

Nº 30
Segundo trimestre 2022

Gabilex

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



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



Número 30. Junio 2022

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Bevia



Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho 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.....	12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA POBREZA EN LA NUEVA GOBERNANZA MULTINIVEL Y ABIERTA	
D ^a María Barahona Migueláñez	15

DEL DERECHO DE LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS A ACCEDER A SU EXPEDIENTE PENITENCIARIO Y A LOS INFORMES TÉCNICOS EMITIDOS POR LOS PROFESIONALES QUE FORMAN PARTE DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS, CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 164/2021, DE 4 DE OCTUBRE.	
D. Javier Ramírez Jiménez.....	89

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA	
D ^a . Bárbara Lucía Romojaro Alonso	107

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO FORMA DE EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	
---	--



D^a. Zoe María Maroto Rodríguez..... 195

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

REQUISITOS DE SOLVENCIA EN UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESARIOS: INDIVIDUALES, ACUMULATIVA Y EXTERNA

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....247

EL ERROR EN LA CALIFICACIÓN DEL RECURSO NO PUEDE IMPEDIR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA POR PARTE DEL OPERADOR ECONÓMICO

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda257

BASES DE PUBLICACIÓN.....271

Dedicamos este número a la memoria de nuestro compañero D. Prudencio Mariano Mateo Caso que fue Letrado Coordinador en el Gabinete Jurídico en Guadalajara.



EDITORIAL

En el número 30 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el brillante trabajo de D^a. María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título “La acción social de las Administraciones Públicas en relación con la pobreza en la nueva gobernanza multinivel y abierta”

El artículo está enfocado desde un punto de vista jurídico, y partiendo de los ODS fijados por la Organización de Naciones Unidas en la Agenda 2030, el objetivo de erradicación de la pobreza, y en especial de la pobreza infantil.

A continuación, D. Javier Ramírez Jiménez analiza en un interesante y profuso trabajo “Del derecho de los internos de los establecimientos penitenciarios a acceder a su expediente penitenciario y a los informes técnicos emitidos por los profesionales que forman parte de los órganos colegiados, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/2021, de 4 de octubre”. El Tribunal Constitucional rechaza la denegación de acceso a los informes de los profesionales que sustentan la adopción de acuerdos de los órganos colegiados,



cuando esta se encuentra amparada en circunstancias abstractas o carente de cualquier concreción.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. Bárbara Lucía Romojaro Alonso que aborda con maestría, las garantías del derecho de acceso a la información pública. análisis teórico y práctico de las autoridades de transparencia.

D^a. Zoe María Maroto Rodríguez en su artículo “Los programas de cumplimiento como forma de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, aborda como el legislador español introdujo en el Código Penal del año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras la reforma del Código Penal del año 2015 la ley contempla una forma de que las personas jurídicas puedan excluir o atenuar su responsabilidad: los programas de cumplimiento.

Por último, este número se cierra con la reseña de jurisprudencia que brillantemente tratan D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, al comentar dos resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública. En concreto, “Requisitos de solvencia en unión temporal de empresarios: individuales, acumulativa y externa” y “El error en la calificación del recurso no puede impedir el ejercicio del derecho de defensa por parte del operador económico”.

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES





LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA POBREZA EN LA NUEVA GOBERNANZA MULTINIVEL Y ABIERTA

D^a. María Barahona Migueláñez

Letrada de carrera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: El presente trabajo analiza, desde un punto de vista jurídico, y partiendo de los ODS fijados por la Organización de Naciones Unidas en la Agenda 2030, el objetivo de erradicación de la pobreza, y en especial de la pobreza infantil.

Desde la configuración del Estado español como un Estado social y siendo ese postulado el fundamento de la intervención administrativa en materia de acción social, se profundiza en los aspectos doctrinales que fundamentan dicha acción social de las Administraciones públicas, así como en otras cuestiones anexas como son



el ámbito competencial y las técnicas administrativas de intervención, incluyendo en el análisis el nivel europeo. Se concluye postulando un diálogo multinivel continuo de todas las Administraciones, pues todas están obligadas a hacer efectivo el mandato del artículo 9.2 de la CE de 1978, sobre igualdad material. De igual forma, se concluye la necesidad de fomentar una ciudadanía activa y participativa en el contexto del gobierno abierto, pues lo social o la justicia social es una responsabilidad colectiva.

Abstract: This paper examines the goal of eradicating poverty and especially child poverty from a legal point of view and based on the SDG (sustainable development goals) set by the United Nations Organization in the 2030 Agenda.

Doctrinal aspects underlying the social action of the Administration are analysed from the configuration of the Spanish State as a social State, which is the foundation of administrative intervention in matters of social action, as well as other related issues such as their scope of competence and the administrative intervention techniques, even in an European level.

It concludes by promoting a continuous multilevel dialogue of all public administrations, since all are obliged to make effective the mandate of article 9.2 of the EC of 1978 on material equality. Similarly, it is encouraged the need to foster active and participatory citizenship in the context of open government since social justice is a collective responsibility.

Palabras clave: ODS, Estado social, acción social de las Administraciones públicas, Gobierno abierto multinivel y participación ciudadana.



Key words: SDG, Social State, social action by public Administrations , multilevel open government and citizen participatio

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LA ERRADICACIÓN DE LA POBREZA COMO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AGENDA 2030 DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: UNA APROXIMACIÓN A LA POBREZA INFANTIL.

III.- ESPAÑA COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

3.1.- EL ESTADO SOCIAL.

3.2.-LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA COMO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

3.3- LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA POBREZA Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS: DEBATE DOCTRINAL, DELIMITACIÓN COMPETENCIAL, TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN Y FINANCIACIÓN.

A) Configuración doctrinal de la acción social de las Administraciones públicas: problemas prácticos que se plantean.

B) Delimitación competencial.

C) Técnicas administrativas de intervención en materia de acción social y nuevas fórmulas de gobernanza participativa.

D) La financiación del sistema público de acción social.

IV.- LA ACCIÓN EUROPEA EN MATERIA DE POBREZA.

V.- CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN



El presente trabajo contextualiza el análisis jurídico de la acción social contra la pobreza partiendo de la calificación de España como un Estado Social y Democrático de Derecho, con un contenido social, que se tiene que implementar en el marco de una economía de mercado, en línea con los objetivos europeos fijados a partir de la Estrategia Europa 2020 y de la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas.

Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible contenidos en esta Agenda 2030 se encuentra el de la erradicación de la pobreza, como objetivo nº 1, así como el de hambre cero, como objetivo nº 2. Dado su carácter multidimensional, se han esbozado algunas pinceladas sociológicas y económicas de la pobreza. Dentro de estos objetivos me he centrado en la acción social de los diferentes niveles territoriales, incluido el europeo, pero focalizando la atención en el fenómeno de la pobreza infantil. Se trata de un problema que urge acometer, pues, incluso, la nueva Comisión Europea ha marcado la garantía infantil europea como una de las prioridades a implementar durante el mandato que comenzó en 2019.

Aunque cualquier estudio de la pobreza o diseño de política pública que tienda a paliar la exclusión social debería consistir en un análisis interdisciplinar, toda vez que la pobreza no es un fenómeno a tratar únicamente desde el punto de vista económico o jurídico, al influir muchos otros aspectos culturales, sociales y políticos¹, el

¹ *Pobreza y exclusión social de la infancia en España*, Instituto UAM-UNICEF de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA), Informes Estudios e Investigación, Ministerio de Sanidad y Política Social, 2010, pág. 10. En la actualidad la pobreza se entiende más bien como una cuestión multidimensional en la que los aspectos económicos son una parte esencial, pero no exclusiva. El criterio económico se tiene en cuenta a la hora de fijar la línea de corte o umbral



objeto del presente trabajo, por lo limitado de su extensión, queda circunscrito al análisis jurídico de la acción social en esta nueva gobernanza multinivel, que también incluye el nivel europeo. El planteamiento del problema de la pobreza en el nivel europeo no es nuevo: ya desde 1984, en la entonces Comunidad Europea, el Consejo² reconoció que se consideran pobres aquellas familias o grupos de personas a quienes la limitación de sus recursos culturales, materiales y sociales excluye del tipo de vida mínimo considerado aceptable en el estado miembro en que residan. Por su parte el Banco Mundial³ también se ha aproximado al fenómeno de la pobreza definiéndolo como la incapacidad para alcanzar un nivel de vida mínimo. Se puede observar, por tanto, cómo todas las definiciones, desde un punto de vista económico, aún con diferentes matices, subrayan la idea de privación de lo que es básico en una sociedad determinada y que está ligado al bienestar de una persona.

Tras esta contextualización, se realiza un análisis jurídico de los fundamentos constitucionales y legales de la intervención administrativa en materia de acción

que permite distinguir entre pobres y no pobres, pero hay que tener en cuenta otros aspectos.

² Artículo 1.2 de la Decisión del Consejo 85/8/CEE, de 19 de diciembre de 1984, relativa a una acción comunitaria específica de lucha contra la pobreza.

³ Banco Mundial 1990 World Development Report 1990: poverty (Washington DC: Banco Mundial) localizable a abril de 2022 en:

<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/424631468163162670/World-development-report-1990-poverty>



social, así como un somero repaso de las técnicas administrativas en que se materializa dicha intervención, incluyendo el necesario examen competencial de las diferentes Administraciones públicas.

Desde este examen competencial, en el presente trabajo se asume la tesis de que en materia de acción social no existen intereses en conflicto entre las diferentes Administraciones públicas, lo que conduce a concluir que, sin perjuicio del respeto a este ámbito competencial de cada una de ellas, la acción social es una responsabilidad compartida, debiendo promoverse un diálogo continuo multinivel, que permita optimizar recursos y coordinar mejor las diferentes acciones.

También afirmo la necesidad de potenciar, desde las propias Administraciones, una ciudadanía activa, participativa y solidaria que intervenga en el diseño y desarrollo de esta política social que tienda al cumplimiento de los ODS en relación con la pobreza, así como con el objetivo europeo de reducción de la pobreza en 15 millones de personas en el horizonte 2030. Todo ello en línea con las nuevas tendencias de gobernanza e innovación pública que propugna el llamado gobierno abierto.

En otro apartado de este trabajo se analiza la acción de la Unión Europea en esta materia, pues no se puede desconocer la importante contribución de la Unión, a través de sus políticas redistributivas, apoyando y complementando la acción de las Administraciones de los Estados miembros, y, sobre todo, abriendo nuevas perspectivas en esta concepción de gobierno abierto y multinivel, con una mención a la garantía infantil europea.



Finalmente, se exponen unas conclusiones, partiendo de las tesis expuestas, sobre la necesidad de incrementar el diálogo y la coordinación multinivel, al converger el trabajo conjunto de los diferentes niveles territoriales en materia de acción social frente a la pobreza, pero, sobre todo, postulando la necesidad de incluir nuevos mecanismos de participación ciudadana, de manera que el desenvolvimiento del Estado social sea una responsabilidad colectiva.

II.-LA ERRADICACIÓN DE LA POBREZA COMO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AGENDA 2030 DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: UNA APROXIMACIÓN A LA POBREZA INFANTIL

Desde una perspectiva económica, todas las definiciones de pobreza, con diferentes matices, subrayan la idea de privación de lo que es básico en una sociedad determinada y que está ligado al bienestar de una persona.

Europa, si bien es una de las regiones más ricas del mundo, cuenta con una parte considerable de su población que no dispone de los recursos necesarios para el desenvolvimiento de una vida en condiciones dignas, y, de hecho, en 2010, en el contexto de la crisis, en la UE existían millones de personas que vivían por debajo del umbral de la pobreza⁴, existiendo, igualmente,

⁴ MOLINA MORALES, A, GUARNIDO RUEDA, A, y AMATE FORTES, I, *Los efectos redistributivos del gasto público en la Unión Europea*, eXtoikos nº 9, 2013, pág. 12. Estos autores destacan la gran bolsa de pobreza que existe en la UE. Los datos que reflejan estos autores se extraen de la clasificación entre pobres y no pobres según el método seguido por la Encuesta de Condiciones de Vida (ACV) del INE y por la estadística europea EU-SILC (Statistics on Income and Living



grandes diferencias entre los Estados miembros, por lo que existen marcadas diferencias en la determinación del umbral de pobreza entre ellos.

Cabe puntualizar la diferencia existente entre pobreza y exclusión social, dado que, aunque en algunas ocasiones van ligadas, la exclusión social se ha acuñado para referirse al conjunto de situaciones que afectan a personas, pero fundamentalmente grupos de personas, que van más allá de la pobreza; es decir, no tienen que ver sólo con la privación de recursos económicos⁵. Destaca la doctrina cómo, en la actualidad, se está imponiendo más el término exclusión social, no exento de dificultades pues es un término demasiado amplio.

El Consejo Económico y Social de España, ya desde un informe de 2017, sostenía que España venía arrastrando problemas sociales graves, incluso en los años de bonanza económica previos a la crisis, pues a pesar de las mejoras en los sistemas de protección social y al

Conditions) de EUROSTAT, basado en la construcción de una línea de pobreza monetaria relativa. España, según estos autores se sitúa en una de las mayores tasas de pobreza con un 20,7 %, casi al nivel de Letonia (21,3%) y de Rumanía (21,1%) que son los que ostentan las mayores tasas de pobreza.

⁵ *Pobreza y exclusión social de la infancia en España*, Instituto UAM-UNICEF de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA) (...) "op.cit" pág.20 y 22. Los autores del informe suscriben la definición ofrecida en el Consejo de Lisboa y en el de Niza del año 2000 en los que se estableció que la exclusión social consiste en ausencia para unos del conjunto de oportunidades vitales que otros sí tienen, como la imposibilidad o dificultad muy intensa de acceder a mecanismos de desarrollo personal e inserción sociocomunitaria y, a los sistemas preestablecidos de protección", esto es, en definitiva, ausencia de integración social y pérdida de ciudadanía.



aumento medio de ingresos, los niveles de pobreza monetaria se mantuvieron en cifras altas. Situación que, sin duda, se agravó con la crisis del 2008 que hizo aumentar la población en riesgo de pobreza y/o exclusión social. Existen datos recientes, recabados por la European Anti Poverty Network (EAPN), que es una red europea de lucha contra la pobreza que aglutina a una multitud de entidades del llamado tercer sector, representativo de los intereses de los más desfavorecidos.

Descendiendo al colectivo objetivo de análisis, la infancia, y siguiendo el estudio de MARÍ-KLOSE⁶, se puede comprobar la vulnerabilidad de este colectivo. Según este estudio, en diez de los quince países que constituían la UE-15, la tasa de riesgo de pobreza infantil era superior a la de las personas mayores. Amén de que en casi todos los países de la UE se ha incrementado el nivel de pobreza infantil, estos niveles han sido especialmente crueles en los países más afectados por la crisis económica del 2008, antes de transferencias sociales. Incluso después de esas transferencias sociales, éstas, sólo en parte, han paliado la misma, concluyendo que el riesgo de pobreza en la infancia es mayor que en otras etapas vitales. La diferencia también es especialmente alta en países como España e Italia, así como en los países del Este de Europa. Por otro lado, otra conclusión que extraen es que, en los países del sur de Europa (Grecia, Italia, España y Portugal), las transferencias sociales tienen un menor impacto de

⁶ MARÍ-KLOSE, P y MARÍ-KLOSE, M "¿Cómo se reduce la pobreza en los países ricos? Políticas de aseguramiento, redistribución y asistencia social en el Estado de bienestar" dentro de la obra colectiva *Los Estados de bienestar en la encrucijada, políticas sociales en perspectiva comparada*, editorial Tecnos, 2018, pág. 422 a 426.



reducción de la pobreza infantil. En el polo opuesto se encuentran los países escandinavos, donde sus estados de bienestar tienen gran capacidad reductora de la pobreza de los menores de 16 años. El dato sorprendente lo arrojan Irlanda y Reino Unido que, siendo países con políticas de corte liberal, sin embargo, en lucha contra la pobreza infantil han logrado reducir la misma y situarla al nivel de los países escandinavos. Todo ello fruto del esfuerzo de sus gobiernos en invertir en infancia.

Los datos que la EAPN ofrece en relación con la pobreza infantil en España son demoledores. También el relator de la ONU para la extrema pobreza, Philip Aston, en su visita de 2020, puso de manifiesto que las cifras de población infantil en riesgo de pobreza en nuestro país están muy por encima de lo que cabría esperar. Más recientemente, el Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil de España⁷, ha constatado los altos niveles de pobreza infantil en España, que tristemente lidera la lista europea, destacando que el mayor problema de pobreza infantil se concentra en áreas urbanas, siendo las grandes capitales las que acumulan el 40% de esta pobreza infantil. Considera que en España habría que invertir entre un 8 o un 10% del Fondo Social Europeo Plus (FSE+)⁸ para mitigar la pobreza infantil; esto es, observa mayores necesidades de inversión que las propias previsiones de la Comisión

⁷ Jornadas organizadas por UNICEF España y la iniciativa Ciudades amigas de la Infancia los días 30/11/2021 y 1/12/2021.

⁸ Reglamento (UE)2021/1057, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 1296/2013.



Europea, que ha diseñado la garantía infantil de manera que se reserve un 5% de los recursos del Fondo Social Europeo Plus a la lucha contra la pobreza infantil.

III.- ESPAÑA COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.1.- EL ESTADO SOCIAL

El Estado social de Derecho surge como un modelo posterior, tras la superación del modelo jurídico-político de Estado liberal de Derecho que comenzó con las revoluciones burguesas y liberales a finales del siglo XVIII y siglo XIX, basado, sobre todo, en el respeto a las libertades individuales y la propiedad privada, si bien respondió al principio de intervención mínima del Estado, propio del liberalismo económico que aglutinaba la ideología liberal.

El Estado social de Derecho, que también se ha venido a denominar, posteriormente, en una versión más depurada, "Estado de Bienestar" (*Welfare State*, principalmente en los países escandinavos), se caracteriza por constituirse como un nuevo tipo de Estado cuya gestación se atribuye al constitucionalismo social y que está basado en la consideración de que sólo se puede obtener un ejercicio real de los derechos de los ciudadanos si el Estado arbitra los mecanismos de garantía adecuados. Al mismo tiempo incorpora nuevos derechos de carácter social y garantías para hacerlos efectivos. Esta nueva formulación jurídico-política deriva de una nueva conciencia social, en la que las instituciones cumplen una función social, interviniendo en la economía, para así poder igualar los derechos de los más débiles.



COSSIO DÍAZ⁹, sitúa a finales del siglo XIX el momento en que se plantearon y se recogieron normativamente algunas de las pretensiones de los colectivos menos favorecidos. Muchas de esas demandas tenían como destinatario al Estado, si bien, como señala este autor, en un primer momento la mayoría de las respuestas se daban vía legislativa o administrativa con la pretensión de “establecer un mínimo de condiciones de vida denominadas políticas del Estado benefactor”. Sin embargo, fue la mutación de fuente, el hecho de que se recogiesen en textos constitucionales tras los conflictos del siglo XX, lo que motivó el definitivo paso de un Estado liberal, en el que existía una total separación Estado-sociedad, a un incipiente Estado social.

No excluye la consideración de Estado social el hecho de que no se recojan listados de tareas o funciones de esa naturaleza en el texto constitucional¹⁰, como tampoco impedirá que puedan ser calificados como sociales aquellos ordenamientos que no contemplan expresamente la locución Estado social.

La formulación Estado social, por tanto, queda configurada como un espacio abierto, que permite interpretar con flexibilidad una variedad grande de contenidos, lo que permite la adaptación constante del texto constitucional y la interpretación actualizada del Estado social, en función de las cambiantes circunstancias de cada momento histórico.

La idea capital, auténticamente representativa del Estado social, es la búsqueda de la materialización del

⁹ COSSIO DÍAZ, J. R. *Estado Social y Derechos de prestación*, Colección estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 pág. 32 y 33.

¹⁰ Véase la Ley Fundamental de Bonn.



principio-derecho de igualdad; pero no sólo de la igualdad en su vertiente formal, sino en su vertiente material o real.

Como apunta VAQUER CABALLERÍA¹¹, este tránsito del Estado liberal “monoclase”, que atendía sólo las necesidades de la burguesía, al Estado “pluriclase”, que representaba el Estado Social de Derecho, influido por la aparición de partidos de clase y la universalización del sufragio, supuso dar voz a las clases desfavorecidas, que pasaron a formar parte de la comunidad política, dotando al Estado de contenidos sociales. De esta forma, se asistió, incluso, a un cambio terminológico, pues con la implantación de los sistemas asistenciales públicos del siglo XIX, se fue abandonando el término caridad y se comenzó a utilizar la expresión beneficencia.

En la actualidad se ha pasado al concepto de asistencia social o incluso al más amplio de *acción social*¹², pues no ampara sólo a los indigentes o pobres de solemnidad. Con ello se marca claramente la diferencia entre unas prestaciones gratificables, propias de la etapa de la beneficencia pública del siglo XIX, respecto del actual

¹¹ VAQUER CABALLERÍA, M, *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho* Novedades de Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 47 y 48.

¹² LÓPEZ FERNÁNDEZ, F.J destaca que la acción social, que implica intervención administrativa, comprende ámbitos de actuación más amplios que la asistencia social, pues no se limita a los necesitados o indigentes y es más amplia que los servicios sociales, toda vez que comprende todo tipo de prestaciones, no sólo técnicas, sino también económicas. En *Acción social en España. Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, Editorial ACCI (Asociación cultural y científica iberoamericana), Madrid, 2014, pág. 339.



sistema de servicios sociales o acción social, que se enmarca dentro de un sistema de servicio público.

3.2.- LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA COMO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Constitución española de 1978 también se ha sumado al conjunto de constituciones europeas que ha incorporado el postulado de Estado social mediante una formulación explícita, al disponer en su artículo 1.1 que "*España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho (...)*".

Como precisa PRIETO SANCHÍS¹³, en la actualidad existe conformidad en que los llamados derechos sociales aglutinan un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que no contienen una delimitación muy precisa, pues presentan elementos muy diversos en cuanto a estructura, modalidades de ejercicio, destinatario de los mandatos, etc. Por otro lado, aunque existen diferencias con los tradicionalmente denominados derechos individuales, también comparten algunos puntos característicos de estos últimos. Pero, cualquier intento de sistematización de los derechos sociales, resulta estéril, pues no existe un catálogo uniforme y universal de los mismos, al encontrarse contextualizados en momentos históricos concretos y en unas sociedades determinadas. PRIETO SANCHÍS continúa afirmando que la determinación de lo que en cada momento histórico constituye derecho social va a depender de factores como el nivel de riqueza alcanzado

¹³ PRIETO SANCHÍS, L, "*Los derechos sociales como derechos fundamentales*", Sección Estudios de la Revista de Jueces para la Democracia, nº 86, Madrid, julio de 2016, pág. 48, 49 y 50.



en la sociedad, la escasez o abundancia de ciertos bienes y la propia sensibilidad social hacia determinadas necesidades sociales; esto es, la definición de los derechos sociales exige previamente la adopción de una decisión sobre el reparto de los recursos. No existen derechos sociales ilimitados porque no hay recursos ilimitados.

Nuestra Carta Magna, en aras a hacer efectiva la formulación del Estado social, en algunos casos contiene mandatos expresos vinculantes para los poderes públicos, en otros deja abiertas varias opciones, pero, además, como cláusula de cierre del sistema social recogido en la CE, se introduce en el artículo 9.2 de la CE de 1978 lo que LINDE PANIAGUA ha calificado como *“una amplia habilitación en los poderes públicos para la transformación política, social y económica de la sociedad española, conforme al conjunto de potestades, técnicas e instrumentos y sistema de distribución de competencias entre los poderes públicos”*¹⁴. En efecto, junto a una dimensión formal de la igualdad, recogida también en nuestro texto constitucional en los artículos 1 y 14, se puede también vislumbrar un principio de igualdad material en la cláusula del artículo 9.2, que tiende a proporcionar igualdad material o real. Por tanto, a partir de la afirmación del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, cabe entender que actualmente coexisten dos tipos de derechos constitucionales en función del valor que desarrollen: derechos de libertad o derechos de igualdad.

Es el capítulo III del Título I de nuestra CE de 1978 el que incorpora, muchos de los que se podrían calificar

¹⁴ LINDE PANIAGUA, E, *Fundamentos de Derecho Administrativo, del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid, 2014, pág.154, 155,161.



como derechos sociales. Este capítulo III del Título I de nuestra CE de 1978, recoge los llamados “principios rectores de la política social y económica” destacando que no aparece la expresión derecho. Esto no fue así en proyecto¹⁵, pues el anteproyecto se titulaba “*principios rectores y derechos económicos y sociales*”, denominación que fue sustituida por la actual de principios rectores de la política social y económica.

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la CE de 1978, parte de la premisa de que estos principios rectores no sólo ostentan naturaleza jurídica, sino que, al estar incluidos dentro de la Constitución, gozan de la fuerza normativa propia de la misma, como *lex superior*. La sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 concluyó que, más allá de su mayor o menor generalidad de contenido, contienen “*proposiciones vinculantes*”. Por su parte, la STC 37/1994 llegó a reconocer que existe “*un núcleo o reducto indisponible para el legislador*” que ha de ser respetado para que sea reconocible por la conciencia social en cada tiempo y lugar. Por tanto, es evidente que los principios rectores de la política social y económica ostentan valor jurídico derivado de la propia CE de 1978. En cuanto al contenido que se constituye como un mínimo común divisor, el Tribunal Constitucional ha interpretado, en sentencias como la STC 32/1981, que esta igualdad a la que tiende el llamado Estado social *debe asegurar el otorgamiento de unos mínimos vitales*.

¹⁵ ROGEL VIDE, C, *Bienes de la personalidad, derechos Fundamentales y Libertades Públicas* Bolonia, 1985, pág. 80. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de enero de 1978 aparece la denominación del proyecto, que incluía la expresión derechos sociales y que fue suprimida en el texto definitivo tal y como refleja el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de abril de 1978.



Una de las aportaciones más sobresalientes del Estado social que reconoce la CE de 1978 ha sido la inclusión de un ámbito o espacio prestacional, en algunos casos elevados a la categoría de derecho fundamental, como el derecho a la educación básica pública y gratuita. Y es que, si hablamos de políticas redistributivas que tiendan a erradicar o mitigar la pobreza, es preceptivo mencionar, ya en este momento, la educación y la sanidad universal como pilares del Estado de bienestar de nuestro país que, en cierta medida, contribuyen a reducir los índices de pobreza y a que la pobreza extrema no sea tan elevada como en otros países.

PEREZ LUÑO¹⁶, mantiene que, en un sentido subjetivo, los derechos sociales podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones directas o indirectas por parte de los poderes públicos. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷, concibe a los principios rectores de política social y económica más como obligaciones genéricas dirigidas al Estado que como efectivos derechos individuales, siendo ésta la posición mayoritaria.

