejorados en búsqueda permanente de la sostenibilidad. La innovación es un factor que coadyuva a elevar la competitividad internacional de las empresas en sus procesos de producción, modificación y transformación; y no solo eso, también a ofertar aquellos que aún no existen en el mercado, de tal forma que las dependencias compren productos ya no solo conforme a precio sino conforme a criterios de innovación, que le darán mayores beneficios y ventajas de aplicación.

Es evidente que la contratación pública debe partir del concepto de innovación, bajo procedimientos de contratación más flexibles y colaborativos, que prevean soluciones que aún no existen en el mercado de manera conjunta y coordinada entre el sector público y privado. Esto implica tanto la adquisición de resultados innovadores como el proceso de innovación en sí mismo, incluyendo servicios de investigación y desarrollo con resultados parciales.

La innovación trae consigo una mejor eficiencia y calidad de los servicios públicos, coadyuvando a la innovación empresarial para enfrentar los desafíos sociales, ambientales y tecnológicos. En ese plano cooperativo entre los sectores se impulsa la recuperación económica y la transición ecológica y digital.

Las compras con innovación son parte de un ejercicio de planificación anticipada y estratégica; no se trata de compras improvisadas, sino de proyectos bien definidos; no consiste en un procedimiento tradicional de licitación rígida, toda vez que hay un reparto de riesgo y beneficios entre las entidades compradoras y los eventuales



proveedores, dándole participación a las Pymes y a los emprendedores y actores innovadores.

IV. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DIÁLOGO COMPETITIVO Y EL PROCEDIMIENTO POR NEGOCIACIÓN

IV.I El procedimiento de diálogo competitivo y el procedimiento por negociación según la normativa europea

El procedimiento de licitación con negociación debe poder utilizarse también en los casos en que un procedimiento abierto o restringido haya conducido exclusivamente a ofertas irregulares o inaceptables. En tales casos, los poderes adjudicadores deben poder llevar a cabo negociaciones con objeto de conseguir ofertas normales y aceptables.¹⁵ En consecuencia, en este procedimiento como en el de diálogo competitivo, los requisitos, términos de referencia, parámetros de evaluación y el objeto del contrato no deben modificarse durante todo el procedimiento, exista o no negociación o diálogo. Si existiera ese riesgo, perdería sentido someterse a ese tipo de procedimiento, sabiendo de antemano que no fluiría el diálogo o negociación.

Aquí la diferencia es que la licitación por negociación que regula la directiva europea, tiene que ser mediante una licitación, mientras que, en el procedimiento de diálogo competitivo en México, se sujeta a un procedimiento de

¹⁵ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo, Párrafo 45



contratación de carácter restringido, toda vez que parte de una convocatoria selectiva dirigida a un sector específico. De ahí seguirá una selección cualitativa por parte del poder adjudicador, quien determinará el número de candidatos aptos para participar en el procedimiento. De tal forma que la licitación por negociación y los diálogos competitivos responden finalmente a un aviso o convocatoria de participación.

Según Jaime Pintos Santiago, el *quid* que ha traído consigo una serie de confusiones entre ambas figuras es comprensible, debido a que en la Directiva 2014/24/UE describe la licitación con negociación (procedimiento negociado con publicación previa) y el diálogo competitivo como procedimientos muy próximos, ambos con una fase de interacción entre poder adjudicador y licitadores para adaptar la solución a las necesidades del contrato. Prosigue en que la principal diferencia radica en el punto de partida del procedimiento y el grado de definición previa de la solución por parte de la Administración. En el procedimiento con negociación, el poder adjudicador sí tiene una idea bastante definida de la solución técnica o funcional que quiere contratar y puede describirla en el pliego, pero necesita cierto margen para negociar aspectos concretos de las ofertas (condiciones técnicas, variantes, precio, plazos...) porque no es posible adjudicar directamente tras una licitación abierta o restringida. La negociación se centra en afinar y optimizar propuestas ya encuadradas en un marco de requisitos predeterminados. Aquí la negociación es explícita y reglada, pero no se parte de una "hoja en blanco". En el diálogo competitivo, en cambio, el poder adjudicador no está en condiciones de definir de antemano la solución óptima debido a la



complejidad del contrato (tecnológica, jurídica, financiera o mixta), por esto, se abre un proceso de diálogo con los licitadores preseleccionados para definir conjuntamente la solución o soluciones posibles que respondan a la necesidad. Una vez concluido el diálogo, se invita a presentar ofertas finales basadas en la(s) solución(es) acordada(s). Aquí la “negociación” no se centra en ajustar una propuesta ya conocida, sino en crear y concretar la solución desde una fase previa de exploración.¹⁶