Del examen del contenido de este capítulo, se pueden extraer una pluralidad de mandatos: muchos de estos mandatos dirigidos al conjunto de los poderes públicos para la mejora de las condiciones de la sociedad, en otras ocasiones sí se recogen verdaderos derechos, en otros

¹⁶ PEREZ LUÑO, A.E, "Los derechos sociales y su estatus normativo en la Constitución española" Documentación Administrativa, 271-272, 2005, pág. 17,18.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, "La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo" Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1982, pág. 115 y siguientes.



casos son también mandatos dirigidos exclusivamente al legislador y, en otros fragmentos, incluso, también existen mandatos destinados a los particulares.

Esta pluralidad de contenidos impide, desde mi punto de vista, colegir que el capítulo III del Título I incluye derechos sociales perfectos, o que sólo incluye derechos sociales. Ello no obsta a reconocer que en nuestra Carta Magna se han reconocido algunos derechos sociales con el carácter de derechos subjetivos perfectos, que no están condicionados y, en algún caso, con el carácter de derecho fundamental, como ocurre con el derecho a la educación básica obligatoria gratuita de los menores de edad, que tiene una indudable repercusión positiva en lo que es la acción social sobre la infancia y adolescencia y, más en concreto, dentro del sistema de protección pública de la infancia.

Si bien, salvo excepciones como la expuesta, los derechos sociales no han llegado a penetrar como tales derechos subjetivos perfectos en la CE de 1978, sí podemos afirmar que en la actualidad el Estado social ha alcanzado un nivel de expansión importante, a través de la normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acción social, tanto a nivel legislativo, como a nivel reglamentario e, incluso, Estatutario, en las Comunidades que reformaron sus Estatutos de Autonomía antes del comienzo de la crisis económica de 2008¹⁸.

¹⁸ Algunas Comunidades Autónomas habían alcanzado un nivel de reconocimiento de derechos sociales que incluso llegó a su consagración como derechos estatutarios pues reformaron sus Estatutos de Autonomía en los años precedentes al comienzo de la crisis económica (Cataluña, Comunidad Valenciana, Aragón, Andalucía, Castilla y León e Islas Baleares).



Es en estas últimas Comunidades Autónomas donde el bloque de la constitucionalidad ya contiene auténticos derechos sociales, si bien el Tribunal Constitucional ha debilitado esta consideración, pues entiende que los auténticos derechos subjetivos sociales se configuran, no por su reconocimiento en dichos Estatutos de Autonomía, sino por su delimitación legal como tales, en un desarrollo legal de los principios constitucionales. Con esta interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional del bloque de la constitucionalidad reduce a meras declaraciones programáticas dichos reconocimientos estatutarios.

A la luz de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, en sentencias como la 247/2007 o la 31/2010, así como de la sistematización que ha realizado la doctrina sobre la acción social, se puede colegir que en la actualidad nuestro Estado social sí ha llegado a un nivel de desarrollo en el que existen derechos sociales reconocidos como derechos subjetivos.

Pero estos derechos subjetivos sociales no tienen el carácter de derechos constitucionales sociales, pues todavía no se han reconocido con tal carácter en nuestro texto constitucional. La pregunta es si es posible novar su naturaleza jurídica para reconocer estos derechos sociales con el carácter de derecho constitucional social, plasmando ese reconocimiento de mínimos en el texto constitucional, desplegando, en caso de vulneración, el sistema de protección que proporciona el artículo 53 de la CE a los derechos fundamentales. Mucha parte de la doctrina, como RODRÍGUEZ DE SANTIAGO¹⁹, abandona

¹⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M, *La Administración del Estado social*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 12 y 13. Este autor asume que, así como la realización o materialización del Estado de Derecho recae sobre la CE y



este debate teórico y plantea las soluciones desde un punto de vista más práctico, apuntando que *“el problema no es pasar de la normatividad (se entiende, constitucional) a la prescriptividad (también constitucional). El problema se circunscribe, tan sólo, a pasar de la normatividad a la realidad social, sin necesidad de pasar por la prescriptividad constitucional, sino por una adecuada regulación legislativa y una eficaz configuración y ejecución administrativa. El derecho subjetivo constitucional no es la única manera de dirigir eficazmente la actuación del Estado”*.

Comparto esta posición, más pragmática, en virtud de la cual, partiendo de la CE vigente, con instrumentos legales y reglamentarios que desarrollen los principios constitucionales, que a su vez representan los fundamentos constitucionales y legales de la intervención administrativa en materia de acción social, pone el acento en la acción administrativa.

sobre los órganos judiciales, la fórmula del Estado social descansa sobre la legislación y sobre la Administración. Es por ello por lo que abandona el debate sobre si los derechos sociales reconocidos en la CE merecen un grado de protección igual al de los derechos fundamentales. En este sentido, ensalzando la obra del profesor SCHMIDT-ABMANN, impulsa también en esta obra el movimiento reformador de la parte general de Derecho Administrativo; esto es, ha utilizado *“el Derecho Administrativo Social como sector de referencia para la construcción sistemática de la parte general del Derecho Administrativo. Este amplio y variado sector de la actividad administrativa de carácter social se presta especialmente para el empleo de instrumentos metodológicos que permiten la construcción y el desarrollo de modelos escalonados que reflejan adecuadamente la diversidad de la realidad administrativa del moderno Estado prestador”*.



Considero, en efecto, que una actividad administrativa eficaz y coordinada entre las Administraciones de los diferentes niveles territoriales, intensificando el diálogo multinivel más allá de las competencias que ostenta cada una de ellas, e incluyendo a la ciudadanía como parte de la solución, aporta mucho más valor al cumplimiento de los ODS en materia de pobreza que un debate doctrinal sobre el rango de los derechos sociales.

El desarrollo sostenible, también en materia de erradicación de la pobreza, debe incluir una acción coordinada de los poderes públicos y también debe implicar a la sociedad como parte de la solución. El reconocimiento de derechos sociales por el Estado y el propio desenvolvimiento del Estado social del bienestar no es incompatible con el compromiso social, pues la solución a todas las necesidades sociales que existen en las sociedades actuales no puede descansar exclusivamente en el Estado. El tercer sector, como protagonista del Estado social del siglo XXI, tiene mucho que aportar para que la acción social de las Administraciones sea eficaz, coordinada y esté correctamente planteada desde la propia génesis o diseño de las políticas. Y es aquí donde entra en juego toda la teoría del gobierno abierto y participativo²⁰.

En un contexto histórico como el actual, sobre todo después de la crisis económica del 2008 y, con los efectos sociales y económicos negativos derivados del COVID 19, parte de la doctrina, incluso, ha cuestionado, con escepticismo, los propios contenidos legislativos de

²⁰ CRIADO, J.I, "Gobierno abierto, innovación pública y gobernanza colaborativa. Hacia un marco analítico integrador en la Era de la Administración 4.0" en *Gobierno Abierto, Innovación Pública y Colaboración Ciudadana*, INAP, 2021, pág. 32 y 49.



prestaciones que recientemente se han recogido en las distintas legislaciones autonómicas de acción social o de servicios sociales. Es cierto que el contexto histórico que hemos vivido, tras una profunda crisis económica, parecía no invitar a llevar a cabo nuevas conquistas de derechos sociales. LÓPEZ MENUJO apunta que en un mundo globalizado donde *"se obedece más a la razón económica que a la razón jurídica"*, cabe reflexionar, jurídicamente, sobre este reconocimiento de derechos sociales ²¹ y, con cierta pesadumbre, señala que *"ya que el Derecho, por desgracia, parece no tener fuerza para transformar la realidad, hay que pedir que al menos sea transparente y acorde con ella"*, es decir, que más allá de reconocer la bondad y buenas intenciones de recoger la protección de las personas en riesgo de exclusión social, de los menores, de las personas con discapacidad etc, cabe plantearse si se debe seguir manteniendo, jurídicamente, como derechos, prestaciones que en la práctica no funcionan, pues la realidad muestra que, o no se prestan, o no se hace con celeridad, dado que no existen consignaciones presupuestarias capaces de soportar la ingente cantidad de derechos que se han querido incluir el conjunto de legisladores autonómicos.

La posición que personalmente defiende en este trabajo es que se debe seguir apostando por los derechos sociales, a través de nuevas fórmulas de participación ciudadana. La transparencia y el gobierno abierto a la ciudadanía, pensado por los propios ciudadanos, para que las políticas sean útiles, efectivas

²¹ LÓPEZ MENUJO, F, *"La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica"*, en el *marco jurídico de los servicios sociales en España*, editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 29 a 46.



y centradas en las necesidades reales, es el presente y el futuro de la nueva gobernanza multinivel y abierta.

Tras más de cuarenta años de vigencia de la CE de 1978 y algunos reconocimientos estatutarios, cabe explorar si sería adecuado, no sólo plantearse el vigente modelo de financiación territorial, sino también el propio modelo social, dando más protagonismo al llamado tercer sector²² y a la propia ciudadanía. Y ello en línea con las nuevas tendencias de gobernanza pública multinivel y de gobierno abierto, donde las Administraciones, a través de laboratorios de gobernanza abierta, y más allá de las competencias que asume formalmente cada Administración, están poniendo al ciudadano en el

²² VAQUER CABALLERÍA, M, *La acción (...)* "op.cit" pág. 201 y 206, pone de manifiesto que una peculiaridad que revisten los servicios atinentes a la persona, que se viene observando, es la progresiva sustitución de la gestión directa de las Administraciones por la gestión indirecta, a través de distintos vínculos jurídicos y de financiación por lo entes del tercer sector, que están experimentando un gran ascenso y protagonismo. Comprende un conjunto heterogéneo de entidades, que, con distintas denominaciones, como tercer sector, sector privado social o sector no lucrativo, se quieren distinguir del Estado y del mercado.

También SANZ BURGOS, R, "*El Derecho y el Poder político*", en *Ética y Deontología Públicas*, Uned, Editorial Universitas S.A., Madrid, 2011, pág. 148 señala que frente a prácticas normativas en las que se pactan los contenidos con ciertas entidades económicas como asociaciones patronales, sindicales, colegios profesionales, etc, la única forma de supervivencia del Estado social pasa por compensar esos intereses corporativos consolidando la sociedad civil, incluyendo en esa sociedad a las ONG, con sus intereses especializados, como nuevos actores, pues de lo contrario los intereses de los individuos no van a tener voz frente a esos tradicionales poderes corporativos.



centro, dando más protagonismo en el diseño y evaluación de las políticas públicas a entidades que velan por los intereses de las capas sociales más desfavorecidas, dándoles voz, de manera que, en colaboración con las Administraciones, se diseñen políticas que realmente respondan a las necesidades de estos colectivos, optimizando con ello los recursos y contribuyendo al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030, marcados por la Organización de Naciones Unidas.

Siguiendo la sistematización de CRIADO²³, se trata de fijar un marco integrador de los componentes del gobierno abierto, que descansa sobre tres ejes: el eje visión, el eje voz y el eje valor, que se corresponden con los pilares de la transparencia, participación y colaboración.

La reciente regulación del ingreso mínimo vital estatal²⁴ y el impulso que ha proporcionado Europa en el contexto del COVID 19²⁵, que en esta ocasión ha reaccionado de

²³ CRIADO, J.I, "Gobierno abierto, innovación pública (...)"op.cit", pág. 32 y 49.

²⁴ Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE de 1 de junio de 2020). Este ingreso mínimo vital responde a la necesidad de fijar unas condiciones de vida mínimas por parte del Estado, como garante de la igualdad, y, por ende, como destaca la propia Exposición de Motivos se configura como "una prestación suelo", dado que es compatible con otras prestaciones económicas autonómicas que pudieran existir como rentas mínimas.

²⁵ Next Generation EU, presentado por la Comisión el 27 de mayo de 2020 es un nuevo instrumento de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que ha fortalecido el presupuesto de la UE con nueva financiación obtenida de los mercados financieros para el tramo 2021-2024, todo ello junto



forma más rápida y solidaria, para evitar cronificar los problemas de pobreza de los Estados miembros del sur, están siendo factores clave en el objetivo de erradicación de la pobreza en nuestro país. Pero no se puede desconocer la participación ciudadana en la vida y evolución de las políticas públicas, como nuevo método

a un marco presupuestario plurianual reforzado para el periodo 2021-2027. Europa ha abandonado en parte el discurso de que los países afectados recurran al MEDE, aumentando más aún su deuda, y ha pasado a financiar, directamente, y parte a fondo perdido, gran cantidad de las necesidades que han surgido. Next Generation EU contempla el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dirigido a la recuperación de los Estados más afectados, que recoge 560.000 millones de euros, de los cuales 310.000 se destinarán a subvenciones a fondo perdido y 250.000 euros a préstamos. Este cambio de rumbo es un paso muy importante en cuanto al enfoque de solidaridad con las necesidades de otros socios. También se ha reforzado la política de cohesión con fondos adicionales y se han reforzado los fondos de desarrollo rural. Además, se ha permitido un marco temporal de ayudas de Estado, para relajar la posibilidad de que los Estados inyectaran dinero en sus empresas, impulsando la economía sin que se considere incompatible con el mercado interior. También, a través de la iniciativa SURE, se han movilizado recursos para que los Estados pudieran subvencionar el mantenimiento del empleo, es decir, los ERTE. En materia de infancia cabe destacar que el artículo 4 del Reglamento (UE) 2021/1057, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 1296/2013, contiene dos objetivos específicos en materia de infancia.

También, descendiendo al ámbito nacional, el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia contiene diversos componentes que afectan a la infancia (20,21,22 y 23).

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es



de democracia directa; también en el caso de las que tienen por objeto la erradicación de la pobreza.

De igual forma, si la mitigación de la pobreza, y en concreto de la pobreza infantil, está dentro de las prioridades y objetivos europeos, Europa debe ser parte de la solución. Y también desde Europa se está potenciando este diálogo multinivel y de colaboración entre países y Administraciones, mediante el intercambio de buenas prácticas, así como la participación ciudadana directa a través de las consultas públicas, como mecanismos de democracia directa que están tomando mucha fuerza en el diseño de las diferentes políticas europeas.

Así pues, considero que la *Europa de los ciudadanos* tiene que ser más activa que nunca, ante un contexto global amenazante que puede fracturar las democracias europeas y la cohesión económica y social de la que hemos venido disfrutando.

3.3- LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA POBREZA Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS: DEBATE DOCTRINAL, DELIMITACIÓN COMPETENCIAL, TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE INTERVENCIÓN Y FINANCIACIÓN

A) Configuración doctrinal de la acción social de las Administraciones públicas: problemas prácticos que se plantean

Existe un cierto consenso doctrinal en asumir, en los últimos tiempos, la acepción "acción social"²⁶, dentro del

²⁶ ALLI TURRILLAS, J.C., "La intervención de la Administración en el ámbito de la acción social", en *Parte especial de derecho*

proceso de evolución de la asistencia social, aunque existen diferencias a la hora de determinar si la acción social subsume a lo que se venía considerando como asistencia social o servicios sociales. Siguiendo a FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁷ se ha consolidado el término acción social, que vendría a suponer una superación de la tradicional asistencia social, meramente referida a la atención de las necesidades de personas sin recursos o con recursos insuficientes, para implantar un nuevo sistema público de prestaciones sociales o intervención administrativa, más amplio y complejo, que sin dejar de centrar esfuerzos en las necesidades específicas de las personas en riesgo de exclusión, tienda a mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos.

Un problema capital que existe en la acción social que despliegan las Administraciones públicas españolas es la existencia de una profunda desigualdad en cuanto al tipo de tratamiento jurídico que se les otorgue en función de

administrativo, la Intervención de la Administración en la sociedad. Segunda edición, Editorial colex, Madrid, 2012, utiliza la acepción acción social. También la adopta VAQUER CABALLERÍA, M, en La acción (...)”op.cit.” pág. 110 y 111. Destaca este autor que “la locución acción social parece imponerse últimamente (...) presenta la ventaja de que no ha sido utilizada por nuestro Derecho de la Seguridad Social, virginidad que facilita su discernimiento respecto de aquel como subsistema de la protección social (...). Así que adoptamos aquí la denominación de “acción social” por su progresiva implantación, por la apreciable elaboración doctrinal de la que ya ha sido objeto y por su relativa virginidad, que permite discernirla con cierta claridad”. Se alude a su utilización por diversos legisladores autonómicos y, en el ámbito científico-doctrinal es utilizada por GARCÉS SAN AGUSTÍN, BELTRÁN AGUIRRE y AZNAR LÓPEZ.

²⁷ LÓPEZ FERNÁNDEZ, F.J, en *Acción social (...)”op.cit”* pág. 31 a 54 y 339.



las leyes dictadas en cada Comunidad Autónoma, así como en la inversión en gasto social. Así, en algunas legislaciones las prestaciones sociales son reconocidas como derechos y en otras no. Igualmente, dentro de las que sí reconocen ciertas prestaciones como derechos, unas lo hacen en términos absolutos o incondicionados y en otras ocasiones aparecen limitados, desde el mismo instante de su propio reconocimiento legal, pues se supedita a los recursos disponibles²⁸.

Asimismo, además del diferente tratamiento jurídico, hemos asistido a un vaciamiento de contenido real, dadas las limitaciones presupuestarias, que se ha comprobado, sobre todo, en los peores años de la crisis que comenzó en 2008, y que alcanzó su punto álgido entre 2010 y 2012, lo que conduce al planteamiento de la siguiente cuestión: Si el Derecho debe aportar seguridad jurídica ¿no sería preferible ajustar el ordenamiento jurídico a lo que verdaderamente se pueda

²⁸ ALLI TURRILLAS, J.C en *“La intervención de la Administración (...)”op.cit*” página 692 señala que para favorecer el artículo 9.2 de la CE es preciso la búsqueda de la cohesión y coordinación entre Administraciones,. Este autor ha puesto el acento en el artículo 9.2 de la CE como instrumento que justifica la participación del Estado en muchas de las materias de asistencia social o acción social. Por otro lado, no se puede desconocer que lo dispuesto en el 139.1 CE *“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”*.

Ello se debe articular con la competencia en favor de las Comunidades Autónomas que recoge el artículo 148.1 CE *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:(...) 20.ª Asistencia social”*.

Finalmente, el artículo 149.1 CE *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*.



otorgar como derecho subjetivo, priorizando las necesidades más básicas y los colectivos más vulnerables, como las personas en riesgo de exclusión y la pobreza infantil? La respuesta viene dada por la previa decisión sobre el reparto de los recursos.

Si como dice SANZ BURGOS el Derecho, como parte importante de la normatividad social, aunque no la única (pues existen otro tipo de normas, como las normas morales) tiene un "indiscutible carácter social²⁹, puesto que nace en la sociedad y es utilizado por todos los operadores sociales para alcanzar distintos fines", en un Estado social, precisamente, el Derecho sirve para intentar un cambio social, arbitrando políticas públicas que traten de perseguir el valor igualdad en su vertiente material.

Comparto esta posición. Asumo como propia parte de la reflexión; esto es, considero que el Derecho no es el plano político, y, en consecuencia, sólo se debe regular como derecho subjetivo aquello que se está en disposición de garantizar. Sin embargo, discrepo de la solución que se ofrece, limitándola a la reducción del contenido, o al hecho de negar que se sigan reconociendo como derechos subjetivos. Entiendo que no es el momento de renunciar a la conquista social en general. En primer lugar, porque, hemos asumido compromisos a nivel europeo, integrados a partir de la Estrategia Europa 2020³⁰, y que supondrán, para el

²⁹ SANZ BURGOS, R *La organización social (...)"op.cit"* pág. 120 y 121.

³⁰ Una de las principales innovaciones que aportó la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, adoptada en 2010, fue un nuevo objetivo común en la lucha contra la pobreza y la exclusión social: reducir el número de europeos que viven por debajo del umbral de pobreza nacional en un 25 % y sacar a más de 20 millones de



horizonte 2030, una reducción drástica del número de personas pobres. También hemos asumido compromisos internacionales, derivados de la Convención de los

personas de la pobreza. El número de personas en riesgo de pobreza y exclusión aumentó entre 2009 y 2012.

Ante el creciente número de personas en riesgo de pobreza en Europa debido a la crisis, la Comisión adoptó dos nuevas iniciativas en 2013. En su Comunicación titulada "*Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión (paquete sobre inversión social)*", de febrero de 2013, la Comisión instaba a los Estados miembros a dar prioridad a la inversión social en las personas, y especialmente, a invertir en la infancia, con el fin de romper el ciclo de las desventajas. Además, en octubre de 2013, la Comisión presentó una propuesta para reforzar la dimensión social de la gobernanza de la Unión Económica y Monetaria, en respuesta a los llamamientos del Consejo Europeo.

Por su parte, el Parlamento Europeo solicitó en una serie de resoluciones la inclusión de indicadores adicionales, como los niveles de pobreza infantil y las personas sin hogar (Resoluciones de 11 de marzo de 2015 y de 25 de noviembre de 2014).

Posteriormente, en abril de 2017, la Comisión Junker, con la intención de apoyar la convergencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo en unos mercados laborales cada vez más flexibles, la Comisión presentó el Pilar Europeo de Derechos Sociales. El Fondo de Ayuda Europea para las personas más desfavorecidas (FEAD), que brindaba apoyo a las acciones de los Estados miembros destinadas a facilitar asistencia material, combinada con medidas de inclusión social, a los más desfavorecidos se ha integrado dentro del Fondo Social Europeo Plus (FSE+).

En la actualidad, la Comisión dirigida por Ursula von der Leyen, ha implementado una garantía infantil, además de otras medidas tendentes a la erradicación de la pobreza y el cumplimiento de los ODS.



Derechos del Niño, en relación con la pobreza infantil³¹, o los incorporados desde la aprobación de la Agenda 2030. Estos compromisos imponen asumir ciertas cotas de derechos sociales.

En segundo lugar, porque entiendo que la realización de los contenidos sociales que impone la CE de 1978 no son únicamente responsabilidad estatal. En este sentido, en el presente trabajo defiendo que cabe mantener un sistema social avanzado si partimos de reconocer que “lo social” o la “justicia social” es una responsabilidad colectiva³² y que la riqueza generada en el marco del mercado único debe ser redistribuida. Por tanto, además de potenciar las políticas públicas redistributivas, como la educación o la sanidad, se debe rediseñar la política fiscal, para que sea mucho más justa socialmente³³, intensificando mucho más la fiscalidad ambiental.

³¹ El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: *“Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*.

³² Algunos autores, como RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., en *La Administración (...)* “*op.cit*” pág. 18, apuntan, de hecho, que la realización material de la justicia social que impone la CE de 1978 es una *“responsabilidad global”*. La realización misma de lo social implica además del Estado (en sentido amplio), al propio individuo, que tiene una responsabilidad de satisfacer sus propias necesidades, así como la familia y la sociedad (fuerzas sociales). Es la “interacción” de todos ellos la que permite la materialización de “lo social”.

³³ El propio Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, en la



Entiendo que el cumplimiento de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, entre cuyos objetivos se encuentra la erradicación de la pobreza, exige, necesariamente, que todas las Administraciones prioricen las políticas redistributivas de la riqueza, potenciando la educación, la sanidad universal, así como una acción social centrada en la satisfacción de las necesidades sociales más acuciantes: la erradicación de la pobreza y, especialmente, la pobreza infantil.

B) Delimitación competencial

De lo anteriormente expuesto, ya se ha avanzado, que, el grueso de las competencias en materia de acción social, se residencian en las Comunidades Autónomas. De hecho, de ahí deriva, en parte, el nivel de desigualdad existente.

El artículo 148.1 CE *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:(...) 20.ª Asistencia social”*. Por su parte, el

Declaración que emitió con ocasión de su visita oficial a España del 27 de enero al 7 de febrero de 2020, denunció las enormes deficiencias del sistema español de protección social, las tremendas desigualdades, las grandes diferencias entre Comunidades Autónomas, y la burocratización del sistema de protección social, que lo convierte en ineficiente. En concreto, señaló que, si España de verdad quiere combatir la pobreza y está dispuesta a realizar inversiones en políticas sociales, ello no se puede asumir con los bajos ingresos fiscales que recauda. Además de denunciar que es un sistema inadecuadamente progresista, donde todavía se advierte mucho fraude y evasión fiscal, destacó que es urgente la necesidad de adoptar reformas fiscales que garanticen un fuerte impacto redistributivo. Localizable a abril de 2022 en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=S>



artículo 149.1 CE dispone: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Igualmente, el propio artículo 9.2 de la CE, como cláusula de transformación y de promoción de la igualdad, es un instrumento que justifica la participación del Estado en muchas de las materias de asistencia social o acción social. Finalmente, en este ámbito también cabe traer a colación el artículo 139.1 CE *“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”*.

Partiendo de esos preceptos delimitadores de las competencias, cabe afirmar, a pesar de las desigualdades existentes, que no se puede desconocer la aportación que ha supuesto la legislación autonómica³⁴ y la acción de los ejecutivos autonómicos en el desarrollo de los derechos sociales y de un estado del bienestar en España.

³⁴ PEMÁN GAVÍN, J.M, *“Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción”* dentro de la obra *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales* Iustel, Madrid, 2011, pág. 27 a 31, señala que el concepto moderno de servicios sociales que conocemos en la actualidad se debe a la legislación autonómica que como continuidad de la asistencia social sigue ofreciendo protección social en aquellos ámbitos no cubiertos por las demás prestaciones, pero que introduce nuevos elementos como la prevención, partiendo de principios como la responsabilidad pública, la universalidad, la descentralización y la participación.



Las Comunidades Autónomas han acercado la acción social a los ciudadanos³⁵, creando infraestructuras más próximas a sus lugares de residencia, y adaptando esta política a la singularidad de sus territorios, pero considero, sin embargo, que, para adoptar soluciones redistributivas adecuadas a los problemas de los ciudadanos, se debe hacer autocrítica y reflexión sobre aspectos que no se han planteado o desarrollado adecuadamente. Me estoy refiriendo a prácticas regionalistas, nacionalistas o localistas consistentes en el desarrollo de una espiral de repliegue insolidario, que se han traducido en que cada región concentra sus esfuerzos sólo en sus ciudadanos, sin pensar en el conjunto del territorio. La insolidaridad de los territorios contraviene los principios y valores, tanto constitucionales, como europeos³⁶.

La factura social, que es absolutamente necesaria, no se puede seguir financiando con más deuda. La factura social se debe pagar con una mayor justicia fiscal y unas políticas redistributivas³⁷ que, mediante prestaciones

³⁵ En el ámbito de Castilla-La Mancha, la acción social de la Administración social se contiene en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

³⁶ El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea dispone: "*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*".

³⁷ MOLINA MORALES, A, GUARNIDO RUEDA, A, y AMATE FORTES, I, *Los efectos redistributivos (...)* "op.cit" página 20. Estos autores consideran que la disminución de la pobreza está estrechamente relacionada con la intervención redistribuidora



universales y directas, como la sanidad y la educación, aumenten las rentas de las familias³⁸. Por tanto, no sólo

del sector público, tanto en España como en los países de la UE. Concluyen que la evolución del gasto social evidencia mejoras en la equidad en la distribución de la renta. Sin embargo, se aprecia un resultado distinto cuando comparamos los efectos del gasto social sobre la desigualdad en la distribución de la renta en España y en Europa. España, no sólo debería hacer un mayor esfuerzo en incrementar el gasto en protección social, sino que también se debe reestructurar este tipo de gasto, aumentando el peso de las partidas que realmente redistribuyen mejor la renta entre los ciudadanos.

También el propio Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston en la Declaración que emitió con ocasión de su visita oficial a España del 27 de enero al 7 de febrero de 2020, denunció las enormes deficiencias del sistema español de protección social, destacando que si España de verdad quiere combatir la pobreza y está dispuesta a realizar inversiones en políticas sociales, no se puede asumir con los bajos ingresos fiscales que recauda, además de denunciar que es un sistema fiscal inadecuadamente progresista, donde todavía se advierte mucho fraude y evasión fiscal, siendo urgente la necesidad de adoptar reformas fiscales que garanticen un fuerte impacto redistributivo.

³⁸ SANAÚ VILLARROYA, J, *Una perspectiva ante la desigualdad*, dentro de la obra colectiva *Los retos del Estado del bienestar ante las nuevas desigualdades*, Colección Actas 13, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Cortes de Aragón, 2017, pág. 55. Este autor destaca que la consideración del valor monetario de los servicios públicos eleva de forma notable la renta de los hogares y reduce la desigualdad en su reparto (más que la imposición directa) y que esto ocurre también con los servicios públicos educativos. Apunta que en los servicios públicos educativos el impacto redistributivo se asocia más a los niveles de educación infantil, primaria, secundaria y formación profesional, que al universitario.



es una cuestión de cuánto se gasta, sino de cómo se distribuye.

Considero inícuo imputar toda la responsabilidad del déficit público y de los fallos del sistema de acción social a lo que algunos califican como acción inconsciente e irresponsable de las Comunidades Autónomas, pues si los pilares sobre los que descansa el Estado social y que más gasto público generan (sanidad, educación y acción social) se atribuyen competencialmente a las Comunidades Autónomas, resulta obvio que serán éstas las que incurrirán en un mayor gasto público³⁹. Sin embargo, se debe tener presente que, más allá de la Administración que despliegue la acción social, la misma se extiende al conjunto de los ciudadanos; ciudadanos todos ellos residentes en todo el territorio español. Esta es una materia, en la que, en definitiva, no existen intereses contrapuestos. Todos los poderes públicos deben avanzar juntos en la justicia social y en la promoción de la igualdad material.

A más abundamiento, en el contexto de la gobernanza multinivel, el Estado, a través de su competencia transversal, también incide en el contenido social del conjunto del territorio nacional, bien en la fijación de las bases mínimas de ciertos espacios de derechos sociales,

Destaca, además, que ese efecto redistributivo favorece la igualdad de oportunidades a los ciudadanos.

³⁹ Como apunta VILLAR ROJAS, F. J, el gasto social público está en discusión y además de la eliminación de ayudas y subvenciones a la acción social privada, fundamentalmente entidades sin ánimo de lucro, también se ha asistido a una etapa de reducción del gasto público en esta materia. *"Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales"*, en el *Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 112 y siguientes.



bien mediante otras fórmulas⁴⁰. Por lo tanto, en su caso, también habría que imputar parte de responsabilidad al Estado, en este caso por omisión, al no consensuar ciertos niveles de prestaciones con las Comunidades Autónomas. Así, tal y como ha apuntado DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI⁴¹, cuando el Estado ha querido intervenir por la vía de urgencia en el momento más crítico de la crisis económica de 2008, lo ha hecho. El Estado, de forma indiscriminada y quizás tardía, ha utilizado su competencia sobre las bases en sanidad y educación para recortar prestaciones sociales, intentando imponer tales recortes a las Comunidades Autónomas, citando el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y haciendo lo propio en el ámbito educativo con el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril⁴².

⁴⁰ Por ejemplo, mediante la actividad administrativa de fomento o también a través de la contratación pública, con la inclusión de cláusulas sociales.

⁴¹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T, "*El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*", nº 46 de la Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, octubre de 2017 y publicado en la sede electrónica del INAP con fecha 30 de noviembre de 2017.

⁴² El Real Decreto-Ley dictado en el ámbito educativo ha dado lugar a la STC 26/2016, de 18 de febrero, que ubica a la norma dentro de las competencias del Estado para fijar bases, pero ello no agota el posterior desarrollo por las Comunidades Autónomas. Según de la QUADRA-SALCEDO JANINI, T, de esta sentencia se extrae la "sorprendente" conclusión de que el margen de desarrollo de las Comunidades Autónomas se encontraría en la capacidad que tendrían éstas para realizar más recortes sobre los ya realizados por el Estado, coincidiendo con este autor en que esta concepción se opone frontalmente a la necesidad de entender la acción estatal



A partir de la crisis se ha abierto un interrogante sobre la evolución de los derechos sociales en España, pues internacionalmente se insta a nuestro país a una mayor uniformidad en la protección social⁴³ y, por otro lado, hay autores que, valorando positivamente el éxito de la conquista de derechos sociales a través de la descentralización política, siguen apostando por un modelo basado en el reconocimiento de derechos sociales por parte de los legisladores autonómicos, defendiendo la constitucionalidad del reconocimiento de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía, así como por las leyes ordinarias autonómicas y por la normación reglamentaria de los ejecutivos autonómicos y locales. Todo ello sobre la base de que son éstas las Administraciones más próximas al ciudadano. No obstante, esta última posición, mantenida por AGUADO I CUDOLÀ⁴⁴, cuya solución jurídica pasa por la racionalización del sistema, partiendo del desmantelamiento de la estructura administrativa del Estado central en materia de acción social, toda vez que son las Comunidades Autónomas las que ostentan la competencia con carácter exclusivo, es consciente de que ésta no es la tendencia, pues todo parece indicar que la evolución actual del Estado social, al menos hasta la

sobre las bases, como el garante de un mínimo común uniforme, aunque mejorable.

⁴³ El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston en la Declaración que emitió con ocasión de su visita oficial a España del 27 de enero al 7 de febrero de 2020, denunció las enormes deficiencias del sistema español de protección social, las enormes desigualdades y las grandes diferencias entre Comunidades Autónomas.

⁴⁴ AGUADO I CUDOLÀ, V, "El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales", en el *Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 51,52, 53, 64, 84.



crisis del COVID 19, ha girado hacia una "recentralización de competencias" al apuntarse a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales como las causantes del aumento del déficit público de los años anteriores de bonanza económica.

El artículo 139 CE⁴⁵, ubicado dentro de la organización territorial del Estado, vuelve a recordar en su punto primero que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio. Y si bien no es un artículo delimitador de competencias, constituye un criterio hermenéutico en todos los conflictos competenciales que se puedan plantear, habida cuenta de que, si bien es cierto que el artículo 148.1.20⁴⁶ atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de asistencia social, es igualmente cierto que cada uno de los títulos constitucionales competenciales, autonómicos o estatales, no se deben interpretar aisladamente, sino en función del sentido global y acabado que pretende proporcionar la CE a cada una de las áreas de actuación pública⁴⁷.

⁴⁵ Artículo 139.1 CE "Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado".

⁴⁶ Artículo 148.1 CE "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:(...) 20.ª Asistencia social".

⁴⁷ ALLI TURRILLAS, J. C, en " La intervención de la Administración (...) "op.cit" pág. 692, ha puesto el acento en el artículo 9.2 de la CE como instrumento que justifica la participación del Estado en muchas de las materias de asistencia social o acción social.



En el ámbito que nos ocupa, puestos en relación los artículos 139.1 y 149.1 CE⁴⁸ (precepto éste último que sí es delimitador de competencias) al recogerse la obligación de promover la igualdad, como mandato dirigido a todos los poderes públicos, no van a existir intereses contrapuestos Estado-Comunidades Autónomas⁴⁹, pues todos ellos deben tender a hacer efectivos estos contenidos sociales en condiciones de igualdad y existe habilitación constitucional suficiente para la intervención estatal.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI⁵⁰, en el contexto de una Estado descentralizado políticamente como el nuestro, cita la doctrina jurídica alemana, que ha desarrollado la idea de la uniformidad de las condiciones de vida de los ciudadanos como una necesidad en el normal desarrollo de un Estado social de Derecho. Extrapolando esta doctrina a nuestro territorio, señala este autor que el Tribunal Constitucional, en sentencias como la STC 33/2014, FJ 4, STC 18/2017, FJ 3, o STC 13/1992, FJ 7, ya ha sentado doctrina habilitando la acción social estatal, bajo la cobertura del artículo 149.1.1 de la CE, para permitir el establecimiento de unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en

⁴⁸ Artículo 149.1 CE *"El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"*.

⁴⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T, *"El Estado autonómico social(...)"op.cit"*.

⁵⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T, *"El Estado autonómico social (...)"op.cit"*.



el ejercicio de los derechos, en el contexto de políticas de asistencia social⁵¹.

Así, además del apoyo financiero que proporcione el Estado, cabe también afirmar la acción legislativa del Estado, pues *“las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de su actuación en el campo de lo social”*⁵².

Por tanto, si bien la competencia en materia de asistencia social le corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la CE, ha permitido que el Estado ejerza la competencia transversal del artículo 149.1.1 CE, no sólo con relación a los derechos subjetivos del Título I, sino también en relación con los mandatos del Capítulo III del Título I de la CE, que se recogen como principios rectores. El razonamiento legal es claro: el artículo 9.2 de la CE de 1978 impone a los poderes públicos en su conjunto promover la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra, subrayando así la igualdad, en su vertiente material, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero, habida cuenta de que estamos ante una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, lo que según este autor sí estaría vetado a la acción

⁵¹ Cabe citar la regulación del ingreso mínimo vital mediante Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo y publicado en el BOE de 1 de junio de 2020. Este ingreso mínimo vital responde a la necesidad de fijar unas condiciones de vida mínimas por parte del Estado, como garante de la igualdad, y por ende, como destaca la propia Exposición de Motivos se configura como “una prestación suelo”, dado que es compatible con otras prestaciones económicas autonómicas que pudieran existir como rentas mínimas.

⁵² STC 146/1986, de 25 de noviembre.



legislativa del Estado, es la fijación de un nivel máximo de prestaciones, pues ello conculcaría la potestad normativa autonómica en materia de acción social.

La uniformidad como posible límite a la diversidad normativa se ha admitido por el Tribunal Constitucional en ámbitos como la garantía de la unidad de mercado⁵³. La diferencia entre la necesidad de garantizar la unidad de mercado, con la actividad administrativa en materias como la que nos ocupa, es que, en esta acción social en materia de pobreza, incluida la pobreza infantil, no van a existir intereses contrapuestos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Nunca habrá colisión de intereses; siempre serán intereses coincidentes, toda vez que el artículo 9.2 CE impone a todos los poderes públicos el deber de promoción de los derechos sociales. Será en un momento posterior, esto es, en el momento de distribución interregional de los recursos financieros con los que financiar las prestaciones de la acción social cuando surgirán los conflictos.

Cabe afirmar, por tanto, la existencia de un Estado Autonómico social, ampliamente desarrollado en los últimos años, que permite crear espacios propios en el reconocimiento de las prestaciones, pero sobre la base de un mínimo fijado por el Estado⁵⁴. Siguiendo a DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, cabe colegir que en el ámbito de los derechos sociales existe la posibilidad de fijar, por medio de diversos títulos constitucionales, un mínimo común uniforme, pero mejorable, pues el principio de igualdad no puede tener la misma

⁵³ STC 79/2017, de 22 de junio.

⁵⁴ Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, BOE de 1 de junio, por el que se establece el ingreso mínimo vital.



significación en un Estado unitario que en un Estado descentralizado como el nuestro.

La reflexión no debe centrarse, por consiguiente, en cuál es el ente territorial que genera gasto público por la asunción de las bases de un Estado social avanzado, pues si el Estado asumiera directamente estos pilares también incurriría en un ingente gasto público, sino cómo se debe diseñar este sistema de acción social para que sea avanzado, y al mismo tiempo sostenible.

C) Técnicas administrativas de intervención en materia de acción social y nuevas fórmulas de gobernanza participativa

Como acabo de exponer, el objeto de reflexión debe ser cómo se debe articular el sistema público de acción social para que siga siendo avanzado, pero al mismo tiempo sea sostenible económicamente⁵⁵ y acorde a los ODS de la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas.

⁵⁵ El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, en la Declaración que emitió con ocasión de su visita oficial a España del 27 de enero al 7 de febrero de 2020, denunció que es un sistema inadecuadamente progresista, donde todavía se advierte mucho fraude y evasión fiscal, destacaba que es urgente la necesidad de adoptar reformas fiscales que garanticen un fuerte impacto redistributivo.

En la misma línea, la doctrina se ha pronunciado sobre la necesidad de esta reforma fiscal, así, MOLINA MORALES, A, GUARNIDO RUEDA, A, y AMATE FORTES, I, *Los efectos redistributivos (...)* "op.cit" pág. 20, destacan que la disminución de la pobreza está estrechamente relacionada con la intervención redistribuidora del sector público, tanto en España como en los países de la UE. Concluyen que España, no sólo debería hacer un mayor esfuerzo en incrementar el gasto en protección social, sino que también se debe



Haciendo un somero repaso por las técnicas clásicas de intervención administrativa en el ámbito de la acción social, cabe citar, por un lado, los convenios de colaboración entre Administraciones, la planificación, como técnica de coordinación, la actividad de policía en relación con los establecimientos, centros y entidades de servicios sociales, la actividad sancionadora, la actividad administrativa de fomento o ayuda, y, como actividad típicamente social, la actividad prestacional de servicio público. Además de ello, hay otros instrumentos que coadyuban a la acción de la Administración social. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la compra pública social. La introducción de cláusulas sociales en la contratación pública es otra forma de fomentar la justicia social. Pero todas estas técnicas, ampliamente estudiadas por la doctrina, no son objeto de análisis en el presente trabajo, dado el carácter limitado de su extensión.

Lo que realmente se quiere abordar en este epígrafe es la necesidad de abrir ese sistema público de servicios sociales, fundamentalmente prestacional, para combinarlo con un sistema de responsabilidad colectiva en la realización de la justicia social⁵⁶.

reestructurar este tipo de gasto, aumentando el peso de las partidas que realmente redistribuyen mejor la renta entre los ciudadanos.

En la necesidad de reformas en el sistema de protección social también incide VILLAR ROJAS, F. J en *"Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. (...) "op.cit" pág. 112 y siguientes* apuntaba ya en 2012 que de continuar la situación de crisis económica habría que acometer una reordenación de los servicios sociales.

⁵⁶ Algunos autores, como RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La Administración (...) "op.cit" pág. 18*, consideran que en la justicia social existe una responsabilidad colectiva o global. Señala que la realización material de la justicia social que



Considero que los propios ciudadanos pueden contribuir activamente a la evitación de la corrupción, participando activamente en el diseño y evaluación de las políticas, y, orientando, a partir de la rendición de cuentas de los poderes públicos, el sentido u orientación del voto. La potenciación y desarrollo de las diferentes fórmulas de gobierno abierto pueden contribuir, no sólo a la prevención de la corrupción, sino a que la propia sociedad se responsabilice del diseño y ejecución de la protección social⁵⁷.

A mi juicio, a la luz de los compromisos adquiridos por España a partir de la Estrategia Europa 2020⁵⁸, mediante la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989⁵⁹ así como la asunción de la Agenda 2030, ese

impone la CE de 1978 es una "responsabilidad global". La realización misma de lo social implica además del Estado (en sentido amplio), al propio individuo, que tiene una responsabilidad de satisfacer sus propias necesidades, así como la familia y la sociedad (fuerzas sociales). Es la "interacción" de todos ellos la que permite la materialización de "lo social".

⁵⁷ CRIADO, J.I, "Gobierno abierto, innovación (...) "op.cit" pág. 32 y 49. Este profesor sostiene que los ciudadanos deberían participar en la primera fase de lluvia de ideas, de identificación de los problemas, también después en la fase de normación colaborativa, también en los laboratorios de innovación pública, para ir evaluando las políticas, y, finalmente, tras la rendición de cuentas, midiendo hasta qué punto se han alcanzado los objetivos marcados.

⁵⁸ El 4 de marzo de 2021 se publicó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones empty, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

⁵⁹ Artículo 4 Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos,



mínimo prestacional fijado por el Estado, a partir de lo que se haya reconocido como prestación garantizada en el conjunto de legislaciones autonómicas de acción social, así como de lo que se vaya marcando en los compromisos europeos⁶⁰, sobre todo en lo que es el ámbito de la acción social sobre la infancia, merece un reconocimiento más claro y expreso, como derecho social perfecto; esto es, exigible ante los tribunales ordinarios como derecho subjetivo⁶¹.

sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

⁶⁰ En el ámbito europeo, la Comisión, en su Comunicación titulada "Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión (paquete sobre inversión social)", de febrero de 2013, instaba a los Estados miembros a dar prioridad a la inversión social en las personas y especialmente a invertir en la infancia, con el fin de romper el ciclo de las desventajas. Por su parte, el Parlamento Europeo solicitó en una serie de resoluciones la inclusión de indicadores adicionales, como los niveles de pobreza infantil (Resolución de 11 de marzo de 2015). En la actualidad, la nueva Comisión, dirigida por Ursula von der Leyen, ha manifestado desde el primer momento su compromiso con la infancia, ante los datos alarmantes de pobreza infantil en Europa, traduciéndose en la implementación de una garantía infantil. Ello ha cristalizado en la Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que establece una garantía infantil europea.

⁶¹ La nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma operada por la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia recoge: "*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente*



En conclusión, considero que los Estatutos de Autonomía y, en general todo el bloque de la constitucionalidad, deben ser interpretados de manera que, el hecho de que las Comunidades Autónomas puedan asumir funciones asistenciales sobre determinados colectivos, y que ello pueda considerarse como una competencia conexa e implícita de la principal de asistencia social, no significa que asuma en exclusiva la competencia sobre ese colectivo y, por ende, pueden entrar en juego otros títulos competenciales del Estado⁶².

ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Algún autor a manifestado que este derecho podría ser considerado como derecho fundamental de los menores. Considero, sin embargo, que la enumeración de derechos fundamentales susceptibles de la protección que despliega el artículo 53 de la CE queda circunscrita a los expresamente reconocidos como tales por la propia CE de 1978.

⁶² MORENO REBATO, M, apunta que el argumento de la posible extralimitación de competencias en que habrían incurrido algunos Estatutos de Autonomía, expandiendo las competencias estatutarias más allá de la mera asistencia social a otras competencias relacionadas, como colectivos concretos, se puede justificar doctrinalmente, desde la teoría de las competencias implícitas y de las materias conexas, para admitir competencias asistenciales – competencia principal-sobre determinados colectivos, si bien no permite asumir, como competencia exclusiva, un colectivo determinado, pues ello va más allá de la asistencia social y, por ende, no excluye la acción social estatal en materia de pobreza y en concreto de pobreza infantil. Esta teoría de las competencias implícitas, que ya se había planteado en el federalismo norteamericano, se ha explicado ampliamente en la doctrina administrativista.



De igual forma, también se deben conjugar, con una adecuada coordinación, las competencias municipales en materia de servicios sociales⁶³, potenciando el diálogo multinivel entre todas las Administraciones públicas. Y todo ello aderezado con una participación ciudadana activa en el diseño y evaluación de las políticas, mediante nuevas fórmulas de gobierno abierto, que brinden protagonismo a los ciudadanos y los grupos en los que se integran.

Pero, de la misma forma que defiendo la necesidad de que la acción social de las distintas Administraciones públicas priorice y refuerce el cumplimiento de ese objetivo de desarrollo sostenible, también considero la necesidad de fomentar la coordinación y el diálogo multinivel entre las Administraciones, en aras de una mayor optimización de recursos, y dado que, en definitiva, más allá de los títulos competenciales, no existen intereses en conflicto, pues la promoción de la igualdad material de los individuos y de los grupos en que se integran, son responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9.2 de la CE).

Al mismo tiempo, y en paralelo a la acción social de las Administraciones, también sostengo que la implementación y la materialización de una mayor justicia social no es responsabilidad exclusiva del Estado, entendido en sentido amplio. Las Administraciones, no

En la obra *Régimen jurídico de la asistencia social Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2002, pág. 55 a 60.

⁶³ Artículo 25.2.e de la LRBRL, en la redacción de la LRSAL dispone como competencia de los municipios: la "Evaluación e información, de situaciones de necesidad social, y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social".



sólo tienen que ser prestadoras de servicios sociales, de forma directa o mediante gestión indirecta, sino que también deben ser pedagógicas, debiendo fomentar un concepto de ciudadanía abierta, participativa y solidaria que no deje a nadie atrás.

Se trata de que los propios ciudadanos, mediante fórmulas de gobierno abierto y participativo, mediante su intervención en laboratorios administrativos de innovación pública, intervengan en el propio diseño y evaluación de las políticas, para, de esta forma, dirigir mejor los recursos técnicos y económicos a los objetivos que realmente son necesarios, dando voz a colectivos que, hasta ahora, no han participado en la implementación de las políticas que después les son aplicadas.

Con ello, además de tender al cumplimiento de los ODS en relación con la pobreza, también se estaría dando cumplimiento al ODS nº 17, consistente en tejer nuevas alianzas para poder cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible.

En los últimos años asistimos a un fenómeno de desplazamiento de toda la responsabilidad al Estado. Considero, sin embargo, que es necesario educar en una ciudadanía activa y responsable, de manera que sea también la propia sociedad, los propios ciudadanos, los que asuman este papel activo de participación en la vida política, social y cultural.

Entiendo que las Administraciones sí pueden jugar un papel muy importante en este aspecto, potenciando estas fórmulas de gobierno abierto, como manifestaciones de democracia directa, en la que el ciudadano, por sí sólo, o a través de entidades del tercer sector, participa en el diseño de las políticas desde el



primer momento. Siguiendo al profesor CRIADO, en primer lugar, a partir de la toma de conocimiento de los datos abiertos que generan las Administraciones, mediante el despliegue de una auténtica política de transparencia (eje visión). Después, con normativa y otras fórmulas participativas (eje voz) y, también, partiendo del requisito ineludible de la rendición de cuentas de los poderes públicos para poder comprobar la eficacia de estas políticas. Se trata de que los propios ciudadanos evalúen y aporten valor a las políticas públicas, con la suma de las diferentes visiones expresadas por los auténticos protagonistas de dichas políticas: los ciudadanos a quienes van dirigidas.

Para implementar este nuevo concepto de ciudadanía participativa, más allá de las consultas públicas en el procedimiento de elaboración de las normas, será preciso potenciar nuevas fórmulas de intervención ciudadana, como son la inclusión de mecanismos de *design thinking* y de laboratorios de innovación pública en los que se brinde participación activa de los ciudadanos y de los grupos sociales en que se integren.

Por lo que se refiere a la infancia, ya se han dado pasos, como por ejemplo la creación de Mesas de Infancia a nivel estatal⁶⁴ y autonómico para dar voz a los niños y niñas en las políticas públicas que les afecten. Se hace

⁶⁴ Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre, por la que se crea el Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia. Este órgano de ámbito estatal en el que participan niñas y niños contempla la construcción del concepto de ciudadanía activa. En el ámbito de Castilla-La Mancha es la Orden 155/2021, de 27 de octubre de la Consejería de Bienestar Social la que establece la composición y funciones de la Mesa de Participación Infantil en el seno del Consejo Regional de Infancia y Familia de Castilla-La Mancha (DOCM 5/11/2021).



necesaria, no obstante, una Estrategia Nacional específica para la infancia, que amén de combatir la pobreza infantil, acometa otros graves problemas de desigualdad, como la brecha digital en el entorno escolar, la brecha digital en zonas rurales y otros problemas que no hacen sino aumentar las diferencias sociales y retroalimentar el círculo de desventajas desde la más tierna infancia.

D) La financiación del sistema público de acción social

Paralelamente a la coordinación y diálogo continuo multinivel entre Administraciones, a la potenciación de la ciudadanía activa y participativa, también se debe considerar la financiación del sistema de servicios sociales⁶⁵ que debe transitar, necesariamente, por una

⁶⁵ Además del alto nivel de descentralización, los servicios sociales en España se caracterizan por la doble financiación público-privada, en algunos casos con participación de los usuarios en el coste de algunas prestaciones (copago), si bien este no es el caso de la atención y protección pública de la infancia, dado que, normalmente, en los casos en que se acuerdan medidas específicas propias del sistema de protección de menores, ante situaciones de desprotección del menor en que sea necesaria la guarda administrativa, bien mediante acogimiento familiar o bien mediante acogimiento residencial, en la mayor parte de las ocasiones estamos ante familias con escasos recursos y no será posible repercutir el coste de manutención de los menores. Ciertamente es que sí existe previsión legal al efecto, para aquellos otros casos en que se pueda exigir un reintegro de gastos, conforme a los precios públicos vigentes. Este modelo de servicios sociales iba evolucionando conforme lo hacía el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas.

El modelo de financiación de los servicios sociales hasta 2002 obedecía, como señala BRANDÉS MOLINÉ, E, a traspasos de fondos condicionados que provenían del Estado, a partir del



revisión del sistema de financiación autonómico y por una mayor justicia fiscal, dado que se debe partir del techo financiero recogido en el artículo 135 CE⁶⁶ y el

cálculo que se efectuaba cuando se transferían funciones y servicios en los correspondientes reales decretos de traspaso de servicios y funciones. Con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regularon las nuevas medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, sistema que estuvo vigente hasta 2008, se incluyeron los servicios sociales, junto con la sanidad, al modelo general de financiación autonómica, pero los cálculos se quedaron muy por debajo de las necesidades de gasto social. No obstante, la buena evolución de los ingresos autonómicos, fueron factores que favorecieron una mayor inversión en servicios sociales. El sistema vigente se aprobó mediante Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican ciertas normas tributarias.

⁶⁶ El tenor literal del artículo 135 de la CE dispone:

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.



3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y



sistema de protección social o la acción social no se puede seguir financiando con deuda pública.