Por tanto, una cosa es cierta, el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige necesariamente la negociación.¹⁷

El Diálogo competitivo es un procedimiento de adjudicación complicado y que exige una gran dedicación de recursos humanos. Al partir de un documento descriptivo que no tiene la precisión de unos pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, el contrato en la vertiente jurídica, financiera y técnica se va configurando durante el diálogo, examinando

¹⁶ Pintos Santiago, J. Conversatorio sobre la nueva Ley de contrataciones de México, Nuevas figuras normativas, UNAM, agosto 2025

¹⁷ Blanco López, Francisco, En el procedimiento negociado hay que negociar, Observatorio de Contratación Pública” España, Nov. 202.



soluciones, aceptando unas y desechando otras en un proceso que exige una gran implicación del personal del órgano de contratación y de los licitadores.¹⁸ Lejos de considerar esta circunstancia un problema, entiendo que representa una ventaja pues permite al órgano de contratación una gran flexibilidad para diseñar el funcionamiento del diálogo.¹⁹

En este sentido, los expertos concuerdan que este procedimiento solo tiene mejor resultados en contratos complejos. Por tanto, debería existir parámetros para definir cuando estamos ante este tipo de contratos. En una interpretación de la nueva Directiva 2014/24/UE, se suprimió el requisito de que debía haber el presupuesto tradicional para la utilización del Diálogo competitivo, partiendo de la complejidad existente para la adjudicación del contrato. Si bien esto fue derogado en las nuevas reglamentaciones, donde se han establecido los mismos supuestos que autorizan llevar a cabo el diálogo competitivo o el procedimiento negociado de manera indistinta, entonces es necesario determinar cuándo estamos ante un contrato complejo.

Dada esta falta de precisión normativa, en la práctica europea el Diálogo competitivo aplica para contratos complejos, pero con una mayor flexibilidad para

¹⁸ Sanmartín Mora María Asunción, El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos, Observatorio de CP, España 2005.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Diálogo: Discusión o trato en busca de avenencia.



desarrollar el formato y funcionamiento del diálogo, porque se tiene una mayor margen de negociación dentro de la fase del mismo, mientras que el procedimiento por negociación no aplica para contratos complejos.

En concreto, la negociación es una herramienta que se utiliza en los dos procedimientos. Aparentemente tanto diálogo y negociación tienen acepciones diferentes, pero para aclarar este escenario de operación, la negociación siempre estará presente, sea cual fuere el procedimiento, de los ya señalados. Así las cosas, se despeja la duda de que en las dos figuras siempre habrá negociación, ya que si en el diálogo competitivo las partes celebran diálogos, pero de manera implícita está la negociación por el aparente grado de complejidad de los contratos.

José Antonio Moreno Molina, señala atinadamente que la utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación, se encuentra en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP). Ahí se plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva Europea en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.



Artículo XII Negociación

1. Una Parte podrá prever que sus entidades contratantes celebren negociaciones:
 - a) ha manifestado su intención de celebrar negociaciones en el anuncio de contratación prevista,
 - b) las negociaciones, concederán a todos los participantes que no hayan sido eliminados en un mismo plazo para presentar ofertas nuevas o revisadas.

Reafirma que esto podrá llevar a cabo siempre y cuando sea conforme a los principios de no discriminación y equidad procesal. Esto demuestra su base legal dentro de un instrumento multilateral, otorgando flexibilidad a sus miembros en la adopción de procedimientos de contratación por negociación. Esto aparentemente plantea y jerarquiza a la negociación por encima del diálogo, que si bien no está presente en el texto, se interpreta que el diálogo entra dentro de los tipos de procedimiento por negociación, por lo que existe una autorización a priori para bautizarlos como quieran, sujetos solo a un anuncio, con total apego al principio de transparencia y publicidad.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarias para *negociar* un buen acuerdo con los proveedores. Por último, debe evaluarse cuidadosamente para qué tipo y tamaño de contratos tendría sentido la negociación. A



menudo la negociación sería particularmente apropiada para la adjudicación de contratos pequeños. En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