El sistema vigente se aprobó mediante Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican ciertas normas tributarias. Este sistema ha supuesto la asignación de recursos adicionales por parte del Estado para compensar el aumento de la población, derivado de la inmigración, pero también para reforzar las prestaciones del Estado social. Una de las novedades más importantes de este nuevo sistema fue la creación del Fondo de garantía de servicios públicos fundamentales, en virtud del cual cada Comunidad Autónoma debe recibir los mismos recursos por "habitante ajustado" para financiar la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales. Sin embargo, no se ha concretado qué se entiende por servicios sociales esenciales, aunque resulta claro que, de la

plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.



interpretación que se ofrezca, va a depender mucho la futura financiación de los servicios sociales. Este fondo se constituye con el 75% de los ingresos tributarios de las Comunidades Autónomas y con la aportación del Estado, de forma que una comunidad recibe o contribuye en función de la diferencia entre sus necesidades de gasto y su capacidad fiscal, siendo el Estado, en última instancia, el garante de la equidad en todo el territorio español.

La crisis económica del 2008 nos debería haber enseñado que cabe un mantenimiento de un Estado social avanzado, pero que se debe desarrollar y ejecutar de forma sostenible, de forma responsable, evitando prácticas corruptas y prácticas de inercia legislativa si todo ello se traduce en una falta de reflexión, que aboque a una situación en la que, según se va descendiendo al nivel administrativo, el interés general se vea comprometido por promesas-obligaciones jurídicas incumplidas, o por una imagen de la Administración que se va alejando del principio de servir con objetividad los intereses generales y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

A mi juicio, el sistema de financiación contiene elementos que distorsionan la finalidad buscada, pues las Comunidades Autónomas tienen libertad para distribuir los recursos financieros entre las diferentes actividades que conforman su presupuesto, por lo que, en la práctica, van a existir diferencias notables en el nivel de protección, salvo en lo relativo a las medidas de la dependencia, respecto a las cuales el Estado sí ha implantado una financiación finalista.



IV.- LA ACCIÓN EUROPEA EN MATERIA DE POBREZA

Con base jurídica en los artículos 19, 145 a 150 y 151 a 161 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se ha desarrollado una amplia intervención europea en materia de lucha contra la pobreza y la exclusión social.

Las políticas que responden al modelo social europeo se dirigen a garantizar una sociedad europea más inclusiva e igualitaria. Dentro de ellas, un pilar importante es la política europea específica de lucha contra la pobreza y la exclusión social, que ya desde la Estrategia Lisboa, pero con más énfasis desde la Estrategia Europa 2020, ha ido ganando fuerza y protagonismo en la agenda europea⁶⁷. La Estrategia Lisboa se había propuesto erradicar la pobreza para el año 2010, pero, a pesar del fuerte crecimiento económico previo a la crisis del 2008, lo cierto es que los niveles de pobreza seguían siendo muy elevados. La Estrategia Europa 2020 se gestó sobre la idea de un nuevo objetivo: Europa no sólo tenía que crecer de una forma inteligente y sostenible, sino integradora y, por primera vez, se fijó un objetivo cuantitativo; esto es, la reducción de 20 millones de personas en situación de pobreza para el año 2020. Otro hito de esta Estrategia Europa 2020 fue brindar una visión multidimensional de la pobreza, ampliando el enfoque a otros aspectos no estrictamente monetarios. Una aportación capital de las políticas europeas en materia de pobreza ha sido la propia definición estadística de riesgo de pobreza que se utiliza en la actualidad, implantada por EUROSTAT, con un panel de

⁶⁷ *La política europea contra la pobreza y la exclusión: avances y retos*, Cuadernos del Consejo Económico y Social, Cauces, nº 32, 2016, pág. 31 a 41.



indicadores a partir de las encuestas nacionales que se elaboran conforme a criterios uniformes⁶⁸.

En este recorrido por el análisis de la pobreza que hacen los Estados con sus planes nacionales de inclusión social⁶⁹ la Comisión Europea cumple una importante labor de acompañamiento a los Estados, realizando propuestas y orientaciones⁷⁰, siendo de especial interés, la Recomendación de la Comisión *“Invertir en la infancia: romper el ciclo de desventajas”*⁷¹, que estaba destinada a luchar contra la pobreza infantil. Con ello, la Comisión venía a reconocer el impacto que la crisis económica había tenido en la infancia, cuyas tasas de pobreza han aumentado en muchos Estados miembros, superando el promedio de la población adulta⁷². Destaca tres pilares estratégicos sobre los que deben descansar las políticas nacionales⁷³:

1.- Acceso a recursos adecuados, fomentando el empleo de sus padres y madres y garantizando un nivel de vida

⁶⁸ En el caso de España los datos se obtienen a partir de la Encuesta de Condiciones de Vida que publica el Instituto Nacional de Estadística.

⁶⁹ España aprobó la Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Consejo de Ministros, de 22 de marzo de 2019 para el periodo 2019-2023.

⁷⁰ Cabe destacar la Recomendación sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, C (2008) 5737, de 3 de octubre de 2008 y Comunicación de la Comisión sobre la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: un marco europeo para la cohesión social y territorial, COM (2010) 758, de 16 de diciembre de 2010.

⁷¹ Recomendación C (2013) 778 final, de 20 de febrero de 2013 *“Invertir en la infancia: romper el ciclo de desventajas”*.

⁷² Informe 1/2017 políticas públicas para combatir la pobreza en España, Consejo Económico y Social, 2017, página 20.

⁷³ <http://portal.vice-es.org/images/Invertir-en-infancia-UE-2014.pdf>



adecuado a los niños mediante ayudas económicas, desgravación de impuestos a los padres y ayudas a la vivienda.

2.- Acceso a servicios de calidad, promoviendo la atención pública desde la primera infancia (0-3 años), garantizando equidad en el sistema educativo (becas, etc), acceso universal a los sistemas de salud y a una vivienda y entorno adecuado, mejorando los sistemas de protección de infancia.

3.- En línea con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, es importante el derecho de los niños a participar en la vida cultural, deportiva, el derecho al juego y la participación en las decisiones que les afecten en sus vidas.

Por su parte, el Parlamento Europeo solicitó en una serie de resoluciones la inclusión de indicadores adicionales, como los niveles de pobreza infantil⁷⁴.

Cabe destacar la importante influencia que ha tenido el Fondo Social Europeo en la implementación de las políticas sociales nacionales, incluidas la dirigidas a la infancia y también, como instrumento específico en favor de los menos favorecidos, el Fondo de Ayuda Europea para las personas más desfavorecidas (FEAD), ahora integrado en el Fondo Social Europeo Plus.

⁷⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2015, sobre la reducción de las desigualdades, en especial, con respecto a la pobreza infantil (DOUE 27/10/2017, C366/19). Dicha resolución se centraba en particular en la pobreza infantil, con el objetivo de dar respuesta a las situaciones de riesgo de pobreza o exclusión social en la que se encuentran 1 de cada 4 niños, niñas y adolescentes en la Unión Europea si atendemos al indicador AROPE.



Posteriormente, en abril de 2017, la Comisión Junker, con la intención de apoyar la convergencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo en unos mercados laborales cada vez más flexibles, la Comisión presentó el [Pilar Europeo de Derechos Sociales](#), que fue aprobado en la Cumbre Gotemburgo en noviembre de 2017.

El propio Parlamento Europeo emitió una Resolución de 24 de octubre de 2017, sobre políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza⁷⁵.

En la actualidad, en relación con la lucha contra la pobreza infantil, la Comisión diseñó una garantía infantil. La Garantía Infantil, que ha sido reconocida por la Recomendación(UE)2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que se establece una Garantía Infantil Europea (DOUE nº 233, de 22 de junio de 2021), sigue los pasos de la ya existente [Garantía Juvenil](#) para jóvenes menores de 25 años, y busca un compromiso de los Estados Miembros para abordar la pobreza infantil y garantizar que los niños en situación de pobreza y exclusión social tengan acceso a cinco ámbitos de actuación prioritaria. Esta iniciativa surge tras la solicitud del Parlamento Europeo, en 2017, de poner en funcionamiento una acción preparatoria para establecer un posible esquema de Garantía Infantil.

La nueva Comisión, dirigida por Ursula von der Leyen, comprometida con la infancia, manifestó desde el

⁷⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre políticas encaminadas a garantizar renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (DOUE 27/9/2018 C346/156). En esta línea se ha aprobado recientemente en España el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, BOE de 1 de junio.



comienzo de su mandato su intención de proponer una garantía infantil⁷⁶ para que los niños y niñas europeos tengan acceso a los recursos básicos. Esta garantía infantil se traduce en la recomendación de que los Estados más afectados reserven un 5% del presupuesto del Fondo Social Europeo Plus y del Fondo de Desarrollo Regional para políticas sociales dirigidas a personas en riesgo de exclusión social y a la infancia. De igual forma, cuando corresponda, se podrá recurrir al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, al InvestEU y al ReactUE para mitigar la pobreza. El objetivo de la Unión Europea es reducir la pobreza en 15 millones de personas, de las cuales, al menos 5 millones, sean niños y niñas.

La Garantía Infantil es, sin duda, una de las iniciativas más importantes en este momento a nivel europeo para combatir la pobreza infantil. Cabe destacar, igualmente, que son numerosos los proyectos en materia de infancia que se están financiando con fondos Next Generation, y, en concreto, a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

⁷⁶ El Parlamento Europeo ha propuesto que el Fondo Social Europeo Plus destine 5,9 millones de euros a la implementación de una Garantía Infantil. La presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von Der Leyen, que ya declaró que la puesta en marcha de la Garantía Infantil sería una prioridad en su mandato, con una propuesta planificada para 2021, ha diseñado una estrategia en materia de infancia, entre la que se encuentra la garantía infantil, que ha cristalizado en la Recomendación (UE) 2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que establece una garantía infantil europea.



V.- CONCLUSIONES

1.- El ODS nº1 y nº 2 sobre erradicación de la pobreza y hambre cero son objetivos marcados como prioritarios por la agenda mundial, europea y nacional. Es urgente, sobre todo, la intervención legislativa y administrativa en materia de pobreza infantil, pues hay que invertir el ciclo de desigualdad.

2.- Queda mucho camino por recorrer en relación con el objetivo de erradicación de la pobreza y las políticas de infancia y de lucha contra la pobreza infantil, pero en este contexto tan preocupante se recibe con esperanza, por un lado, la materialización, a nivel estatal, en norma con rango de ley, del ingreso mínimo vital y, por otro lado, la inclusión de la garantía infantil en el programa de trabajo de la Comisión y su reciente implementación. Se hace necesaria, no obstante, una Estrategia Nacional específica para la infancia, que amén de combatir la pobreza infantil, acometa otros graves problemas de desigualdad, como la brecha digital en el entorno escolar, y otros problemas que no hacen sino aumentar las diferencias sociales y retroalimentar el círculo de desventajas desde la más tierna infancia. Como destacaba la Comisión se hace preciso invertir en infancia, pues ellos son el futuro. La sociedad entera es responsable de sus niños y niñas. Ya no sólo está implicada la responsabilidad de los titulares de la patria potestad.

3.- España se constituye como un Estado Social y Democrático de Derecho, concentrándose en la CE de 1978 numerosos preceptos que fundamentan la intervención administrativa en materia de acción social. Pero no importa tanto el rango de la fuente, sino que se



despliegue una eficaz actividad administrativa en materia de acción social, y en especial en materia de pobreza. Entiendo, desde un punto de vista pragmático, que, partiendo de la CE vigente, con instrumentos legales y reglamentarios que desarrollen los principios constitucionales, que a su vez representan los fundamentos constitucionales y legales de la intervención administrativa en materia de acción social, se debe poner el acento en la acción administrativa coordinada. Considero, en efecto, que una actividad administrativa eficaz y coordinada entre las Administraciones de los diferentes niveles territoriales, intensificando el diálogo multinivel continuo, más allá de las competencias que ostenta cada una de ellas, aporta mucho más valor que un debate doctrinal sobre el rango de los derechos sociales. Con ese diálogo multinivel continuo se coordinarían mejor las acciones y se optimizarían recursos, evitando duplicidades.

4.- Pero además de este diálogo continuo multinivel, no se puede desconocer la participación ciudadana en la vida y evolución de las políticas públicas, como nuevo método de democracia directa; también en el caso de las que tienen por objeto la erradicación de la pobreza. Incluir a la ciudadanía como parte de la solución, también aporta valor al cumplimiento de los ODS, pues además de combatir el objetivo de pobreza, tanto el diálogo multinivel entre Administraciones, como la participación ciudadana, contribuyen al cumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible nº 17, consistente en tejer alianzas para cumplir con todos estos objetivos de desarrollo sostenible. Y todo ello en línea con las nuevas teorías sobre gobierno abierto, innovación pública y participación ciudadana.

5.- Entiendo que no es el momento de renunciar a la conquista social en general. En primer lugar, porque,



hemos asumido compromisos a nivel europeo, integrados a partir de la Estrategia Europa 2020, y que supondrán, para el horizonte 2030, una reducción drástica del número de personas pobres. También hemos asumido compromisos internacionales, derivados de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con la pobreza infantil, o los incorporados desde la aprobación de la Agenda 2030. Estos compromisos imponen asumir ciertas cotas de derechos sociales. En segundo lugar, porque entiendo que la realización de los contenidos sociales que impone la CE de 1978 no son únicamente responsabilidad estatal. En este sentido, en el presente trabajo defiendo que cabe mantener un sistema social avanzado si partimos de reconocer que "lo social" o la "justicia social" es una responsabilidad colectiva y que la riqueza generada en el marco del mercado único debe ser redistribuida. Por tanto, además de potenciar las políticas públicas redistributivas, como la educación o la sanidad, se debe rediseñar la política fiscal, para que sea mucho más justa socialmente, intensificando mucho más la fiscalidad ambiental.

6.- Si bien es cierto que la asistencia social es competencia exclusiva de las CCAA, el Estado, en virtud de su competencia transversal y de garantía de la igualdad de los españoles también va a intervenir en acción social. En este contexto multinivel también se deben conjugar las competencias de las entidades locales, que, además, son la Administración más próxima al ciudadano. Y ello porque en este ámbito no existen intereses contrapuestos: todos los poderes públicos deben contribuir a la materialización del artículo 9.2 de la CE de 1978.

7.- Sin abandonar las clásicas técnicas de intervención administrativas en materia de acción social, en el presente trabajo, también se asume la tesis de la justicia



social como responsabilidad colectiva, no sólo estatal, pues toda la sociedad debe compartir esta responsabilidad y, por supuesto, también las políticas públicas deben ayudar a las familias en esa tarea. En línea con las nuevas tendencias de gobernanza e innovación pública abierta y participativa, se tiene que buscar una estrecha colaboración Administración-agentes sociales del ámbito de la acción social (bajo distintas técnicas administrativas establecer una sólida intervención de entidades sin ánimo de lucro y otras fórmulas colaboración jurídico-públicas). Pero, sobre todo, las Administraciones deben desplegar una actividad altamente pedagógica, para fomentar la ciudadanía activa y participativa, redirigiendo el sistema hacia nuevas fórmulas de democracia directa, en las que los ciudadanos, a través de laboratorios de innovación pública, participan en los asuntos públicos. Todo ello, sin perjuicio de la necesaria intervención administrativa mediante políticas redistributivas como la educación, con una adecuada política fiscal que genere justicia social y haciendo uso del resto de técnicas administrativas de intervención en el ámbito de la acción social.

8.- Es urgente una nueva financiación autonómica, más realista con la pobreza, que potencie las Comunidades Autónomas del sur, por ser las que ostentan mayores bolsas de pobreza a todos los niveles. Es en estos territorios donde deberían incidir, especialmente, los fondos europeos de cohesión social, pero también es preciso un compromiso nacional, mediante una urgente reforma fiscal, que sea realmente redistributiva, sin perjuicio de seguir potenciando los espacios universales como la educación y la sanidad con un potencial efecto reductor de la pobreza.

9.- De igual forma, si la mitigación de la pobreza, y en concreto de la pobreza infantil, está dentro de las



prioridades y objetivos europeos, Europa debe ser parte de la solución. Además, también desde Europa se está potenciando este diálogo multinivel y de colaboración entre países y Administraciones, mediante el intercambio de buenas prácticas, así como la participación ciudadana directa a través de las consultas públicas, como mecanismos de democracia directa que están tomando mucha fuerza en el diseño de las diferentes políticas europeas. Considero que la *Europa de los ciudadanos* tiene que ser más activa que nunca, ante un contexto global amenazante que puede fracturar las democracias europeas y la cohesión económica y social de la que hemos venido disfrutando.

Europa, nuevamente, es parte de la solución. No sólo se han arbitrado mecanismos económicos como los fondos Next Generation destinados a reactivar las economías de los Estados miembros entre 2021 y 2024, sino que ha supuesto una inyección de fondos al marco 2021-2027. Pero, sobre todo, Europa está comprometida con los ciudadanos y con el colectivo de la infancia. La nueva garantía infantil es un símbolo histórico de la Europa inclusiva de los ciudadanos.

10.- En definitiva, es menos costoso económicamente intervenir con carácter preventivo, que asumir el coste moral, social y económico, que, en algunos casos, puede derivar en una tutela administrativa de menores en desamparo por problemas que inicialmente surgieron como consecuencia de la exclusión social.



Bibliografía

ALLI TURRILLAS, J.C, *La intervención de la Administración en el ámbito de la acción social*, en Parte especial de derecho administrativo, la Intervención de la Administración en la sociedad. Segunda edición, Editorial colex, Madrid, 2012.

BRANDÉS MOLINÉ, E, *La financiación de los servicios sociales*, El marco jurídico de los servicios sociales en España. Editorial Atelier, Barcelona, 2012.

CAPILLA PÉREZ, A y VILLADÓNIGA GÓMEZ, J C, *Los pioneros del trabajo social. Una apuesta por descubrirlos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, abril 2004.

COSSIO DÍAZ, J. R. *Estado Social y Derechos de prestación*, Colección estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRIADO, J.I, "Gobierno abierto, innovación pública y gobernanza colaborativa. Hacia un marco analítico integrador en la Era de la Administración 4.0" en *Gobierno Abierto, Innovación Pública y Colaboración Ciudadana*, INAP, 2021.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T, *El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*, nº 46 de la Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, octubre de 2017 y publicado en la sede electrónica del INAP con fecha 30 de noviembre de 2017.



GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo* Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1982.

GUTIERREZ SOBRAO, D, *Pobreza humana*, Manuales sobre cooperación y desarrollo. Desarrollo humano, pobreza y desigualdades, Universidad de Cantabria, Santander, 2013.

LINDE PANIAGUA, E, *Fundamentos de Derecho Administrativo, del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid, 2014.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, F.J, *Acción social en España. Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, Editorial ACCI (Asociación cultural y científica iberoamericana), Madrid, 2014.

LÓPEZ MENUDO, F, *La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica*, en el marco jurídico de los servicios sociales en España, editorial Atelier, Barcelona, 2012.

MARÍ-KLOSE, P y MARÍ-KLOSE, M *¿Cómo se reduce la pobreza en los países ricos? Políticas de aseguramiento, redistribución y asistencia social en el Estado de bienestar* dentro de la obra colectiva *Los Estados de bienestar en la encrucijada, políticas sociales en perspectiva comparada*, editorial Tecnos, 2018.

MOLINA MORALES, A, GUARNIDO RUEDA, A, y AMATE FORTES, I, *Los efectos redistributivos del gasto público en la Unión Europea*, eXtoikos nº 9, 2013.

MORENO REBATO, M, *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.



PARDO BELTRÁN, E, *La pobreza en Smith y Ricardo*, Revista de Economía Institucional, año [2000](#), Vol. [2](#), Número 2.

PEMÁN GAVÍN, J.M., *Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción dentro de la obra Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.

PEREZ LUÑO, A.E, *Los derechos sociales y su estatus normativo en la Constitución española* Documentación Administrativa, 271-272, 2005.

PRIETO SANCHÍS, L, *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, Sección Estudios de la Revista de Jueces para la Democracia, nº 86, Madrid, julio de 2016.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M, *La Administración del Estado social*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

ROGEL VIDE, C, *Bienes de la personalidad, derechos Fundamentales y Libertades Públicas* Bolonia, 1985.

ROSS, D M, *Pobreza y Cajas de Ahorro en Escocia a mediados del siglo XIX*, Papeles de Economía española nº 105-106, noviembre de 2005.

SANAÚ VILLARROYA, J, *Una perspectiva ante la desigualdad*, dentro de la obra colectiva los retos del Estado del bienestar ante las nuevas desigualdades, Colección Actas 13, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Cortes de Aragón, 2017.



SANZ BURGOS, R, *El Derecho y el Poder político*, en *Ética y Deontología Públicas*, Uned, Editorial Universitas S.A., Madrid, 2011

VAQUER CABALLERÍA, M, *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho* Novedades de Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

VILLAR ROJAS, F.J, *Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales*. El Marco jurídico de los servicios sociales en España, Editorial Atelier, Barcelona, 2012.

Textos legales

Constitución Española.

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma operada por la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre, por la que se crea el Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia.



En el ámbito de Castilla-La Mancha, es la Orden 155/2021, de 27 de octubre de la Consejería de Bienestar Social la que establece la composición y funciones de la Mesa de Participación Infantil en el seno del Consejo Regional de Infancia y Familia de Castilla-La Mancha (DOCM 5/11/2021).

Informes

Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, de 7 de febrero de 2020, que emitió con ocasión de su visita oficial a España del 27 de enero al 7 de febrero de 2020.

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=S>

El Informe sobre Desarrollo Humano 1990, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf

Informe 1/2017 políticas públicas para combatir la pobreza en España, Consejo Económico y Social, 2017.

La política europea contra la pobreza y la exclusión: avances y retos, Cuadernos del Consejo Económico y Social, Cauces, nº 32, 2016.

Pobreza y exclusión social de la infancia en España, Instituto UAM-UNICEF de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (IUNDIA), Informes Estudios e Investigación, Ministerio de Sanidad y Política Social, 2010.



Estrategias nacionales contra la pobreza

Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, aprobada en el Consejo de Ministros, de 22 de marzo de 2019 para el periodo 2019-2023.

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220319-enlaceestrategia.aspx>

Actos de Derecho de la UE

Decisión del Consejo 85/8/CEE, de 19 de diciembre de 1984, relativa a una acción comunitaria específica de lucha contra la pobreza.

Recomendación C-(2008) 5737, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, de 3 de octubre de 2008.

Comunicación de la Comisión COM (2010) 758, la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: un marco europeo para la cohesión social y territorial, de 16 de diciembre de 2010.

Recomendación C-(2013) 778 final, de 20 de febrero de 2013, "Invertir en la infancia: romper el ciclo de desventajas".



Recomendación (UE)2021/1004 del Consejo, de 14 de junio de 2021, por la que se establece una Garantía Infantil Europea.

Resolución del Parlamento Europeo de 24 de noviembre de 2015, sobre la reducción de las desigualdades, en especial, con respecto a la pobreza infantil (C366/19).

Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre políticas encaminadas a garantizar renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (C346/156).

Consultas internet

Next Generation UE

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es

Invertir en infancia

<http://portal.fice-es.org/images/Invertir-en-infancia-UE-2014.pdf>

Programa de la Comisión 2019-2024

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_124



Banco Mundial 1990 World Development Report 1990:
poverty (Washington DC: Banco Mundial)

<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/424631468163162670/World-development-report-1990-poverty>



**DEL DERECHO DE LOS INTERNOS DE
LOS ESTABLECIMIENTOS
PENITENCIARIOS A ACCEDER A SU
EXPEDIENTE PENITENCIARIO Y A LOS
INFORMES TÉCNICOS EMITIDOS POR
LOS PROFESIONALES QUE FORMAN
PARTE DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS,
CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº
164/2021, DE 4 DE OCTUBRE**

D. Javier Ramírez Jiménez

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias.

Resumen: El Tribunal Constitucional rechaza la denegación de acceso a los informes de los profesionales que sustentan la adopción de acuerdos de los órganos colegiados, cuando esta se encuentra amparada en circunstancias abstractas o carente de cualquier concreción. Desplazar el derecho de los internos a acceder a la información relevante para articular su defensa a la vía judicial vulnera el derecho de defensa, en tanto que de la normativa y jurisprudencia penitenciaria se deriva el derecho de acceso en vía administrativa, reduciendo los obstáculos que impidan a



los reclusos, ya de por sí en una situación de inferioridad respecto a la Administración, conocer e impugnar fundadamente las resoluciones de la Administración penitenciaria que limiten los derechos que la legislación penitenciaria le conceden.

Palabras clave: Tutela judicial, acceso al expediente, derecho de información, recluso, establecimientos penitenciarios, informes técnicos.

Abstract: The Constitutional Court rejects to acces denial to profesional´s reports which underpin adoption agreements of the collegiate institutions, when it relies on abstract conditions or lack of any especification. Displacing the right of inmates to acces to relevant data to coordinate their defense until court proceeding violates the right to defense, whilst the penitentiary legislation and case law ensure the right to acces on administrative seat, to reduce barriers wich prevent to the inmates, in an inferiority state with regard to the Administration, from knowing and appealing the administrative decisions limit the rights that penitentiary legislation grant them.

Key words: Judicial protection, acces to the file, right to be informed, inmates, penitentiary centers.

SUMARIO

I. EL CASO. II. LA CUESTIÓN DE FONDO.1. Régimen jurídico del derecho a ser informado y a acceder al expediente penitenciario. 2. La vulneración del derecho de defensa al postergar, sin justa causa, al acceso a la vía judicial. III. LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA.



EL CASO

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/2021, de 4 de octubre de 2021, ha estimado el recurso de amparo constitucional interpuesto por un interno de un establecimiento penitenciario que alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que la jurisdicción de vigilancia penitenciaria había admitido como válidos motivos genéricos y abstractos de denegación, ante el rechazo de acceder a los informes de los profesionales del Equipo Técnico, por parte de la Dirección, que habían servido de apoyo para que el órgano administrativo competente –la Junta de Tratamiento- denegara la concesión de un permiso ordinario de salida.

Conforme a lo declarado en la resolución por el intérprete supremo de la Constitución, la mera invocación de razones de confidencialidad y seguridad de los profesionales que emiten los informes técnicos y la buena finalidad del tratamiento penitenciario de los internos no justifica la restricción del derecho a la información en tanto que se sustenta en una motivación legal abstracta que impide conocer en qué medida, efectivamente, se concreta el peligro a la confidencialidad y seguridad que la Administración penitenciaria aduce.

El recluso, ante la denegación de los permisos ordinarios de salida solicitados conforme a la normativa penitenciaria, remitió escrito a la Dirección del establecimiento requiriendo que le fueran entregados los informes de los profesionales que sustentaban la decisión denegatoria. Este órgano unipersonal rechazó su petición y le recomendó ponerse en contacto con el Equipo de Tratamiento.