Por tanto, los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en etapas sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a recurrir a esta opción.²⁰

IV.2 Incompatibilidades de la figura “adjudicación por negociación” con el Derecho Europeo y el ACP

La figura de **adjudicación directa por negociación** en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) de México, tiene un carácter de excepcionalidad de aplicación, debidamente reglada, aunque ha sido objeto de críticas por su uso excesivo que

²⁰ Moreno Molina J. A., La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública, Observatorio de Contratación Pública, España, 2015.



podría tener y por las deficiencias que presenta frente a las mejores prácticas internacionales en contratación pública.

En síntesis, el procedimiento de contratación por adjudicación directa con estrategia de negociación se realizará a través de la Plataforma de Contrataciones. La Secretaría de Hacienda dará a conocer los requisitos y descripción técnica de los bienes a adquirir o arrendar, o de los servicios a contratar; la fecha y hora para llevar a cabo de manera electrónica la presentación de cotizaciones que contendrán la oferta técnica y la económica, esta última preliminar; así como el criterio de evaluación que se utilizará para determinar la solvencia de estas.

Las cotizaciones deberán contener la información conforme a la solicitud de cotización; de no cumplir con alguno de los requisitos conforme al criterio de evaluación determinado serán desechadas, en caso de que ninguna cotización cumpla con las especificaciones publicadas, el procedimiento será declarado desierto. Una vez que se realice la presentación y apertura de cotizaciones, se notificará a los cotizantes el resultado de la evaluación de sus ofertas técnicas, realizada por el área requirente de la dependencia o entidad solicitante y se notificará la fecha, hora y lugar para llevar a cabo el acto de negociación con los cotizantes cuyas ofertas técnicas hubieren resultado solventes. Hacienda designará un líder quien realizará las negociaciones, considerando el orden de los precios ofertados del menor al mayor, con el fin de obtener las mejores



condiciones para el Estado.²¹

Tal como lo prevé la Ley, no es necesario llevar a cabo una licitación pública y abierta, se trata de un procedimiento de contratación restringido que no abona a la transparencia ni a la libre concurrencia, porque al darse el aviso no existe prácticamente competencia o factores más objetivos de comparación entre las ofertas, dentro de plazos excesivamente breves para calificar las propuestas técnicas.

En la segunda fase ya existe negociación pero solo para las propuestas económicas, sin conocer los términos de referencia, su objeto y su alcance con los proveedores calificados para alcanzar acuerdos conforme a precio. Aquí la negociación no es una herramienta para construir acuerdos, más bien es una forma de alcanzar el precio más bajo (regateo), donde, a su vez, el criterio del negociador gubernamental decidirá sin llevar a cabo un dictamen, emitirá un fallo controvertido.

Si no existe licitación, se elimina el incentivo para ofrecer mejores precios o calidad, lo que puede derivar en sobrecostos o servicios deficientes. La autoridad contratante tiene un amplio margen para decidir a quién adjudicar, lo que abre la puerta a favoritismos, colusión, conflictos de interés o corrupción.

La adjudicación directa por negociación se confronta con las mejores prácticas internacionales; es un invento

²¹ Artículo 61.



normativo que enreda la operación de los contratos administrativos, donde la falta de transparencia puede provocar serias anomalías y deficiencias en el procedimiento. Esta figura en concreto, es incompatible con el ACP de la OMC, que se confronta sobre todo con el principio de no discriminación y el de transparencia. Si bien las adjudicaciones directas, eran una excepción a la licitación en México muy controversiales por su uso recurrente, ahora existe otra figura más que incrementa los riesgos de corrupción. sin que se pueda constatar que exista negociación para la adjudicación de los contratos (doble riesgo de opacidad).

En la directiva 2014/24/UE, se observa que no existe la adjudicación directa, aún menos la adjudicación directa por negociación, porque a nivel multilateral solo existen figuras de procedimientos por negociación, pero mediante avisos o convocatorias y no simple anuncios selectivos condicionados siempre a que se lleve a cabo una licitación. Es evidente que existe un desconocimiento del Derecho Europeo, ya que en la nueva LAASSP se hizo una deficiente calca del diálogo competitivo, sin considerar otras figuras más atractivas y benéficas para el desarrollo económico nacional.