El interno interpuso queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, donde alegó la vulneración de su derecho a ser informado sobre su situación personal y penitenciaria, siendo resuelto mediante auto, en el que se indicaba la no estimación de su petición en tanto que no reconoció el derecho de los internos a recibir copias de los documentos obrantes en el expediente penitenciario y en el protocolo, al amparo de razones de confidencialidad, seguridad de los profesionales que los emiten y buen fin del tratamiento. Contra este último, se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente, pidiendo el reconocimiento del derecho a recibir la información del contenido del expediente penitenciario necesaria para poder impugnar las decisiones penitenciarias en vía jurisdiccional, lo que este último órgano judicial desestima por las mismas razones añadiendo, además, que será en fase jurisdiccional donde el interno y su defensa tendrán derecho a acceder a los informes obrantes en el proceso judicial para ejercer la defensa de sus derechos e intereses implicados.

Es la imposición de esta dilatación procesal, la de acudir a la vía jurisdiccional para recabar el acceso a la información requerida, la que erige la actuación del Tribunal al nivel de lesión del derecho fundamental, en tanto que habiendo satisfecho este en la queja ante el Juez de Vigilancia posibilitaría una eficaz defensa del interno en vía administrativa.



LA CUESTIÓN DE FONDO

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A SER INFORMADO Y A ACCEDER AL EXPEDIENTE PENITENCIARIO

La Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre) contempla el derecho de los internos a ser informado de su expediente personal, relativo a su situación procesal y penitenciaria (art. 15.2), cuya apertura se producirá a su ingreso en el establecimiento penitenciario. Asimismo, prevé que, respecto a los penados, se formará un protocolo de personalidad. En complemento de esta previsión, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de Protección de Datos Personales para fines de Prevención, Detección, Investigación y Enjuiciamiento de Infracciones Penales y de Ejecución de Sanciones Penales introdujo el art. 15 bis 1 con referencia a que, admitido un interno en el establecimiento penitenciario, se proceda a la apertura de un expediente personal respecto del que se reconoce el derecho de acceso. Este derecho solo se verá limitado de forma individualizada y fundamentada en concretas razones de seguridad o tratamiento.

A su vez, la normativa penitenciaria de desarrollo del estatuto jurídico del interno, prevé como derecho de los internos el de recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria, tal como dispone el art. 4.2 k) del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 febrero). En el mismo sentido que la Ley Penitenciaria, el Reglamento contempla en su art. 18.1 la apertura de un expediente personal a los



internos relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado.

La jurisprudencia penitenciaria ha abordado, desde diferentes perspectivas, el contenido del derecho de acceso al expediente penitenciario del interno, hasta que se ha cristalizado el criterio que considera que el derecho de los internos a ser informado de su situación penal, procesal y penitenciaria se materializa en el efectivo acceso al expediente, sin perjuicio de que determinadas razones acreditadas de peligrosidad o que afecten a la seguridad de los técnicos que emiten los informes que sirven de sustento a las decisiones de los órganos colegiados puedan justificar una restricción a la entrega de la información que el recluso reclame.

A pesar de ello no han sido infrecuentes las ocasiones en que se ha proclamado que el derecho de acceso no ampara el acceso a acceder a los informes de los profesionales, sino únicamente a ser informado sobre el contenido de los mismos¹. Estos informes serían solicitados por los órganos judiciales o administrativos correspondientes, pero el derecho de acceso no contempla que el interno pueda requerir este tipo de

¹ El auto del Juez de Vigilancia Penitencia de Villena, de 5 de abril de 2017, considera que el derecho de acceso del interno no se extiende a acceder de forma directa a los informes de los profesionales sobre la situación penal y penitenciaria del interno, ni a obtener copia de los mismos. Este queda satisfecho con informar al interno del contenido de los mismos. En el mismo sentido se habían pronunciado con anterioridad el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 3, en auto de fecha de 11 de septiembre de 2009, o el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña, de fecha de 30 de septiembre de 2003.



informes². Incluso, en determinadas situaciones, se ha puesto de manifiesto que el derecho a ser informado no abarca a concretos o específicos datos, entrevistas o informes de los profesionales, sino que la legislación penitenciaria lo que contempla es un derecho de los internos conectado con los fines del tratamiento, por lo que el deber de información se circunscribe a la información relativa a los objetivos a cumplir con este, los medios más eficaces para obtener aquellos y el resto de extremos que favorezcan la colaboración del interno para su participación y el buen éxito del mismo³.

Era dable diferenciar, de esta manera, entre dos ámbitos dentro del derecho a la información por parte de los internos⁴. Por un lado, cuando la solicitud del interno se constriñese a la entrega de información objetiva y que

² En términos parecidos, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Baleares, de fecha de 24 de agosto de 2015, considera que los informes de los empleados de los servicios penitenciarios no deben ser entregados a los internos, sino que basta con suministrar información sobre el contenido de los mismos, ya que tales informes no se elaboran para el conocimiento de los internos sino para los órganos colegiados que toman decisiones en la relación jurídico-penitenciaria.

³ Desestima la solicitud del interno, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, de fecha de 18 de agosto de 2010, cuando este solicita copias de los informes psicológicos y sociales que obran en su protocolo y el resultado de todas las pruebas y estudios científicos de su personalidad en base a tales extremos, recogiendo los criterios invocados en los autos de las Audiencias Provinciales, con cita expresa en el auto de 24 de noviembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Cádiz, y en el de 11 de diciembre de 2008, de la Audiencia provincial de Madrid.

⁴ En el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, citado antes, se expone de manera pormenorizada y detallada la diferencia entre el acceso a la información de los datos obrantes en el expediente penitenciario o en el protocolo del interno.



no se corresponde con el tratamiento⁵ del interno, como son aquellos datos de su situación procesal y penitenciaria, sanciones, permisos concedidos, etc., derecho que sí contempla claramente la legislación penitenciaria al tratarse de información del expediente penitenciario; por otro lado, la solución sería sustancialmente diferente cuando estuviésemos ante aquellas informaciones, valoraciones o impresiones de los profesionales del establecimiento, que formarían parte del protocolo del interno, elaboración que se realiza para el conocimiento de los órganos colegiados que participan en la ejecución de los programas de tratamiento, ya que parte de ellos sirven como soporte documental de los anteriores⁶, pero no para su acceso por parte del interno⁷. Respecto a este segundo, el interno tendría derecho a ser informado en aquellos aspectos que pudieran ser favorecedores para alcanzar los fines y el éxito del tratamiento. No existiría derecho de acceso respecto de estos documentos, salvo aquellos que, en virtud de impugnación judicial, obraren en el

⁵ Considera en este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 25 de julio de 2005, que el acceso a los informes que forman parte del tratamiento no es un medio para lograr sus finalidades.

⁶ En el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real, de 22 de febrero de 2000, se caracterizan a estos informes como «materiales de trabajo de ciertos profesionales, los cuales van a servir para la plasmación de ciertas decisiones de la Administración que si configuran la situación penitenciaria del interno».

⁷ Considerando que no darle el traslado de los mismos no vulneraría en modo alguno sus derechos fundamentales (auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, de 10 de junio de 2003).



expediente trasladado al Juez de Vigilancia Penitenciaria⁸.

Sin embargo, la posición que ahora es dominante había mantenido que, no habiendo razones de seguridad de los profesionales, buen fin del tratamiento o peligrosidad del interno que justificasen la restricción, siempre que estas efectivamente estuvieran ausentes, no concurriría causa legal que respaldara la negativa a entregar los informes de los profesionales a los internos⁹. La justificación de la limitación basada en razones genéricas o mediante la indicación de motivos referidos a la seguridad, personalidad del interno o confidencialidad¹⁰ no pueden acogerse como suficiente para servir como restricción al

⁸ Diferencian, entre otros, los autos de 3 de octubre de 2005, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Coruña, o de 15 de noviembre de 2006, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, entre aquellos informes elaborados por los profesionales del centro que sirven de sustento a las resoluciones de los órganos colegiados –respecto de los que no existe derecho de acceso- y aquellos informes solicitados por los órganos judiciales –que son respecto a los que el interno tiene derecho de acceso-.

⁹ Resuelven la queja del interno en idénticos términos, los autos de la Audiencia Provincial de Palencia, de 29 de mayo de 2000, de Zaragoza, de 22 de marzo de 2003, o de Alicante, de fecha de 28/01/2014, diciendo expresamente este último que: «no hay razón legal alguna que justifique la negativa a entregar al interno aquellos informes emitidos por los técnicos y los facultativos que puedan obrar en el expediente penitenciario del penado con las limitaciones previstas en la ley, esto es, supresión de todas las anotaciones subjetivas y opiniones personales de los correspondientes técnicos que se estimen».

¹⁰ No cabría considerar que estos informes son confidenciales, en virtud de un genérico deber de secreto profesional, como así se señalaba en el auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de marzo de 2007.



derecho de información¹¹. En tanto que el derecho de acceso a la información puede ser instrumental o medial de otros derechos del interno, la limitación de estos debe de exigirse con un especial rigor¹². La relación de sujeción especial en la que se encuentra el interno respecto a la Administración penitenciaria sitúa al primero en una posición singularizada pero que, en todo caso, no implica limitaciones a sus derechos fundamentales que vayan más allá de las estrictamente necesarias por el propio sentido de la pena, el contenido del fallo o las que se establezcan en la ley; por lo que, teniendo la consideración de parte en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se requiera el acceso a los informes de la Administración penitenciaria, estos deben serles facilitados¹³.

¹¹ Dice el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, de 31 de marzo de 2009, que sin una causa explícita que justifique la limitación, se puede afectar al derecho de defensa, pues la negativa de darle traslado de los mismos implica que no pueda modular su conducta para adaptarse a rectificar aquellos factores que los profesionales del centro consideran como circunstancias subjetivas concurrentes que motivan la denegación del permiso. Es, en definitiva, esa adaptación del interno el fin al que debe orientarse el tratamiento del interno.

¹² El auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de enero de 2006, considera que en tanto que los informes de los profesionales del establecimiento son relevantes para articular su defensa, a efectos de impugnar la denegación del permiso, estos deben ser entregados al internos, en virtud de la función instrumental que el derecho a acceder a los mismos tendría sobre el derecho a la defensa del recluso.

¹³ Declara el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos, de 25 de noviembre de 2011, que: «considerando que le interno es parte del procedimiento procede entregarle copia del informe psicológico, de conducta, relativo a su situación penal y a su posicionamiento frente al delito».



En definitiva, entender, de otro modo, que es suficiente con informar al interno por los profesionales sin darle traslado de los informes que estos han elaborado sobre aquel, evitaría que pudiera realizar un estudio y análisis concreto a efectos de poder discutir dichas razones en vía de queja¹⁴, en garantía de los derechos que le asisten¹⁵. Se trata de una manera de conocer los fundamentos de las resoluciones de la Administración penitenciaria y ejercitar una mejor defensa ante las que sean denegatorias¹⁶.

El mismo cambio de tendencia ha sido acogido por los principios de actuación que inspiran la función de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, el Ministerio Fiscal y los profesionales de Instituciones Penitenciarias. Tal es el caso que, si bien el Acuerdo mayoritario de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria núm. 97 bis, aprobado en octubre de 2007, negaba el acceso directo al contenido del expediente penitenciario por parte del

¹⁴ Incluso se ha considerado que podría tratarse de un medio probatorio impertinente (auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 4 de octubre de 2005).

¹⁵ Ante la indicación del centro penitenciario de que el interno no tiene derecho a que le sean entregados los informes solicitados, sino que tiene que ponerse en contacto con los diferentes profesionales para que le informen sobre el contenido de los mismos, el auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Pamplona, de 1 de septiembre de 2006, reconoce que la entrega material de los informes puede ser necesaria a efectos de contradecir la resolución denegatoria de su derecho.

¹⁶ Esta solicitud de acceso a los informes de los profesionales lo categoriza, la Audiencia Provincial de Huelva, en su auto de 14 de febrero de 2005, como «un medio válido y no prohibido de conocer los fundamentos básicos de la decisión y permitir un mejor acceso a los recursos administrativos o judiciales que procedan».



interno, sin perjuicio de poder acceder a los informes obrantes, posteriormente, en vía judicial¹⁷; el criterio se ha modulado hasta el punto de recogerse en las Conclusiones de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2018 el de que el acceso a los informes debe ser satisfecho tanto en fase administrativa como, naturalmente, en vía judicial¹⁸. Es esta manera de satisfacer el derecho a la información penitenciaria, la que permite al interno ejercer de forma correcta su derecho de defensa, con pleno respeto a los principios de contradicción e igualdad en el procedimiento administrativo o judicial que se trate. Este acceso al expediente penitenciario, con los informes que lo componen, solo podrá ser denegado por la concurrencia de circunstancias relacionadas con la peligrosidad del

¹⁷ El Criterio 97 bis, recogido en los "Criterios de Actuación, Conclusiones y Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010" lleva por rúbrica "Información del interno: no tiene acceso al expediente". Literalmente dice que «conforme dispone el art. 15.2 de la LOGP, los internos tienen derecho a ser informados de su situación penal y penitenciaria, pero no un derecho de acceso directo al contenido del expediente penitenciario, sin perjuicio del acceso a los informes que obren en el procedimiento ante el JVP en los términos de la LOPJ».

¹⁸ La conclusión quinta de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria del año 2018 señala que «conforme dispone el art. 15.2 de la LOGP los internos tienen derecho a ser informados de su situación penal y penitenciaria. En consecuencia, en la fase jurisdiccional ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, el interno o su defensa tendrán acceso a los informes que existen en el proceso judicial, pero tal acceso en modo alguno limita o dificulta el ejercicio a ser informado con anterioridad en la fase administrativa, ya que, para un correcto ejercicio del derecho de defensa ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, es preciso, con carácter previo, que se hayan generado e incorporado al procedimiento administrativo».



interno, seguridad de los técnicos que han emitido los informes requeridos, cuando los internos hagan un uso del derecho de acceso de forma abusiva o, en definitiva, cuando se ponga en riesgo el tratamiento y la relación “de confianza” necesaria para la ejecución del mismo.

Asimismo, la consolidación de esta tendencia queda reflejada en la forma de proceder de los profesionales que desempeñan sus funciones en Instituciones Penitenciarias, al tener que actuar conforme al principio general de dar acceso al expediente penitenciario, con las limitaciones señaladas en cada caso; esto es, cuando se deba salvaguardar la seguridad de los técnicos que emiten los informes a los que se ha hecho referencia, por la peligrosidad del interno, por evitar un acceso abusivo o repetitivo y, en definitiva, cuando con la entrega de la documentación se ponga en peligro la efectividad del tratamiento¹⁹.

2. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA AL POSTERGAR, SIN JUSTA CAUSA, EL ACCESO A LA VÍA JUDICIAL

Volviendo al examen del supuesto de hecho, el Tribunal aborda el tratamiento que los órganos judiciales implicados han dado al interno que, teniendo en cuenta su inferior situación en la relación de sujeción especial

¹⁹ La Instrucción nº 13/2019, de 31 de julio, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, relativa al “Acceso al expediente” señala las pautas generales de actuación para dar acceso a los internos a su expediente. Indica la Instrucción el cambio de tendencia jurisprudencial que se ha producido en esta materia y cita expresamente que el derecho a ser informado de la situación penal, procesal y penitenciaria «para una importante corriente jurisprudencial equivale al efectivo acceso al expediente».



penitenciaria, ha visto limitado su derecho de acceso a la información obrante en los archivos y registros de la Administración penitenciaria, en tanto que este derecho de información se configura como un derecho instrumental del derecho defensa (art. 24.2 CE) y merma las facultades de conocimiento de aquellos internos que pretenden recurrir los acuerdos de la Administración penitenciaria en vía administrativa y judicial dado que, sin poder conocer los informes y los datos obrantes en poder del establecimiento penitenciario, una impugnación fundada ante las restricciones de los derechos penitenciarios, ya sea en relación al régimen o al tratamiento penitenciario -permisos de salida o revisiones y clasificaciones de grado- no puede ser esgrimida.

Analizando las sucesivas denegaciones a las solicitudes de acceso por parte del interno –ante el propio centro y en vía de queja, en sede administrativa, y en reforma y apelación después, en sede judicial-, el Tribunal Constitucional invoca la doctrina constitucional referente a las “resoluciones estereotipadas”²⁰, siendo aquellas que son susceptibles de ser aplicadas en cualquier tipo de queja, por la amplitud de su ambigüedad o por no individualizar su argumentación al caso concreto. Tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria como la Audiencia Provincial omitieron pronunciarse acerca de las razones

²⁰ Son aquellas que, en palabras del Tribunal Constitucional (con cita en la STC nº 363/2006, de 18 de diciembre FJ 3): “ni dan cuenta de los fundamentos de la queja del interno ni los toman en consideración, de modo que podrían aplicarse a cualquier clase de queja fuera cual fuese su contenido y cualesquiera que fuesen los preceptos legales en los que se fundamentara. La ausencia total de identificación del caso, e incluso de los preceptos aplicables, convierte en imposible el conocimiento por el interesado o por cualquiera las razones de la decisión”.



esgrimidas por la Administración penitenciaria que fundamentaban la negativa a dar traslado del contenido de los informes requeridos por el recluso, confirmando la justificación elaborada por el centro penitenciario y dando al interno la alternativa, en aras a la salvaguarda de su derecho, de que fuera mediante la impugnación judicial de las resoluciones de la Administración la manera en que pudiera acceder a los informes que obraran a disposición de los jueces y tribunales cuando el centro requerido remitiera la oportuna documentación, a solicitud de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Es decir, que si el interno quería acceder a los informes de los miembros del Equipo Técnico debía de impugnar, ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, la denegación del permiso ordinario de salida y constatar, de esta manera, los datos aportados por los profesionales del Equipo Técnico en los informes que sirvieran de apoyo de la resolución denegatoria emitida por la Junta de Tratamiento.

Esta forma de diferir la satisfacción del derecho de acceso a la información penitenciaria es la que, ciertamente, produce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recluso (art. 24.1 CE), junto con haber estimado conforme a derecho las razones abstractas de peligrosidad y seguridad que la Dirección del centro penitenciario puso de manifiesto y que el Juzgado, primero, y la Audiencia, en segundo lugar, dieron por válidas al secundar los mismos argumentos sin realizar, en palabras del Tribunal, «un análisis de las causas legales de limitación de acceso y una ponderación concreta de los intereses en conflicto».

Y es que la queja del interno podría haber sido reparada sin necesidad de imponer obstáculos al recluso, exigiéndole que acudiera a una eventual ulterior instancia judicial, demorando el restablecimiento del



derecho hasta el estadio procesal en que este hubiera, en sede jurisdiccional, accedido a la información solicitada. Máxime, teniendo en cuenta que sería el mismo Juzgado de Vigilancia, primero, y la misma Audiencia Provincial, después, la que deberían examinar la misma cuestión, llegado el caso²¹.

Esta limitación del derecho de acceso a la información penitenciaria, en vía administrativa y en vía judicial –al no paliar las consecuencias de la primera limitación–, supone una directa lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) además de una afectación al derecho defensa (art. 24.2 CE), en tanto que el primero operaría como instrumento para el ejercicio de la impugnación del acuerdo denegatorio del permiso de salida.

LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA

A efectos prácticos, esta resolución implica el adelanto de la satisfacción del derecho de acceso de los internos a la vía administrativa, en vez de demorar el mismo a la vía judicial, lo que supone la eliminación de trabas y lapsos temporales para que los internos que desean

²¹ Del recurso de apelación contra la denegación del permiso conocería la Audiencia Provincial correspondiente, por estar el centro penitenciario dentro de su demarcación (Disposición Adicional 5ª, apartado 3º, de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial), previa queja y posterior reforma ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, que sería aquél que tuviera su residencia en el territorio donde radicara el establecimiento; en este caso, el de Tenerife (arts. 78.2 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, 162 del Reglamento Penitenciario y apartado 1º de la DA 5ª LOPJ).



impugnar las resoluciones judiciales puedan tener a su disposición toda la información pertinente a su defensa. La Sentencia del Tribunal Constitucional va en la misma dirección que la apuntada en la STEDH, de 11 de octubre de 2016, "Caso Cano Moya v. España", en el sentido de que negar al acceso a la información del expediente de los internos cuando se pretende ejercer el derecho de defensa supone una obstrucción al mismo que carece de sentido, siempre que no haya razones de seguridad u orden público que lo requieran. No debe de pasar desapercibido el hecho de que los internos se encuentran ante una evidente situación de inferioridad ante la Administración penitenciaria y esta subordinación no puede imponer obstáculos a la ya limitada posición en la relación jurídica de sujeción especial en la que, si bien deben atenerse a las limitaciones y restricciones que los establecimientos penitenciarios exigen en aras a garantizar la convivencia y buen orden, deben serles asegurados todos los derechos que, como el resto de ciudadanos, ostentan salvo aquellos que se encuentren en contraposición con el sentido de la pena, la ley penitenciaria y contenido de la sentencia que haya previsto el cumplimiento de la pena de prisión como retribución por el delito cometido.





LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA

D^a. Bárbara Lucía Romojaro Alonso

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección
de Empresas

Resumen: La Ley de Acceso a la Información Pública fue aprobada en diciembre de 2013 y desde entonces la Administración Estatal y las Administraciones Territoriales han tenido como objetivo el cumplimiento de la misma, garantizando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y con la resolución de las reclamaciones interpuestas en esta materia, bien a través del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) o por medio de los órganos de transparencia autonómicos.

El presente trabajo realiza un análisis teórico y práctico con dos objetivos: en primer lugar, llevar a cabo un estudio de la evolución de las solicitudes de acceso a la información pública en nuestro país; en segundo lugar,



analizar el funcionamiento de los órganos de transparencia autonómicos y del CTBG. Con ello se pretende poder valorar el funcionamiento en la práctica de opción que ha configurado el legislador y, en concreto, si realmente podemos hablar de un procedimiento de acceso ágil y eficaz.

Abstract: The Law on Access to Public Information was passed in December 2013 and since then the State Administration and the Territorial Administrations have aimed to comply with it, guaranteeing the exercise of the right of access through the processing of requests for access to public information and with the resolution of complaints filed in this area, either through the Council for Transparency and Good Governance (CTBG) or through the autonomic transparency bodies.

This paper aims to carry out a theoretical and practical analysis with two objectives: firstly, to carry out a study of the evolution of requests for access to public information in our country; secondly, to analyze the functioning of the regional transparency bodies and the CTBG. The objective is to assess the operation in practice of the option that the legislator has configured and, specifically, whether we can really speak of an agile and effective access procedure.

Palabras Claves: Transparencia, Administraciones, información pública, solicitudes de acceso, Comunidades Autónomas, reclamaciones.

Keywords: Transparency, Administrations, public information, access requests, Autonomous Communities, complaints.



SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS GARANTÍAS
 - 1. INTRODUCCIÓN A LA LEY 19/2013 DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO
 - 2. LA PUBLICIDAD ACTIVA Y PASIVA EN EL MARCO DE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN
 - 3. LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
- III. LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA EN MATERIA TRANSPARENCIA
 - 1. EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO: NATURALEZA Y ESTRUCTURA
 - 2. LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA AUTONÓMICAS
 - A. ÓRGANOS DE CARÁCTER UNIPERSONAL EN REFERENCIA A LA RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
 - a) Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía
 - b) Comisionado de Transparencia de Canarias
 - B. ÓRGANOS DE CARÁCTER COLEGIADO EN REFERENCIA A LA RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
 - a) Comisionado de la Transparencia de Galicia
 - b) Consejo de Transparencia de Aragón
 - c) Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Valencia



- d) Comisionado y Comisión de Transparencia de Castilla y León.
 - e) Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública de las Islas Baleares
 - f) Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia
 - g) Consejo de Transparencia de Navarra
 - h) Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública
- IV. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA
- 1. Solicitudes de acceso a la información pública
 - A. Premisas generales
 - B. Metodología
 - C. Evolución de las solicitudes de acceso a la información pública frente a Comunidades Autónomas
 - D. Evolución de las solicitudes de acceso a la información pública frente a la Administración General del Estado
 - 2. Evolución de las reclamaciones presentadas contra resoluciones de los órganos de transparencia
 - A. Premisas generales
 - B. Metodología
 - C. Evolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública
- V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS
- VI. BIBLIOGRAFÍA
- VII. ANEXO DE LEGISLACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El eje central de este estudio gira en torno al funcionamiento de las garantías del derecho de acceso a la información pública; particularmente se han estudiado los datos relativos a solicitudes de acceso a la



información pública y a las reclamaciones presentadas en esta materia.

La Ley de Acceso a la Información Pública fue aprobada en diciembre de 2013 y desde entonces la Administración Estatal y las Administraciones Territoriales han tenido como objetivo el cumplimiento de la misma, garantizando el ejercicio del derecho de acceso a través de la tramitación de solicitudes de acceso a la información pública y con la resolución de las reclamaciones interpuestas en esta materia, bien a través del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) o bien por medio de los órganos de transparencia autonómicos. Son muchas las Comunidades que han optado por esta segunda posibilidad y han configurado sus propios órganos de transparencia en sintonía con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Este análisis teórico y práctico tiene dos objetivos: en primer lugar, llevar a cabo un estudio de la evolución de las solicitudes de acceso a la información pública en nuestro país; en segundo lugar, analizar el funcionamiento de los órganos de transparencia autonómicos y del CTBG. Con ello se pretende poder valorar el funcionamiento en la práctica de opción que ha configurado el legislador y, en concreto, si realmente podemos hablar de un procedimiento de acceso ágil y eficaz.

Para poder llevar a cabo el mismo, se ha analizado la configuración del derecho de acceso y sus garantías, estudiando la doctrina sobre la materia. Además, se han tomado en consideración las distintas normas de ámbito autonómico reguladoras de la transparencia. Con el objetivo de que este estudio se ajustase con la mayor



precisión posible a la realidad, se han utilizado los datos disponibles tanto en los portales de transparencia como en las memorias e informes publicados por los órganos competentes. En muchos casos no se pudo obtener la información necesaria y en otros la publicada no estaba actualizada, por lo que se procedió a ejercer el derecho de acceso a la información pública con el fin de solicitar los datos necesarios. La mayoría de las solicitudes de información fueron atendidas de forma correcta y en plazo; no obstante, algunas de ellas fueron resueltas fuera de plazo, de forma incompleta o aún se encuentran sin resolver, habiéndose producido, en consecuencia, el silencio administrativo. Este ejercicio práctico me ha permitido comprender mejor el funcionamiento del sistema, así como sus virtudes y carencias.

Este estudio se ha dividido en dos grandes ejes: uno teórico y otro práctico. En la primera parte, se ha realizado un análisis teórico de las garantías del derecho de acceso previstas en la Ley 19/2013 y de la configuración legal que en el ámbito estatal y autonómico se ha dado en esta materia, analizando el diseño, composición y funciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de las autoridades de transparencia autonómicas. La segunda parte se ha enfocado hacia un análisis práctico del derecho de acceso a la información pública, dividiéndose a su vez en dos bloques. En el primer bloque, se han analizado las solicitudes de acceso a la información pública recibidas por la Administración General del Estado y las Administraciones Territoriales, teniendo en cuenta ítems como el número de solicitudes presentadas y resueltas o el sentido de la resolución. El segundo bloque se ha centrado en las reclamaciones presentadas ante las autoridades de transparencia, donde se han analizado las



resoluciones dictadas por estos órganos y el cumplimiento de los plazos establecidos por la Ley. Por último, se han planteado diversas conclusiones y propuestas sobre el derecho de acceso a la información pública y el cumplimiento de las garantías de este derecho.

Quiero agradecer al profesor Isaac Martín Delgado, director del Centro de Estudios Europeos "Luis Ortega Álvarez" y profesor titular de Derecho Administrativo, su constante apoyo y colaboración para poder elaborar este estudio. Y reconocer también la labor del personal de las autoridades de transparencia que, careciendo en muchos casos de tiempo y medios, han atendido sin dudarlos las consultas planteadas.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS GARANTÍAS

1. INTRODUCCIÓN A LA LEY 19/2013 DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO

La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno¹ (en adelante, LTAIPBG) constituye un refuerzo de las obligaciones de publicidad y transparencia de las Administraciones Públicas, tal y como se recoge en su artículo primero. La sociedad actual necesita conocer más datos e información relativa a la actividad pública, creándose así una cultura de "demanda de información" que hasta la fecha no existía hacia las Administraciones, lo que ha provocado una

¹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10 de diciembre de 2013).



evolución casi forzada para poder cumplir con lo que algunos denominan “moda de la transparencia”.

La evolución normativa en esta materia ha sido lenta. En un breve repaso histórico se puede datar su comienzo, con la implantación de un modelo abierto, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano², concretamente en su artículo 15: “*La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público*”. Se atribuye así a los ciudadanos un derecho de acceso a la información sobre la base de un modelo de participación “activa” como punto de partida del derecho de acceso; sin embargo, con anterioridad ya había sido configurada la “Freedom of press and the right off Access to public records act” la primera Ley de libertad de prensa y de acceso a las actas públicas, de Suecia³ (E. Sandoval, I. y M. Ackerman, J., 2005).

Ahondando en este repaso por la historia de la transparencia cabe hacer mención a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, la cual en su artículo 41 hacía alusión al derecho de acceso a la información, reconociendo “*el derecho de toda persona a acceder al expediente administrativo que le afecte, dentro del respeto de los*

² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa.

³ Sandoval, I. y Ackerman, J. (2005). Leyes de acceso a la información en el mundo. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, 13.

⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000).



intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial". Este precepto supuso uno de los grandes avances a nivel normativo en la Unión Europea, junto con el Reglamento del Consejo de la Unión Europea y del Parlamento Europeo sobre acceso público a los documentos⁵.

De manera progresiva, los países han ido introduciendo normativa referente al acceso a la información pública. En el caso del ordenamiento español se pueden encontrar diversas normas relacionadas indirectamente con la transparencia:

- ✓ Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- ✓ Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- ✓ Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

No obstante, la primera ley que ha regulado esta cuestión de manera exhaustiva ha sido la LTAIPBG.

2. LA PUBLICIDAD ACTIVA Y PASIVA EN EL MARCO DE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN.

La Ley de transparencia ha configurado un marco de obligaciones dirigidas a los diferentes entes públicos,

⁵ Reglamento N.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.



donde pueden distinguirse dos grandes bloques; por un lado, el Capítulo II del Título I en el que se incluyen las llamadas obligaciones de publicidad activa, y por otro el Capítulo III bajo el título de *Acceso a la información pública* que regula la publicidad pasiva.

La norma configura unos mínimos en lo que respecta a la información objeto de publicación, es decir, se ha definido qué información debe ser publicada con carácter obligatorio; este aspecto ha recibido el nombre de *publicidad activa* y constituye el primer bloque de la Ley. Su configuración se encuentra prevista en los artículos 6 a 8 de la Ley, que distinguen tres categorías de publicidad activa:

- ✓ Información de relevancia jurídica.
- ✓ Información institucional, organizativa y de planificación.
- ✓ Información económica, presupuestaria y estadística.

La publicidad de la información está condicionada en todo caso por una serie de límites del derecho de acceso⁶ y a los derivados de la protección de datos personales,

⁶ Artículo 14.1 LTAIPBG "a) *La seguridad nacional; b) La defensa; c) Las relaciones exteriores; d) La seguridad pública; e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; 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 decisión; l) La protección del medio ambiente".*



entre otros. En aquellos supuestos donde la información entre en conflicto con intereses protegidos (artículos 14 y 15 LTAIPBG⁷); los límites invocados con mayor frecuencia son los sustanciales (interés protegido, los relativos a procedimientos administrativos y judiciales y aquellos relacionados con intereses de carácter privado)⁸. Concretamente con los límites de interés público, no hay una conexión expresa con la regulación especial por lo que habrá que atender a dos criterios:

- ✓ Test del daño: ponderación entre la información solicitada y el posible perjuicio, es decir, *“la existencia de un perjuicio concreto, definido y evaluable en el supuesto de concederse el acceso a la información solicitada”*⁹.
- ✓ Test del interés público: ponderación del interés de la solicitud; se pondera si la finalidad de la

⁷ Los límites del derecho de acceso no operan de manera automática, sino que siempre se analizará la información solicitada y se realizará una ponderación.

⁸ CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. (2019). Informe sobre la Justicia Administrativa. *Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de transparencia*, 300. Recuperado de <http://bit.ly/2Gdu1Ik> (Última fecha consulta: 22/01/2020).

⁹ Resolución RT 0296/2018, de 12 de febrero de 2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, aplicó el Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio, que establece que los límites previstos en el artículo 14 de la LTAIPBG no serán de aplicación directa u automática y que *“los motivos de interés público para limitar el acceso a la información deben estar ligados a la protección concreta de un interés racional y legítimo”*. Disponible en: <http://bit.ly/2tlMakd> (Última fecha de consulta: 22/01/2020).



solicitud está conectada con la finalidad de la LTAIPBG.

En el caso de los límites que están conectados con los procedimientos administrativos y judiciales no se encuentran claramente delimitados en el artículo 105 CE; en este supuesto existe cierta presunción de que dar la información al interesado puede suponer un daño en los procesos de toma de decisión. Por último, en lo que respecta a intereses privados, los más invocados son aquellos relacionados con intereses económicos y comerciales, por lo que se deberá analizar cada caso con precisión¹⁰. En aquellos supuestos en los cuales la información no estuviese afectada de manera total por los límites se concederá el acceso de forma parcial. Si bien, tanto la denegación total o parcial de la información deberá ser motivada.

En lo que respecta a lugar de publicación, en relación con los órganos del sector público estatal será en el Portal de Transparencia, el cual depende actualmente del Ministerio de Política Territorial y Función Pública. A nivel regional, las Comunidades Autónomas han regulado en su normativa este aspecto, configurando sus propios portales de Transparencia y, junto con ello, la información que ha de ser objeto de publicidad. La Ley establece unos mínimos de publicidad, si bien las Comunidades, dentro de su margen de actuación, pueden aumentar la información que estará sujeta a publicidad.

¹⁰ GUICHOT REINA, E. (2019): Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información. En MARTIN DELGADO, I. (Eds), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica* (pp. 55-104). Madrid: Iustel.



Además, cabe añadir que la publicidad de la información contenida en los artículos mencionados anteriormente no agota las obligaciones de publicidad, pues se debe garantizar en todo momento el derecho de acceso a la información pública que poseen todas las personas. La Constitución Española recoge en su artículo 105.b) el derecho de *"acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos"*, que ha sido desarrollado por la LTAIPBG. En su artículo 13 señala que se deberá entender por información pública *"todos los contenidos o documentos que estén en poder de las Administraciones Públicas y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones sea cual sea su soporte o formato, de este artículo se puede extraer que la Administración debe hacer pública toda información y no únicamente la que sea de elaboración propia"*¹¹.

Partiendo de estas premisas, se contempla por parte de la Ley la posibilidad de que la información que desea conocer el ciudadano no se encuentre publicada en el portal de transparencia y opte entonces por ejercitar su derecho de acceso a la información pública¹² a través de una solicitud de acceso¹³. Llegados a este punto cabe hacer hincapié con mayor detalle en alguno de los aspectos esenciales de las solicitudes de acceso a la información pública. En primer lugar, este derecho podrá ser ejercido tanto por personas físicas como por

¹¹ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente en su artículo 2.6 ya recogía el concepto de información *"que obra físicamente en poder de una persona o física que obra en nombre de una autoridad"*.

¹² Artículo 105.b CE y artículo 12 de la LTAIPBG.

¹³ Artículo 17 LTAIPBG.



personas jurídicas ante el *“titular del órgano administrativo o entidad que posea la información”*, salvo en aquellos supuestos en los que *“la información esté en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerciten potestades administrativas”*¹⁴ en cuyo caso la solicitud deberá dirigirse a los organismos previstos en la Ley¹⁵; en segundo lugar, en lo que respecta a la forma de presentación, se podrá realizar a través de cualquier medio que permita constatar la identidad del solicitante, la información solicitada, una dirección de contacto y la modalidad de acceso a la información¹⁶, y en ningún caso será causa de inadmisión la falta de motivación. Cabe añadir, que en aquellos supuestos en los que el solicitante sea una persona jurídica la Ley contempla una peculiaridad: la presentación se deberá realizar a través de medios electrónicos, puesto que las personas jurídicas tienen la obligación de relacionarse con la Administración por esta vía¹⁷. En el caso de las personas físicas la relación a través de medios electrónicos no tiene carácter obligatorio¹⁸.

¹⁴ Artículo 17.1 LTAIPBG.

¹⁵ Artículo 2.1 LTAIPBG.

¹⁶ Artículo 12.2 LTAIPBG.

¹⁷ Artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP)

¹⁸ *“Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas”*, tal y como indica el artículo 14.1 de la Ley 39/2015.



En lo que respecta a la resolución de la solicitud, será notificada al interesado en el plazo máximo de un mes desde que el órgano competente para resolver hubiese recibido la misma¹⁹. En aquellos supuestos donde la solicitud presentada no reúna los requisitos establecidos por la Ley se requerirá al solicitante para su subsanación en plazo de 10 días naturales.²⁰ En cualquier caso, el correcto funcionamiento del derecho de acceso a la información pública estará supeditado a un proceso ágil²¹, es decir, no sólo es necesario proporcionar la información solicitada al interesado sino hacerlo ajustándose a un plazo considerable de tiempo.

3. LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Una de las principales finalidades de la Ley ha sido la de garantizar el derecho de acceso a la información pública, de tal modo que los órganos de transparencia deben proteger este derecho a través de las resoluciones de reclamaciones presentadas frente a solicitudes de acceso de los ciudadanos. La LTAIPBG ha configurado diversos mecanismos de defensa para aquellos supuestos donde los solicitantes no hayan podido ejercer su derecho de acceso o bien hayan obtenido una resolución

¹⁹ Cuando la información solicitada por el interesado no se encuentra en poder del órgano al cual se ha dirigido este deberá remitir al órgano competente la solicitud e informar de ello al interesado (tal y como indica el artículo 19.1 LTAIPBG.

²⁰ Artículo 19 LTAIPBG.

²¹ CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. (2019). Informe sobre la Justicia Administrativa. *Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de transparencia*, 290. Recuperado de <http://bit.ly/2Gdu1Ik> (Última fecha consulta: 22/01/2020).



desfavorable. El artículo 20.5 de la LTAIPBG plantea la siguiente peculiaridad: *“las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa²², sin perjuicio de la interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24”*.

El legislador ha optado de este modo por la sustitución de los recursos ordinarios en materia de acceso a la información pública por una reclamación de carácter potestativo²³, creándose un recurso administrativo con la peculiaridad de que el órgano de resolución sea independiente (Martín Delgado, 2019, p.33). Esta vía se encontraba ya prevista genéricamente en el artículo 112 de la LPACAP: *“las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas”*; en este caso, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante CTBG).

Las reclamaciones ante el CTBG tendrán carácter potestativo²⁴ y deberán interponerse con carácter previo a la impugnación en vía contencioso-administrativo (tal

²² Las reglas de interposición del recurso contencioso-administrativo se encuentran en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²³ Artículo 23 LTAIPBG.

²⁴ La Ley 39/2015 de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas prevé en su artículo 112 la posibilidad de sustituir los recursos de reposición y alzada por otro tipo de procedimientos.



y como indica el artículo 24.1), salvo en aquellos supuestos donde las resoluciones hayan sido dictadas por: *“La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”*²⁵, en cuyo caso únicamente cabrá interponer recurso contencioso-administrativo.

El legislador autonómico tiene atribuida capacidad para configurar sus órganos de transparencia. En el caso de Castilla-La Mancha el legislador diseñó el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha²⁶ a través de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha²⁷, que no se encuentra en funcionamiento.

Corresponderá al interesado la decisión de interponer un recurso contencioso-administrativo o presentar una reclamación potestativa ante el CTBG u órgano consultivo equivalente, puesto que la vía de la reclamación potestativa es completamente opcional²⁸.

²⁵ Artículo 2. f) LTAIPBG.

²⁶ Este órgano no se encuentra actualmente activo.

²⁷ Información obtenida de la *“Guía básica de tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública”* de la Dirección General de Gobernanza Pública. Disponible en: <http://bit.ly/2REvrAF> (Última fecha de consulta: 22/01/20)

²⁸ La vía de la reclamación potestativa es opcional para el interesado, pero es cierto que este tipo de reclamación ofrece ciertas ventajas como el plazo (máximo tres meses para resolver) y la especialidad del órgano en la materia.



Será decisión del interesado optar por la vía contencioso-administrativa o por la reclamación. En el caso de la primera vía, será la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Administración actuante la competente para resolver. No obstante, ante una resolución de este órgano cabrá interponer recurso ante el Tribunal superior de Justicia competente, y en última instancia se recurrirá ante la Audiencia Nacional. Por su parte, la reclamación se interpondrá ante el órgano de transparencia competente que emitirá una resolución, que podrá ser de carácter estimatorio o desestimatorio. Para el caso de los expedientes desestimados cabrá interponer recurso de apelación ante la Sala Contencioso Administrativo²⁹.

En el caso de que el interesado opte por la vía de interponer una reclamación, deberá hacerlo en el plazo de un mes desde el día siguiente de producirse la notificación³⁰. El órgano competente será el CTBG o, en el supuesto de resoluciones de las administraciones territoriales será órgano competente el determinado por la Comunidad Autónoma³¹. Se podrá, a través de un convenio, atribuir esta competencia al CTBG. En el caso de existir terceros afectados se les deberá dar audiencia previa³². El plazo máximo que tendrá el órgano competente para resolver será de tres meses; en aquellos supuestos donde transcurrido este plazo no se hubiese notificado la resolución se entenderá desestimada³³.

²⁹ Artículos 20.5 y 24 de la LTAIPBG.

³⁰ Artículo 24.2 LTAIPBG.

³¹ Artículo 24.6 y Disposición Adicional 4ª LTAIPBG.

³² Artículo 24.3 LTAIPBG.

³³ Artículo 24.4 LTAIPBG.



La Ley ha conseguido con esta novedad ofrecer una protección especial al derecho de acceso a la información, dotando de independencia y autonomía a los órganos que tienen como finalidad velar por el cumplimiento de la normativa.

III. LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA EN MATERIA TRANSPARENCIA

1. EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO: NATURALEZA Y ESTRUCTURA

La LTAIPBG ha diseñado dos tipos de órganos para garantizar el derecho de acceso: por un lado, las Unidades Administrativas de Información (en adelante UAI) las cuales están encargadas las solicitudes de acceso a la información pública; y por otro, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG). Este último está dotado de personalidad jurídica propia y posee plena capacidad de obrar, actuando siempre con total autonomía y como garantía jurídica para el derecho de acceso, el cual tiene como finalidad *"promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno"* (tal y como indica el artículo 34.1 LTAIPBG).

Se encuentra sujeto a la LTAIPBG y a su Estatuto³⁴; a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público³⁵; a

³⁴ Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (BOE de 5 de noviembre).

³⁵ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre).



la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁶; a la Ley General Presupuestaria³⁷; la Ley de Contratos del Sector Público³⁸; la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas³⁹ y el Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁰.

El CTBG está formado por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante Comisión) y el presidente del CTBG⁴¹. A su vez el Consejo se encuentra compuesto por tres órganos, los cuales son dependientes de él:

- ✓ En primer lugar, la Subdirección General de Reclamaciones: resuelve las consultas presentadas con carácter facultativo referentes a la aplicación de la normativa sobre derecho de acceso; además también tramita todas aquellas funciones que le sean encomendadas por el presidente⁴². En lo que respecta a su titular, será nombrado por el presidente del

³⁶ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre).

³⁷ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE de 27 de noviembre)

³⁸ 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 (BOE de 9 de marzo).

³⁹ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de febrero).

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE de 1 de noviembre).

⁴¹ El presidente del CTBG es a su vez también presidente de la Comisión.

⁴² Artículo 20 del Real Decreto 919/2014.



Consejo, y deberá ser funcionario de carrera de la Administración General del Estado o de cualquier otra Administración Pública cuando se encuentre previsto en las normas de aplicación⁴³ (tal y como indica el artículo 18.2 del Estatuto).

- ✓ En segundo lugar, la Subdirección General de Transparencia y Buen Gobierno: órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa; en aquellas situaciones en las cuales se haya producido un incumplimiento instará las actuaciones disciplinarias; además es el encargado de proponer al presidente los criterios de interpretación a seguir. Dentro de sus funciones se encuentra también la tramitación de todas las cuestiones y consultas sobre transparencia y buen gobierno, así como de las que le encomiende el presidente o una norma legal o reglamento (tal y como indica el artículo 19 del Estatuto).
- ✓ Y en último lugar, la Oficina de Reclamaciones Territoriales: órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de la LTAIPBG a nivel autonómico que conoce de la tramitación y resolución de las reclamaciones interpuestas frente a Administraciones Territoriales que han

⁴³ Además, deberá pertenecer a los Cuerpos y Escalas en los cuales sea necesario el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.



firmado convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴⁴.

El presidente del Consejo tiene atribuidas por Ley competencias en materia jurídica y ejecutiva. Sobre él recae la competencia de resolución de las reclamaciones interpuestas frente al CTBG y de interpretación uniforme de la Ley (tal y como indica el artículo 38 LTAIPBG). Por todo ello, se puede entender que, a los efectos de resolución de reclamaciones, el CTBG actúa como un órgano de carácter unipersonal. En lo que refiere al nombramiento, se realizará a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁴⁵ (actualmente, el Ministerio de Política Territorial), siempre previa comparecencia en el Congreso de los Diputados que refrendará el nombramiento (por mayoría absoluta) por una duración de cinco años no renovables⁴⁶. Será requisito indispensable que el cargo se encuentre ocupado por una persona de *"reconocido prestigio y con una competencia profesional previa"*⁴⁷.

⁴⁴ La disposición adicional cuarta de la LTAIPBG prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas atribuyan la competencia para la resolución de las reclamaciones al CTBG.

⁴⁵ Fernández Ramos, S y Pérez Monguió, JM. (2014). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (pp. 255-291). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

⁴⁶ Además de no poder ser renovable el mandato tampoco podrá coincidir con el mandato del Gobierno y deberá tener carácter único. A estos requisitos el artículo 11 del Estatuto del Consejo (aprobado por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre) se añade la dedicación única y plena del cargo.

⁴⁷ Real Decreto 919/2014, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. (BOE del 5 de noviembre de 2014).



Por su parte, la Comisión estará compuesta por ocho miembros, entre los que se incluye el presidente. Su composición constituye una representación de los diferentes poderes, a través de un Diputado, un representante de la AEPD⁴⁸, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal; la duración del mandato será de cinco años prorrogables (tal y como indican los artículos 14 y 15 del Estatuto del CTBG).

En lo que refiere a sus funciones, tiene encomendado el asesoramiento sobre transparencia, acceso y buen gobierno; el informar con carácter preceptivo sobre proyectos normativos dentro del ámbito estatal; la aprobación de la memoria anual; la proposición en materia de transparencia de recomendaciones, directrices y guías al Presidente; el desarrollo de actividades formativas; la convocatoria de los órganos autonómicos; la creación de mecanismo para la colaboración de los órganos; la realización del informe anual y la aprobación del Reglamento de funcionamiento (tal y como indica el artículo 12 del Estatuto).

2. LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA AUTONÓMICAS

El objetivo de este epígrafe es ofrecer una panorámica general de las distintas autoridades de transparencia autonómicas, si bien únicamente se van a analizar los órganos que en la actualidad se encuentran operativos. Algunas Comunidades Autónomas no han puesto en

⁴⁸ Agencia Española de Protección de Datos (tal y como indica el artículo 35 LTAIPBG).

funcionamiento sus órganos de transparencia; es el caso de Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y el Principado de Asturias, aunque su creación ha sido contemplada en la Ley respectiva. Para facilitar esta explicación se han dividido los órganos en dos grupos, atendiendo a su naturaleza jurídica.

Mapa 1. Órganos de transparencia autonómicos



Fuente: Elaboración propia.



A. ÓRGANOS DE CARÁCTER UNIPERSONAL EN REFERENCIA A LA RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

a) Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía⁴⁹ (en adelante, Ley 1/2014) en su capítulo segundo crea el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, una autoridad con independencia tanto orgánica como funcional, además de autonomía respecto a la Administración de Andalucía. Se encuentra configurado como uno de los órganos previstos en la Ley 9/2007 de la Administración Pública en su disposición adicional segunda, dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar y dispone además de independencia económica de la administración, a través de una tesorería y patrimonio propios. En lo respecta a su funcionamiento, se encontrará sujeto a la Ley 1/2014 y a sus Estatutos⁵⁰.

Este órgano está compuesto por la Comisión Consultiva y por la Dirección, teniendo un titular común para ambos. Con el fin de asegurar la independencia de la Comisión se ha configurado un sistema de protección: la dirección del Consejo corresponde a un titular nombrado por el Consejo de Gobierno por un periodo de cinco años

⁴⁹ Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (BOE de 16 de julio) (BOJA de 30 de junio).

⁵⁰ Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.



no renovables, con excepción de que una vez finalizado el mandato existiese un nuevo sustituto, en este caso permanecerá en su puesto el titular hasta que se produzca la nueva posesión. La persona designada deberá tener "*reconocido prestigio y competencia profesional*" (tal y como indica el artículo 47 de la Ley 1/2014), trabajará con plena independencia y autonomía; sin embargo, deberá de oír a la Comisión Consultiva en todas las propuestas referentes al ejercicio de sus funciones. Entre estas se encuentra la de representar al Consejo, resolver las reclamaciones interpuestas frente al mismo, elaborar criterios de interpretación, presentar el informe anual, resolver consultas sobre transparencia y protección de datos y aquellas otras planteadas por los órganos de tramitación de las solicitudes que tengan carácter facultativo, debiendo, además controlar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (tal y como indica el artículo 48 de la Ley 1/2014).

Por su parte, la Comisión Consultiva constituye un órgano de consulta, compuesto por catorce miembros más el titular del Consejo, que serán nombrados por la Consejería de la Presidencia y representarán a las personas y entidades afectadas por la Ley, junto con expertos y otras entidades. A través de este órgano estarán representados: la Administración de la Junta de Andalucía; el Parlamento de Andalucía; las administraciones locales; las universidades públicas; los consumidores y usuarios; una persona experta en transparencia y acceso a la información pública; la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y la Cámara de Cuentas Andaluza.

b) Comisionado de Transparencia de Canarias



La Comunidad de Canarias creó a través de su Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública⁵¹ (en adelante, Ley 12/2014) el Comisionado o Comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se configura como un *“órgano de fomento, análisis, control y protección de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias”* (tal y como indica el artículo 58.1 Ley 12/2014) con autonomía e independencia. En lo que respecta a sus funciones, se encuentra la publicidad de la información y su acceso, y la resolución de las reclamaciones presentadas en materia de acceso a la información, además de formular recomendaciones relativas a la mejora del cumplimiento de las obligaciones con la ayuda del Parlamento que actuará como órgano de apoyo (tal y como indica el artículo 62.2 Ley 12/2014).

Ejercerá sus funciones con dedicación exclusiva, siendo el cargo *“incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o sindicato, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional, mercantil o laboral”*⁵². La designación del titular

⁵¹ Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública. (BOE d 6 de febrero de 2015).

⁵² Artículo 60 Ley 12/2014.



corresponderá al Parlamento, este mismo tendrá también la potestad para el cese. La Ley no hace mención de ningún tipo en lo que respecta a los requisitos que debe poseer la persona nombrada como Comisionado, por lo que la elección de este quedará supeditada únicamente al Parlamento de Canarias.

Cabe añadir que este órgano sienta un precedente en el panorama autonómico de las autoridades de transparencia, al configurarse como un órgano auxiliar del Parlamento de Canarias, siendo el primer órgano en esta materia con carácter estatutario. Concretamente el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias establece que *"una ley del Parlamento de Canarias garantizará su actuación con plena capacidad, autonomía e independencia y regulará su organización, funcionamiento y las relaciones con las administraciones públicas, entidades y otros obligados por la ley"*⁵³.

B. ÓRGANOS DE CARÁCTER COLEGIADO EN REFERENCIA A LA RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

a) Comisionado de la Transparencia de Galicia

La Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia⁵⁴ (en adelante, Ley 1/2016) configura diferentes mecanismos para la coordinación y cumplimiento del derecho de

⁵³ Artículo 60 Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE de 6 de noviembre).

⁵⁴ Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia. (BOE de 4 de abril de 2016) (DOG de 15 de febrero de 2016).



acceso a la información pública. El Valedor del Pueblo Gallego será el responsable del cumplimiento del derecho de acceso, siendo también presidente de la Comisión de Transparencia⁵⁵, un ente colegiado con carácter independiente que desarrollará sus funciones con autonomía e independencia bajo los principios de transparencia y participación del ciudadano, adscrito al Valedor del Pueblo. Este órgano tiene encomendada la función de "*resolución de las reclamaciones frente a las resoluciones de acceso a la información pública*" (tal y como indica el artículo 33.3 Ley 1/2016), es decir, es el encargado de resolver todas las reclamaciones que se produzcan sobre resoluciones expresas o presuntas (tal y como indica el artículo 24 Ley 1/2016).