V. CONCLUSIONES

1. La principal analogía entre el diálogo competitivo y procedimiento por negociación es que ambas figuras implican interacción y ajuste con los operadores económicos. Según la perspectiva de Jaime Pintos Santiago, el diálogo competitivo tiene como matiz clave la negociación, la cual



tiene un marco predeterminado y definido destinado solo para afinar detalles; mientras que en el procedimiento por negociación existe el diálogo centrado en un escenario más abierto, donde todos se solidarizan en la construcción conjunta de la solución.

2. Se reconoce que las figuras antes mencionadas están vinculadas directa o indirectamente a la asociación por innovación de la directiva europea. En contraste, dado que en México no existe esta figura, porque la innovación es solo un concepto indeterminado que subsiste jurídicamente dentro del diálogo competitivo. Si bien es una omisión la incorporación del diálogo por innovación en México, es urgente su regulación con fines propios, considerando que la contratación pública por innovación debe tener un enfoque práctico para pequeños proyectos con el propósito de estimular la participación de la Minipymes. Cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios y la adquisición de los suministros u obras resultantes, la autoridad debe crear y reglamentar de manera urgente y accesible un procedimiento de contratación específico de innovación a corto y largo plazo.
3. Respecto al diálogo competitivo, tema central de este artículo, queda claro que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta



a un anuncio, facilitando la información solicitada por el órgano de contratación para la selección cualitativa. Es aplicable para contratos complejos, previo anuncio que garantice la transparencia y la libre concurrencia. En el anuncio de licitación, en la licitación o en el documento descriptivo, los poderes adjudicadores indicarán si optarán por esta opción. Los diálogos competitivos podrán celebrarse en fases sucesivas con el fin de reducir el número de soluciones que deban debatirse durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio.

Una falta de precisión de la directiva europea, y de la misma legislación mexicana, es la ausencia de una conceptualización entre diálogo y negociación, la cual da lugar a una serie de interpretaciones que no dejan claro el rol que juegan los sujetos activos del diálogo y la negociación. De ahí que no hay una demanda recurrente y frecuente de estos procedimientos de contratación, que obliga a un reforzamiento de las normativas y lineamientos de operación. No ha que olvidar lo que establece el ACP de la OMC, en cuanto a que pueden darse otro tipo de procedimientos, pero solo con base a negociación y no a diálogos, cuya concepción jurídica hasta ahora resulta subjetiva e indeterminada.



VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO, "En el procedimiento negociado hay que negociar, Observatorio de Contratación Pública" España, Nov. 2022.

DE GUERRERO MANSO, CARMEN, Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación, Observatorio de Contratación Pública, julio 2021.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", en AAVV, Observatorio de los contratos públicos 2013 (coord. BERNAL BLAY, M. A.), Editorial Aranzadi, SA (Navarra), 2014.

LAZO VITORIA, XIMENA, "Contratación Pública Sostenible en la Ley Nº 21.634 que moderniza la ley de compras públicas", en AAVV, Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctico de la reforma a la Ley Nº 19.886 (coord. CASTRO FUENTES, C.), Legal Publishing Chile (Santiago), 2024.

MORENO MOLINA JOSÉ ANTONIO, Guía Práctica de contratación pública, Editorial La Ley, España, 2023.

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública, Observatorio de Contratación Pública, España, 2015.



PINTOS SANTIAGO JAIME "Vademécum práctico sobre Derecho de la Unión Europea", Diputación de Granada, CEMCI, España 2018.

PINTOS SANTIAGO, JAIME, "Memoria del Conversatorio sobre la nueva Ley de contrataciones de México", Nuevas figuras normativas, UNAM, agosto 2025

RODRÍGUEZ BEAS, MARINA., "La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación", *Cuadernos de derecho local*, 39 (Madrid), 2015.

SANMARTÍN MORA, MARÍA ASUNCIÓN, El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos, Observatorio de CP, España 2005.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. (Coord.), Contratos Públicos: Ley y Reglamento, Legal Publishing Chile, (Santiago), 2025.



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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran



inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe



especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.



Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.



- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo



electrónico a la siguiente dirección de la Revista:
revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.



Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana²². El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

²² Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:



Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis–, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso– del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el



libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.



X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)



Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