El titular del órgano será el presidente, además existirá un vicepresidente que será una persona adjunta al Valedor del Pueblo, quien realizará las funciones de apoyo a la presidencia (tal y como indica el artículo 8 del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión de Transparencia de Galicia⁵⁶) y cuatro vocales (tal y como indica el artículo 33.2 Ley 1/2016).

b) Consejo de Transparencia de Aragón

La Comunidad de Aragón ha configurado el Consejo de Transparencia de Aragón a través de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y

⁵⁵ Artículo 33 de la Ley 1/2016.

⁵⁶ Resolución de 5 de julio de 2016 por la que se dispone la publicación del Reglamento interno de la Comisión de la Transparencia de Galicia (DOG de 15 de julio).



Participación Ciudadana de Aragón⁵⁷ (en adelante, Ley 8/2015) como un órgano destinado a garantizar *“el cumplimiento de las obligaciones de publicidad actividad y garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública”* (tal y como indica el artículo 37.1 Ley 8/2015) y con carácter colegiado⁵⁸.

Entre sus funciones se encuentran las de *“tramitar las reclamaciones en contra de las resoluciones”*; *“elaborar resoluciones sobre las obligaciones de transparencia y su cumplimiento”*; *“informar con carácter preceptivo de los proyectos normativos sobre normativa de transparencia”*; *“evaluación sobre la aplicación de las obligaciones de transparencia”*; *“promoción de actividades que formen y sensibilicen sobre la materia”*; *“colaboración con otros entes de transparencia; y velar por las obligaciones que contiene la Ley de cuentas del ciudadano, en este aspecto concretamente conocer sobre las reclamaciones presentadas por ciudadanos por incumplimiento”* (tal y como indican los artículo 37 Ley 8/2015). Todas estas funciones se desarrollarán con total independencia orgánica y funcional.

En lo que respecta a la composición del órgano, estará formado por la Presidencia, Vicepresidencia, Pleno y Secretaría, con un total de once miembros a los cuales no se les exigirá dedicación exclusiva y ostentarán el cargo por un periodo de cuatro años que podrá ser prorrogable por un periodo igual. Concretamente estará compuesto por: *“un miembro de cada uno de los grupos*

⁵⁷ Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (BOE de 14 de mayo).

⁵⁸ Se regirá según la normativa del régimen jurídico del sector público y de la administración de la Comunidad de Aragón.



parlamentarios presentes en las Cortes de Aragón”; “un miembro de Justicia Aragón; un miembro del Consejo Consultivo de Aragón; un miembro de la Cámara de Cuentas; un miembro de las entidades locales”; “un miembro elegido por la Universidad de Zaragoza”; “dos miembros de organizaciones y asociaciones del ámbito de la defensa de los consumidores” y “dos miembros de las de los colectivos con mayor representación en Aragón” (tal y como indica el artículo 6 del Reglamento⁵⁹). Por su parte, el titular del ente será elegido por mayoría absoluta por el Pleno, y desarrollará funciones de representación institucional y legal, organización de las sesiones del Plenos y firma de actas. Este órgano estará asistido en todo momento por la Vicepresidencia y contará también con el Pleno del Consejo, como órgano superior que se reunirá bajo convocatoria del presidente con carácter extraordinario cada trimestre. Formarán parte de este todos los miembros de la Presidencia, ya que funciona bajo su dirección. La Secretaría actuará por su parte como ente de apoyo administrativo del resto de los órganos (tal y como indica el artículo 9 del Reglamento).

c) Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Valencia

La Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad

⁵⁹ Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón (BOA de 1 de abril).



Valenciana⁶⁰ (en adelante, Ley 2/2015) configuró el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Valencia como un órgano con *“plena independencia funcional para el cumplimiento de sus fines”* y con el objetivo de *“garantizar los derechos de acceso a la información, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno”* (tal y como indica el artículo 39 Ley 2/2015).

Se encuentra formado por la Comisión Ejecutiva y la Comisión Consultiva; el primero de los órganos tiene atribuidas entre sus funciones: *“la resolución de reclamaciones”, “la subsanación por incumplimiento de obligaciones”, “interpretación uniforme de criterios”, “dar solución a las consultas que se plantean en esta materia, hacer valer el cumplimiento de las obligaciones sobre publicidad activa”, “resolución de las solicitudes”, “urgir los expedientes disciplinarios o de sanciones”, “aprobar las recomendaciones para conseguir un mejor cumplimiento de las obligaciones”, “promover y realizar recomendaciones de buenas prácticas”, “realizar una memoria específica”, “llevar a cabo recomendaciones”; “analizar el grado de aplicación de la Ley y su cumplimiento, además deberá informar con carácter preceptivo a la Generalitat de los proyectos normativos sobre esta materia”* (tal y como indica el artículo 42.1 de la Ley 2/2015). Por su parte, la Comisión Consultiva desarrollará funciones de apoyo como asesoramiento (tal y como indica el artículo 42.2 Ley 2/2015).

⁶⁰ Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (BOE de 27 de abril).



El titular de la Comisión Ejecutiva será el presidente del Consejo, y estará formado por tantas personas como grupos parlamentarios haya en las Cortes de Valencia; su composición tendrá que seguir una regla paritaria entre hombre y mujeres, debiendo ser *“expertos de competencia o prestigio reconocido y con más de diez años de experiencia profesional”* (tal y como indica el artículo 41.1 Ley 2/2015). La duración del cargo no podrá ser superior a cinco años. Por su parte la Comisión Consultiva estará integrada por la *“persona que ejerza de la Presidencia del Consejo; un representante de la Administración de la Generalitat, nombrado por acuerdo del Consell; un representante de las universidades públicas valencianas nombrado por la Conferencia de Rectores de las Universidades Públicas Valencianas; Un representante de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias; Un representante de la Sindicatura de Comptes; Un representante del Síndic de Greuges; Un representante de las organizaciones empresariales, elegido en el seno del Comité Económico y Social; Un representante de las organizaciones sindicales, elegido en el seno del Comité Económico y Social; Un representante de las asociaciones de consumidores y usuarios; Un representante del Consejo de Participación Ciudadana; y un funcionario de los adscritos a la unidad de soporte administrativo del Consejo”* (tal y como indica el artículo 41.2 Ley 2/2015).

d) Comisionado y Comisión de Transparencia de Castilla y León.

La Comunidad de Castilla y León configura a través de la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y



Participación Ciudadana de Castilla y León⁶¹, dos órganos en esta materia. Por un lado, el Comisionado de Transparencia⁶², adscrito al Procurador del Común, el cual tiene atribuidas sus funciones, entre las que se encuentran las relacionadas con la publicidad activa y el ejercicio del derecho de acceso a la información, la elaboración de una memoria anual, solución de las consultas planteadas ante los órganos y la colaboración con otros órganos análogos.

Y por otro, se configura la Comisión de Transparencia como un "*órgano colegiado adscrito al Procurador del Común*" (tal y como indica el artículo 12), compuesto por un presidente que en este caso es el Comisionado de Transparencia, el adjunto al Procurador del Común y un secretario que contará con voz y voto, y será designado por el Procurador del Común⁶³. Este órgano será el encargado de la tramitación de las reclamaciones contra resoluciones expresas o presuntas dictadas por los organismos autonómicos⁶⁴.

e) Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública de las Islas Baleares

El Decreto 1/2019, de 11 de enero⁶⁵, reguló la Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública en su artículo 1, como un "*órgano competente para la instrucción y la resolución de las reclamaciones*",

⁶¹ Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (BOE de 27 de marzo).

⁶² Artículo 11 Ley 3/2015.

⁶³ Artículo 12 Ley 3/2015.

⁶⁴ Artículo 13.3 Ley 3/2015

⁶⁵ Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de la Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública (BOIB de 12 de enero)



adscrito a la Consejería de Presidencia de las Islas Baleares a nivel administrativo con funciones de apoyo.

Está compuesto por un presidente, un secretario y dos vocales, que deberán ser *“juristas de reconocido prestigio, con más de cinco años de experiencia profesional en el ámbito del derecho público”* (tal y como indica el artículo 3.1 del Decreto 1/2019) y serán propuestos por el consejero de Presidencia y nombrado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Los vocales elegirán al presidente de la Comisión, que ejercerá la función de representación de la comisión y *“dirigirá y coordinará el funcionamiento del órgano”* (tal y como indica el artículo 3.5 del Decreto 1/2019). El secretario por su parte será elegido por el Consejero de Presidencia y deberá ser un funcionario público de la consejería adscrita a la Comisión. Estos cargos serán incompatibles con cualquier otro de carácter electo o de designación política⁶⁶.

f) Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia

A través de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁶⁷ (en adelante, Ley 12/2014), se crea el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia como órgano de control para *“velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar el derecho de acceso a la información pública”* (tal y como indica el

⁶⁶ Artículo 3 Decreto 1/2019.

⁶⁷ Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE de 9 de enero).



artículo 1 Ley 12/2014). Entre sus funciones se encuentra el control de la publicidad activa y la resolución de las reclamaciones.

En lo que respecta a su composición, se encontrará formado por *“dos diputados de la Asamblea Regional; Un representante de la consejería competente en materia; Un representante del órgano directivo encargado de la coordinación y el asesoramiento en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración regional de transparencia; Un representante de la consejería competente en materia de hacienda; Un representante por cada una de las universidades públicas de la Región de Murcia”* (tal y como indica el artículo 38.5 Ley 12/2014), nombrados por un periodo de cuatro años y a propuesta del titular de la consejería competente. Por su parte, el Consejo de Gobierno nombrará al titular del órgano elegido que es designado por la Asamblea regional, a través de las propuestas realizadas por los grupos parlamentarios. La persona nombrada deberá reunir el requisito de reconocido prestigio y únicamente estará en el cargo por un periodo de cinco años, que será incompatible con cualquier otro alto cargo.

g) Consejo de Transparencia de Navarra

El Consejo de Transparencia de Navarra se configura en la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁶⁸ (en adelante, Ley 5/2018), con el objetivo de *“velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar el derecho de acceso a la información*

⁶⁸ Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE 8 de junio).



*pública*⁶⁹. Entre sus funciones se encuentran las de “conocer de las reclamaciones contra resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública”; “informar preceptivamente los proyectos normativos en materia de transparencia”; “evaluar el grado de aplicación y cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia por parte de las entidades e instituciones sujetas a ella”; “presentar al Parlamento de Navarra una memoria sobre el desarrollo de sus actividades y sobre el grado de cumplimiento”; “promover actividades de formación y sensibilización”; “colaborar en las materias que le son propias, con órganos de naturaleza análoga” y “aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario” (tal y como indica el artículo 72.1 Ley Foral 5/2018).

La designación del titular corresponde al Parlamento de Navarra, el candidato deberá reunir los requisitos de “reconocido prestigio” y “competencia profesional” (tal y como indica el artículo 73.2 de la Ley), y podrá ostentar el cargo con carácter exclusivo por un periodo no superior a cuatro años. Por su parte, los miembros del Consejo serán nombrados por un periodo igual por el Gobierno navarro siendo propuestos por el titular del departamento competente en materia de transparencia; en este caso el cargo no exigirá dedicación exclusiva y no generará derecho a retribución. La composición deberá ser la siguiente: “una persona representante del departamento competente en materia de transparencia”; “tres representantes de la Federación Navarra de Municipios y Consejos”; “una persona representante de la Cámara de Comptos”; “una persona

⁶⁹ Artículo 63 Ley Foral 5/2018.



representante del Defensor del Pueblo de Navarra”; y “una persona representante de la Universidad Pública de Navarra” (tal y como indica el artículo 73.1 Ley Foral 5/2018).

h) Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública

En el año 2014 el gobierno de Cataluña configuró a través de Ley 19/2014, de 29 de diciembre⁷⁰, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública como órgano encargado del cumplimiento de las obligaciones en materia de acceso. Resolviendo las reclamaciones interpuestas en este ámbito con *“total independencia orgánica y funcional, sin sumisión a instrucciones jerárquicas de ningún tipo”*⁷¹. Este órgano se encuentra adscrito al departamento de la Generalitat competente en materia de transparencia, que dotará al mismo de los *“medios personas y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones”*⁷².

En lo que respecta a la composición, estará formada por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco; deberán ser juristas *“especialistas en derecho público y técnicos en materia de archivos o gestión documental elegidos entre expertos de reconocida competencia y prestigio y con más de diez años de experiencia profesional”*⁷³, que serán designados por el Parlamento de Cataluña por una mayoría de tres quintos; no

⁷⁰ Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (BOE de 21 de enero).

⁷¹ Artículo 38 Ley 19/2014.

⁷² Artículo 41 Ley 19/2014.

⁷³ Artículo 40 Ley 19/2014.



obstante, deberán comparecer ante la Comisión antes de su designación para ser evaluados. Cabe añadir que la dedicación en este cargo será exclusiva.

IV. ANÁLISIS PRÁCTICO DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA

1. Solicitudes de acceso a la información pública

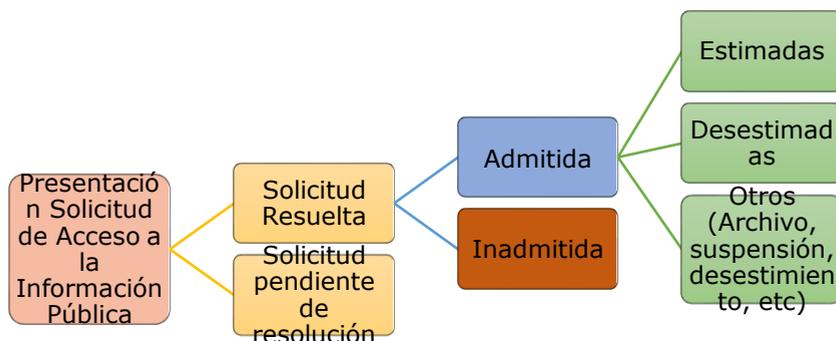
A. Premisas generales

Una de las principales finalidades que la LTAIPBG atribuye a las autoridades de transparencia es garantizar la publicidad y el acceso a la información. Los encargados del cumplimiento de estos ítems en las Administraciones Públicas son las Unidades de Información⁷⁴. A nivel autonómico cada Comunidad ha configurado en su normativa los órganos gestores encargados en esta materia. En este punto del estudio, se pretende obtener un análisis del funcionamiento de los órganos de transparencia desde una perspectiva práctica, con el objetivo de poder mostrar un enfoque global del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en España tanto a nivel estatal como a nivel autonómico.

Como elemento de aproximación al análisis de los datos se seguirá el siguiente esquema de la tramitación de una solicitud de acceso a la información pública.

⁷⁴ Artículo 21 LTAIPBG.

Esquema 1. Tramitación solicitud de acceso a la información pública



Fuente: Informe 2018 del Comisionado de Transparencia de Canarias.

Como se ha explicado con anterioridad, todas las personas pueden ejercitar el derecho de acceso a la información pública ante cualquier Administración Pública. Una vez que el interesado ha ejercido este derecho, el órgano encargado de la resolución inadmitirá o admitirá esa solicitud a trámite, procediendo en este último supuesto a su resolución. Estas resoluciones podrán establecer la concesión total o parcial de la información, la inadmisión o la denegación.

B. Metodología

Los datos expuestos a continuación deben ser analizados teniendo en cuenta las siguientes premisas:

- ✓ La metodología de evaluación se basa en los datos publicados en los portales de transparencia y las Memorias de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades



Autónomas. En aquellos supuestos en los que la información no se encontraba publicada se procedió a solicitarla específicamente, siendo atendida en la mayor parte de los casos.

- ✓ Con relación al cómputo del número de solicitudes y resoluciones se ha procedido a acumular los datos a fecha 31 de diciembre de 2018. En un primer momento, se intentó recabar datos a 31 de septiembre de 2019, no siendo posible debido a que la gran mayoría de las Comunidades no disponían de datos actualizados.
- ✓ Las resoluciones desestimatorias por silencio administrativo se encuentran comprendidas dentro de las resoluciones sobre solicitudes de acceso a la información pública; no obstante, serán analizadas de forma individual para los supuestos en los cuales se dispone de datos desglosados.

C. Evolución de las solicitudes de acceso a la información pública frente a Comunidades Autónomas

Este punto tiene como objetivo realizar una evaluación de la efectividad del ejercicio del derecho de acceso y analizar cómo ha evolucionado desde la entrada en vigor de la LTAIPBG. Para ello, se van a valorar ítems como número de solicitudes, número de resoluciones y su sentido.

Tabla 1. Total de solicitudes de acceso a la información pública frente a Comunidades Autónomas por años (2015-2018)



Año	2015	2016	2017	2018	Total
N.º Solicitudes	873	3.754	5.273	5.998	15.898

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC. AA

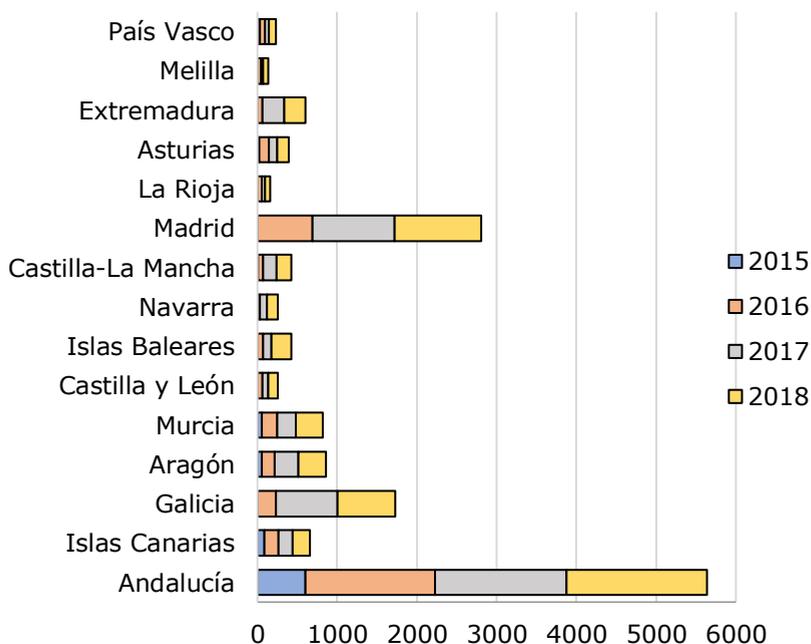
Nota metodológica: El cálculo del número de solicitudes de acceso a la información pública se ha efectuado atendiendo a los datos publicados por las Comunidades Autónomas, a excepción de Cantabria, Valencia, Cataluña y la Ciudad Autónoma de Ceuta de las cuales no se ha obtenido información (en el caso de Cataluña se encuentran publicados los datos relativos al número de solicitudes, pero no de resoluciones por lo que no se incluyen en el cómputo).

Tras cinco años de funcionamiento de la LTAPIB, el número de solicitudes de acceso a la información pública dirigidas a los entes regionales ha sido de 15.898, un dato que puede considerarse bajo si se tienen en cuenta las expectativas generadas con la entrada en vigor de la ley; no obstante, como puede observarse, se ha experimentado un crecimiento progresivo desde el año 2015.

En el año 2018 los órganos autonómicos recibieron un total de 5.998 solicitudes, 725 más que el año anterior; no obstante, el mayor crecimiento se experimentó en el año 2016 con un incremento del 330%. Uno de los factores que ha influido en este crecimiento es la consolidación de los órganos de transparencia, añadido a la aprobación de normativa autonómica que ha aumentado el nivel de transparencia exigido en muchos

de los entes públicos, afianzando su imagen hacia el ciudadano.

Gráfico 1. Evolución de las solicitudes de acceso a la información pública por Comunidades Autónomas (2015-2018)





CCAA	Andalucía	Islas Canarias	Galicia	Aragón	Murcia	Castilla y León	Islas Baleares	Navarra	Castilla-La	Madrid	La Rioja	Asturias	Extremadura	Melilla	País Vasco
2015	605	91	0	57	51	2	0	0	3	0	0	19	0	0	29
2016	1622	170	233	161	193	60	68	28	72	692	57	124	66	48	66
2017	1646	182	769	296	241	76	111	89	166	1026	40	108	271	19	52
2018	1762	214	723	347	332	122	244	136	184	1090	59	139	264	72	87

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC.AA.

Nota metodológica: como ya se mencionó anteriormente no se disponen del número de solicitudes de acceso a la información pública para Cantabria, Ceuta y Valencia.

Al igual que sucede con el número de solicitudes total, la tendencia se mantiene a nivel autonómico. Todas las Comunidades han experimentado un crecimiento progresivo de las solicitudes desde la entrada en vigor de la Ley, si bien son destacables los datos de Andalucía y Madrid que superan considerablemente las cifras de las otras Comunidades. Estos datos podrán estar hilados con el alto porcentaje de población de estas Comunidades como se puede observar en la tabla, con excepciones como es el caso de Galicia.

Tabla 2. Comparativa entre el número de solicitudes y la población por Comunidad Autónoma



CC.AA.	N.º Solicitudes	Población
Andalucía	5.635	8.384.408
Islas Canarias	4.608	2.127.685
Galicia	1.725	2.701.743
Aragón	861	1.308.728
Murcia	817	1.478.509
Castilla y León	260	2.409.164
Islas Baleares	423	1.128.908
Navarra	253	647.554
Castilla-La Mancha	425	2.026.807
Madrid	2.808	6.578.079
La Rioja	156	315.675
Asturias	390	1.028.244
Extremadura	601	1.072.863
Melilla	139	86.384
País Vasco	234	2.199.088

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC. AA y el Instituto Nacional de Estadística.



Nota metodológica: se han incluido los datos de población por Comunidad Autónoma para el año 2018 y el cómputo total por solicitudes de acceso a la información pública. Para la elaboración de este gráfico únicamente se han incluido las Comunidades Autónomas de las cuales se poseían datos de solicitudes.

Como puede observarse, la tendencia mayoritaria es que a medida que aumenta la población aumenta también el número de solicitudes; no obstante, como se ha observado, ciertas Comunidades rompen esta regla. Es el caso de Castilla y León y el País Vasco, donde el número de solicitudes de acceso a la información pública es extremadamente bajo si se compara con su población. Comunidades como Castilla-La Mancha, con una población similar a la de estas Comunidades, tiene el doble de solicitudes. Cabe valorar también como influye la existencia de una autoridad de transparencia propia en el número de solicitudes presentadas; no todas las Comunidades que han registrado el mayor número de solicitudes (Madrid y Andalucía) poseen un órgano propio, el caso de Madrid es evidente que tiene como explicación su elevada población; no obstante, Comunidades como Castilla y León o Navarra, que poseen un órgano propio, han recibido menos solicitudes de acceso que Castilla-La Mancha, que todavía no ha puesto en funcionamiento el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno⁷⁵.

En todo caso, llama la atención el bajo número de solicitudes presentadas, lo que detona una escasa

⁷⁵ Este órgano fue configurado a través de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (DOCM de 30 de diciembre), actualmente no se encuentra activo.



cultura de pregunta hacia la Administración por parte de los ciudadanos. Cabe plantearse qué tipo de ciudadanos son los que demanda información a las Administraciones, los formularios de acceso no recogen este tipo de información, si bien sería interesante poder comparar qué público es el que consulta a la Administración⁷⁶. Actualmente muchos de los ciudadanos desconocen que pueden solicitar información a los entes públicos o la manera de hacerlo.

Tabla 3. Total de solicitudes resueltas por las Comunidades Autónomas por años (2015-2018)

Año	2015	2016	2017	2018	Total
N.º Resoluciones	719	3.431	4.910	5.229	14.289

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC.AA.

En relación con el número de solicitudes resueltas, se mantiene un crecimiento progresivo, por lo que órganos gestores han mantenido el ritmo de resolución. No obstante, a pesar del esfuerzo de las unidades tramitadoras en el año 2018, la tasa de resolución (que resulta de multiplicar por cien el número de solicitudes resueltas y dividirlo entre el número de solicitudes presentadas) descendió al 87.18% respecto al año 2017, que había alcanzado el 93.12%, un dato

⁷⁶ El portal de transparencia de la Administración General del Estado recoge que el 94.59% de las solicitudes son realizadas por personas físicas y el restante 5.41% por personas jurídicas, dentro de las personas físicas quedan englobadas solicitudes procedentes de periódicos, sindicatos o diversas plataformas.

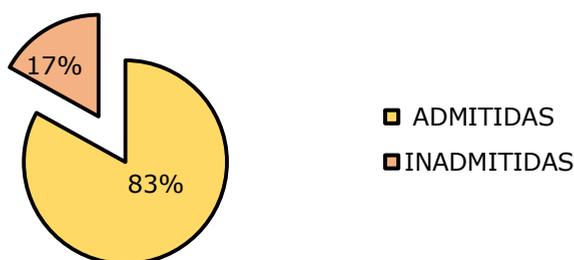


de las cuales se poseían datos tanto de solicitudes como resoluciones.

Nota explicativa: en lo que respecta a los datos de las Islas Canarias, el Gobierno Canario incluyó la siguiente nota en sus datos estadísticos *“Nota: Los datos presentados pueden ser objeto de variación debido a las mejoras que se están realizando en la extracción de la información, lo que se publicará en esta sección”*.

A nivel global la tasa de resolución se encuentra en el 89.52%. La tasa de resolución de las solicitudes es alta en la mayoría de las Comunidades, destacando supuestos como el de Castilla-La Mancha con un 100% o el País Vasco con 99.96%, si bien cabe añadir que en estas Comunidades el número de solicitudes de acceso a la información es bajo, 425 y 233 respectivamente. Al contrario que sucede en Melilla, donde no se supera el 75% de solicitudes resueltas y ello teniendo en cuenta que únicamente se han presentado 91 solicitudes. Extremadura es otro de los casos donde no se supera el 75% de tasa de resolución, si bien, aunque el número de solicitudes de acceso en este caso no es alto, tampoco puede considerarse extremadamente bajo como en el caso anterior, situándose en 441.

Gráfico 3. Sentido de las resoluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas (2015-2018)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC.AA.

Nota explicativa: El cómputo de solicitudes resueltas se compone de las solicitudes que han sido admitidas a trámite independientemente de su sentido (estimatorio, desestimatorio u otros). En el caso de las solicitudes inadmitidas se encuentran recogidos aquellos supuestos donde la información no se encontraba en poder del órgano competente, se vulneraba alguno de los límites establecidos en la ley o bien la información iba a ser publicada próximamente.

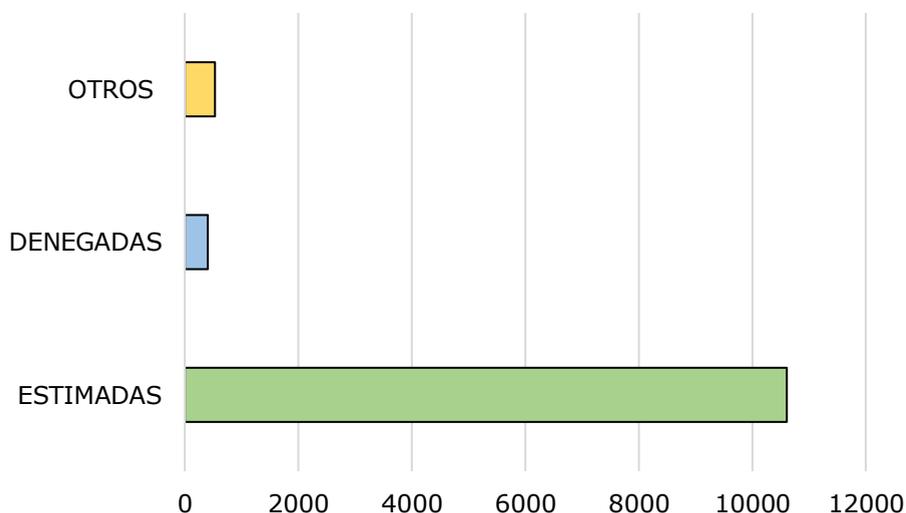
En lo que respecta al porcentaje de solicitudes admitidas, asciende al 83%, siendo de un 17% el de inadmitidas, por lo que 2.318 personas no obtuvieron acceso a la información solicitada. Entre las causas de inadmisión de las solicitudes se encuentran las establecidas en el artículo 18.1 LTAIPBG, que como puede observarse son muy genéricas y amplias:

- ✓ Información en curso de elaboración.

- ✓ Información con carácter auxiliar.
- ✓ Necesaria previa reelaboración de la información.
- ✓ El órgano ante el que se presenta la solicitud no posee la información y desconoce el competente.
- ✓ Solicitudes repetitivas.

Además de los supuestos enumerados anteriormente, serán causas de inadmisión las establecidas en la Disposición Adicional 1º de la LTAIPBG, concretamente para aquellos supuestos en los que la información sea parte de un procedimiento administrativo que se encuentre en curso y cuando existe legislación específica de acceso a la información objeto de la solicitud.

Gráfico 4. Desglose de las resoluciones atendiendo a su sentido (2015-2018)





Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC. AA.

Nota explicativa: se entiende por solicitudes estimadas aquellas que han sido resueltas concediendo el acceso a la información, ya sea de manera parcial o total; y las desestimadas aquellas donde se ha denegado el acceso a la información de forma total. En la categoría "otros" deben entenderse englobadas las solicitudes desistidas por causas ajenas al órgano.

Atendiendo al sentido de las resoluciones admitidas, destaca el número de solicitudes estimadas, que ascienden a un total de 10.608 sobre las 11.353 solicitudes admitidas, es decir, un 93.44%. En lo que respecta a las causas de denegación habrá que atender a los límites sustanciales del derecho de acceso⁷⁸ y la protección de los datos personales⁷⁹ como causas⁸⁰; no obstante, se invocan más los límites formales del derecho de acceso.

Cabe añadir que, dentro de las resoluciones con carácter desestimatorio, se entienden englobadas aquellas que no han sido resueltas en plazo⁸¹, si bien alguna de las

⁷⁸ Artículo 14 LTAIPBG.

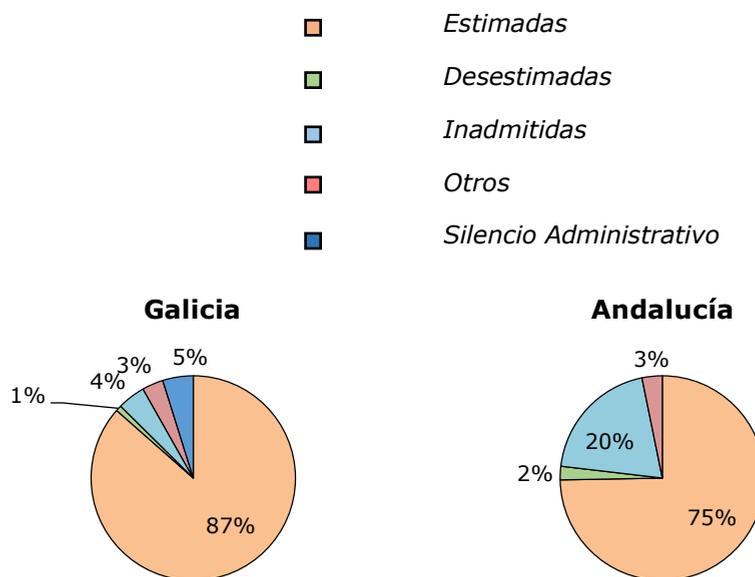
⁷⁹ Artículo 15 LTAIPBG.

⁸⁰ Los límites establecidos en los artículos 14 y 15 de la LTAIPBG serán aplicados siempre atendiendo al objeto de la solicitud de la información, aplicando una ponderación entre el límite y el interés de la información solicitada. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha aprobado el Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015, para la valoración de la concesión de la información.

⁸¹ Artículo 20.4 LTAIPBG.

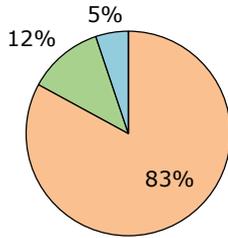
Comunidades analizadas ha computado el número de solicitudes resueltas con sentido de silencio administrativo separadas de aquellas desestimadas.

Gráfico 5. Sentido de las resoluciones por Comunidad Autónoma (2015-2018)

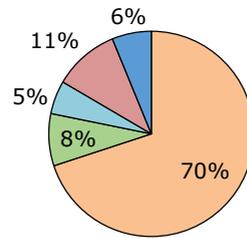




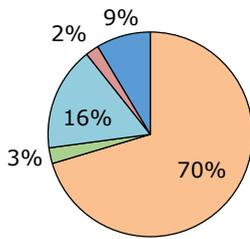
Canarias



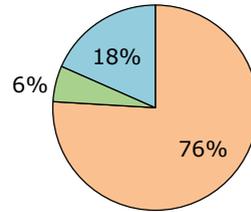
Murcia



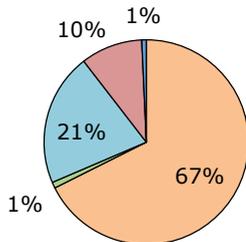
Aragón



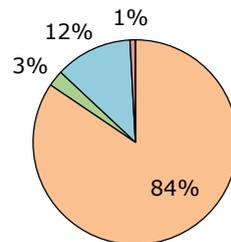
Castilla y León



Islas Baleares

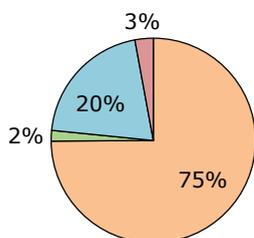


Navarra

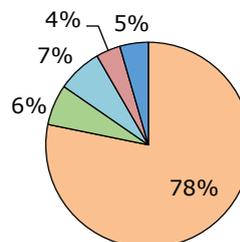




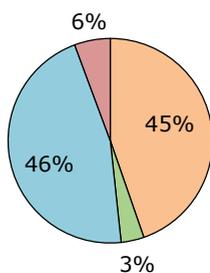
Madrid



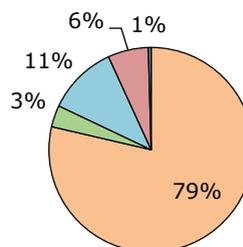
La Rioja



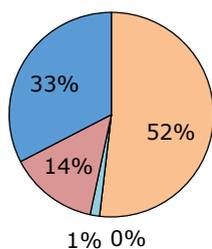
Extremadura



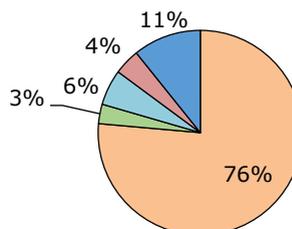
País Vasco



Melilla



Asturias



Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos en los Portales de Transparencia de las CC. AA.



Nota metodológica: únicamente se han incluido para este análisis aquellas Comunidades para las cuales se poseía un desglose del sentido de sus resoluciones.

Nota explicativa: En estos gráficos circulares se encuentran representadas las solicitudes resueltas atiendo a su sentido; únicamente siete Comunidades y una Ciudad Autónoma de las analizadas (Asturias, La Rioja, Murcia, Galicia, Aragón, País Vasco, Islas Baleares y Melilla) han especificado en sus datos el silencio administrativo como sentido de resolución.

Tomando en consideración los datos expuestos, el porcentaje de solicitudes estimadas por los órganos supera el 50% de las solicitudes en todos los casos, a excepción del caso de Extremadura, donde el porcentaje de solicitudes inadmitidas supera al de estimadas; llama también la atención en este caso el alto porcentaje de solicitudes con sentido "otros", donde se encuentran incluidas aquellas que han sido desistidas por los interesados, archivadas o suspendidas.

En cuanto a las solicitudes por silencio administrativo, son siete Comunidades y una Ciudad Autónoma las que han hecho constar este dato de forma separada al de desestimadas⁸²: Asturias, La Rioja, Galicia, Murcia, Aragón, País Vasco, Islas Baleares y Melilla. Los porcentajes sobre el mismo son llamativos, ya que en cuatro de los supuestos mencionados el dato por silencio

⁸² Se entiende que el resto de las Comunidades han incluido las resoluciones por silencio administrativo dentro de las solicitudes desestimadas, ya que como indica el artículo 20.4 LTAIPBG las solicitudes que habiendo finalizado el plazo máximo para su resolución siguiesen pendientes se entenderán desestimadas.



administrativo es mayor que por desestimación a través de resolución expresa; solo en dos de los casos el número de solicitudes por silencio administrativo es menor. En el supuesto de las Islas Baleares los datos son prácticamente similares, puesto que se han resuelto tres solicitudes con carácter de silencio administrativo y cuatro por resolución expresa. La existencia de un porcentaje de solicitudes resueltas por silencio administrativo implica que no se están resolviendo en plazo todas las solicitudes presentadas de manera expresa. En muchos casos esto se debe a la falta de preparación de las Unidades de Información y los escasos medios de los que disponen, lo que conlleva la imposibilidad de cumplir con los plazos establecidos en la Ley, sumado a la tendencia a usar el silencio administrativo como técnica para dilatar el proceso de acceso a la información pública.

D. Evolución de las solicitudes de acceso a la información pública frente a la Administración General del Estado

Procede analizar también las solicitudes de acceso a la información pública presentadas ante órganos de la Administración General del Estado (en adelante, AGE). Como puede observarse, el total de solicitudes sigue un crecimiento progresivo desde el año 2014, si bien el mayor crecimiento se experimentó en el año 2015.

Tabla 4. Total de solicitudes de acceso a la información pública frente al Portal de Transparencia de la AGE (2014-2019)

Año	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
-----	------	------	------	------	------	------	-------



N.º Solicitudes	608	3.151	3.340	4.230	5.955	7.442	24.726
-----------------	-----	-------	-------	-------	-------	-------	--------

Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado.

En lo que respecta al cómputo total de solicitudes de acceso presentadas ante la AGE, es mayor que las presentadas ante Comunidades Autónomas. No obstante; la tendencia de crecimiento se observa igual tanto a nivel autonómico y estatal.

Tabla 5. Total de solicitudes resueltas por la AGE (2014-2019)

<i>N.º de resoluciones</i>	23.905
<i>Solicitudes pendientes de tramitación</i>	497
<i>Expedientes en silencio administrativo</i>	324
Total solicitudes derecho de acceso	24.726



Fuente: Portal de Transparencia de la Administración General del Estado.

Nota metodológica: datos acumulados hasta el 31 de diciembre de 2019.

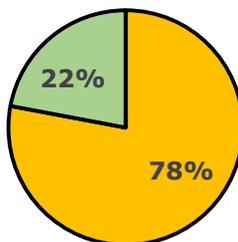
La tasa de resolución se encuentra en torno al 96.68%⁸³, un dato relativamente positivo, 324 expedientes se encuentran en silencio administrativo⁸⁴, un 1.31% de las solicitudes presentadas; aunque este dato es bajo sigue siendo relevante ya que, como se ha comentado con anterioridad, implica que no se resuelven de manera expresa todas las solicitudes de acceso.

Gráfico 6. Sentido de las resoluciones resueltas por la AGE (2014-2019)

⁸³ Resulta de multiplicar por cien el número de solicitudes resueltas y dividirlo entre el número de solicitudes presentadas.

⁸⁴ Cabe matizar que según los datos publicados en la Administración General del Estado el 96.68% de los expedientes han sido resueltos; no obstante, en este dato no se han incluido los expedientes resueltos por silencio administrativo, es decir, incluyen dentro del cómputo de expedientes resueltos aquellos que han sido resueltos en plazo.

■ ADMITIDAS ■ INADMITIDAS



Fuente: Portal de Transparencia de la Administración General del Estado.

Nota metodológica: datos acumulados hasta el 31 de diciembre de 2019.

El porcentaje de solicitudes admitidas se encuentra en el 78%, un dato algo inferior si se compara al autonómico, 85%. Consecuencia de ello es que el número de solicitudes inadmitidas a nivel estatal sea mayor que a nivel autonómico, situándose en el 22%. Entre las principales causas de inadmisión se encuentran las mencionadas anteriormente y también las causas formales del artículo 18.1 LTAIPBG, anteriormente mencionadas.

2. Evolución de las reclamaciones presentadas contra resoluciones de los órganos de transparencia

A. Premisas generales



Como se ha mencionado con anterioridad, la Ley 19/2013 atribuye al CTBG la competencia para la resolución de las reclamaciones interpuestas en materia de acceso a la información pública; no obstante, se prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen sus propios órganos con competencia para la resolución de estas reclamaciones o bien firmen un Convenio con el CTBG en el cual se le confiera la competencia para conocer de las reclamaciones interpuestas contra esa Comunidad, ha sido el caso de: Castilla-La Mancha, Madrid, Cantabria, Ceuta, Melilla, La Rioja, Asturias y Extremadura.

Para la aproximación al análisis de los datos, se seguirá el siguiente esquema de tramitación de una reclamación en materia de acceso a la información pública.

Esquema 2. Tramitación reclamación en materia de acceso a la información pública



Fuente: elaboración propia.

A continuación, se va a analizar el grado de litigiosidad en materia de acceso a la información pública y su evolución desde la entrada en vigor de la LTAIPBG.

B. Metodología

Para estudio de la evolución de las reclamaciones ante el CTBG y los órganos autonómicos se deben tener en cuenta las siguientes premisas:

- ✓ Los datos analizados han sido obtenidos de los portales de cada órgano o de sus memorias anuales; en aquellos casos donde la información no se encontraba publicada se procedió a solicitarla de forma específica al igual que sucedió en el análisis de las solicitudes de acceso a la información. Cabe



añadir que, en esta ocasión, se ha obtenido información de todos los órganos.

- ✓ El cómputo del número de reclamaciones presentadas y resueltas se ha acumulado a fecha 31 de diciembre 2018. Al igual que sucedía en el apartado anterior, en un primer momento se intentó cerrar el computo a fecha 31 de diciembre, no siendo posible debido a que muchos órganos no habían publicado aún sus estadísticas para ese año.
- ✓ Las reclamaciones presentadas ante el CTBG se han desglosado en dos grupos: Administración General del Estado y Administraciones Territoriales (Castilla-La Mancha, Madrid, Cantabria, Ceuta, Melilla, La Rioja, Asturias y Extremadura). Los datos han sido obtenidos de los archivos Excel publicados por el mismo, si bien cabe añadir que se ha observado cierta divergencia entre los datos de estos archivos y los publicados en las memorias anuales.

C. Evolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública

En este punto se van a comparar el número de reclamaciones presentadas, resueltas y el sentido de las resoluciones. En primer lugar, cabe atender al número de reclamaciones presentadas:

Tabla 6. Total de reclamaciones presentadas en materia de acceso a la información pública ante órganos autonómicos



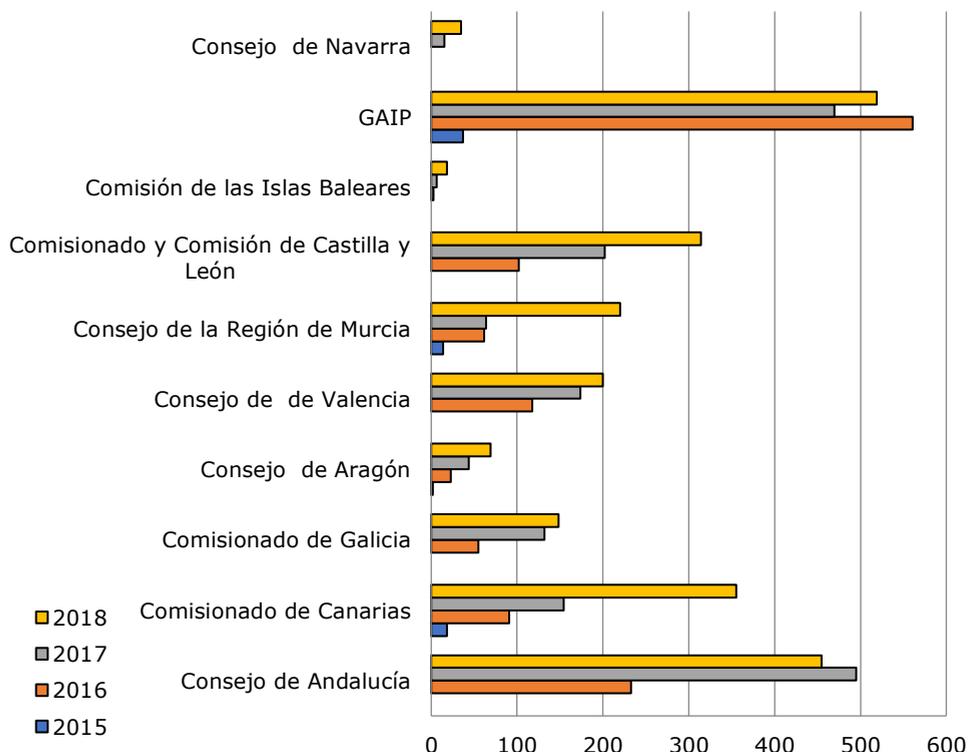
Año	2015	2016	2017	2018	Total
N.º de reclamaciones	71	1.248	1.756	2.333	5.408

Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por los órganos autonómicos de transparencia.

Nota metodológica: en el computo se encuentran recogidas las reclamaciones en materia de acceso a la información presentadas ante el Consejo de Andalucía, Comisionado de Canarias, Consejo de Navarra, Comisionado y Comisión de Castilla y León, Consejo de la Región de Murcia, Consejo de Valencia, Consejo de Aragón, Comisionado de Galicia, Comisión de las Islas Baleares, GAIP.

Desde el 2015 los órganos competentes en materia de acceso a la información pública han recibido un total de 5.408 reclamaciones; como puede verse en la tabla, existe un crecimiento progresivo, si bien el mayor crecimiento se procede en los años 2016 y 2017. En el *Gráfico 7* se encuentran desglosadas las reclamaciones por Comunidad y por año. Como se puede observar, Andalucía y Cataluña han recibido el mayor número de reclamaciones; no obstante, cabe destacar que para el año 2018 en Andalucía se redujo el número de reclamaciones, sucediendo algo similar en Cataluña, pues en el año 2017 descendió a 470 reclamaciones en comparación con las 561 que se recibieron en 2015, cerrando el año 2018 sin haber recuperado el nivel de reclamaciones que mantenía al inicio de su actividad.

Gráfico 7. Evolución de las reclamaciones presentadas en materia de acceso a la información pública ante órganos autonómicos (2015-2018)



Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por los órganos autonómicos de transparencia.

Nota metodológica: El conjunto Andalucía, Comisionado de Canarias, Consejo de Navarra, Comisionado y Comisión de Castilla y León, Consejo de la Región de Murcia, Consejo de Valencia, Consejo de Aragón, Comisionado Comisión de las Islas Baleares, GAIP no se encontraba publicada se ha procedido pública.

Las Comunidades que más reclamaciones recibieron el primer año de funcionamiento han experimentado un descenso en la actividad en los siguientes años, al



contrario que sucede con el resto de las Comunidades, que han experimentado un crecimiento progresivo.

Tabla 7. Total de reclamaciones presentadas en materia de acceso a la información pública ante el CTBG

Año	2015	2016	2017	2018	Total
N.º de reclamaciones	517	890	1.067	1.338	3.812

Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por el CTBG.

Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG.

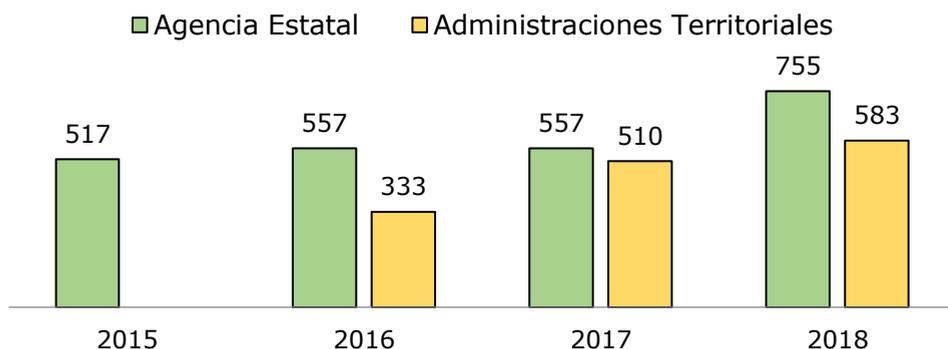
Como puede observarse el CTBG ha recibido un total de 3.812 reclamaciones, un dato inferior si se compara con las reclamaciones recibidas por los órganos autonómicos, que han recibido un total de 5.408 reclamaciones.

En este caso el mayor crecimiento se observa en el año 2016, concretamente en este año tuvo lugar un incremento de las reclamaciones del 72.15%⁸⁵. El crecimiento de las reclamaciones puede estar ligado al número de solicitudes de acceso a la información pública, si bien el propio Consejo en su última memoria ha indicado que *"el número de reclamaciones no está*

⁸⁵ Resulta de minorar al número de reclamaciones presentadas en 2016 la presentadas en 2015, dividir el resultado obtenido entre el número reclamaciones presentadas en 2015 y multiplicar el cómputo por cien.

totalmente asociado al número de solicitudes formuladas⁸⁶.

Gráfico 8. Evolución de las reclamaciones presentadas ante el CTBG (2015-2018)



Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por el CTBG.

Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG.

Nota explicativa: en el computo se encuentran recogidas las reclamaciones en materia de acceso información presentadas ante el CTBG, desglosado entre las dirigidas a la Agencia Estatal y a las Administraciones Territoriales.

Si se compara la evolución de las reclamaciones en de las Administraciones Territoriales y de la Agencia Estatal,

⁸⁶ CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2019): *Memoria de actividades del año 2018*. (pp. 152). Madrid. Disponible en: <http://bit.ly/37kmHGI> (Última fecha de consulta: 22/01/2020)



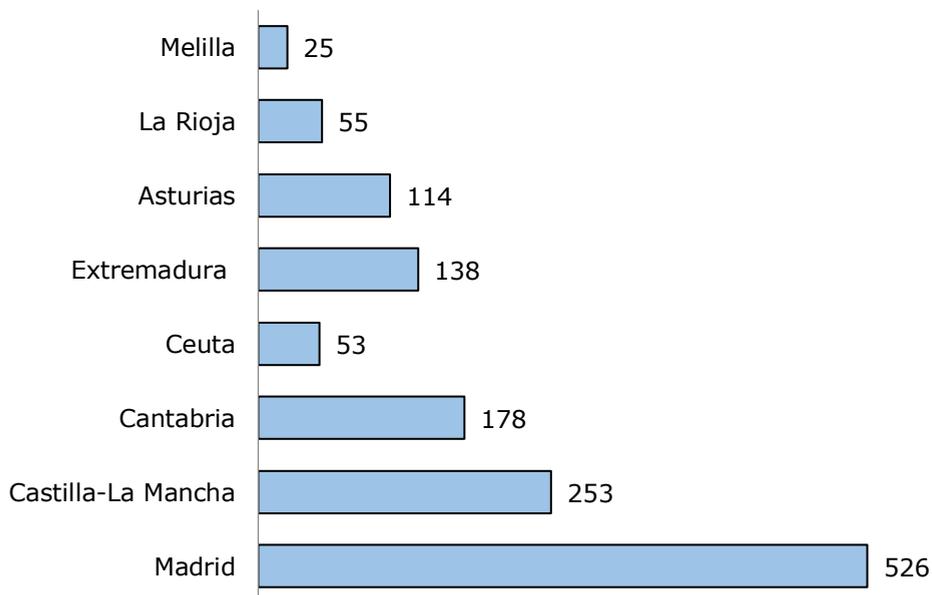
siempre es mayor el número de estas últimas; concretamente en el año 2017 se registró un crecimiento del 35.54%⁸⁷. Este dato puede estar condicionado a que no fue hasta mediados del año 2016 cuando la Comunidad de Madrid firmó convenio con el CTBG, lo que según palabras del Consejo implica un total de “6 millones menos de potenciales reclamantes”⁸⁸.

Desde la puesta en funcionamiento del CTBG, el 62.59% de las reclamaciones recibidas corresponden al ámbito estatal, es decir, más del 50% de la actividad en esta materia corresponde a sujetos estatales.

Gráfico 9. Evolución de las reclamaciones presentadas ante Administraciones Territoriales con convenio con el CTBG (2015-2018)

⁸⁷Resulta de minorar al número de reclamaciones presentadas en 2017 la presentadas en 2016, dividir el resultado obtenido entre el número reclamaciones presentadas en 2016 y multiplicar el cómputo por cien.

⁸⁸CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2019). *Memoria de actividades del año 2018* (pp.160). Madrid. Disponible en: <http://bit.ly/37kmHGI> (Última fecha de consulta: 22/01/2020).



Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por el CTBG.

Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG.

Madrid se sitúa a la cabeza en número de reclamaciones dentro de las Comunidades que tienen cedida la competencia al Consejo, seguida de Castilla-La Mancha y Cantabria. Este dato podría estar hilado al número de habitantes de cada Comunidad, ya que Madrid supera los seis millones de habitantes⁸⁹; sin embargo, han de tenerse en cuenta los datos que se exponen a continuación.

⁸⁹Tabla 2. Comparativa entre el número de solicitudes y la población por Comunidad Autónoma.



Tabla 8. Comparativa entre el número de reclamaciones presentadas y la población por Comunidad Autónoma

CC.AA.	N.º Solicitudes	Población
Castilla-La Mancha	253	2.026.807
Madrid	526	6.578.079
La Rioja	55	315.675
Asturias	114	1.028.244
Extremadura	138	1.072.863
Melilla	25	86.384
Ceuta	53	85.144
Cantabria	178	580.229

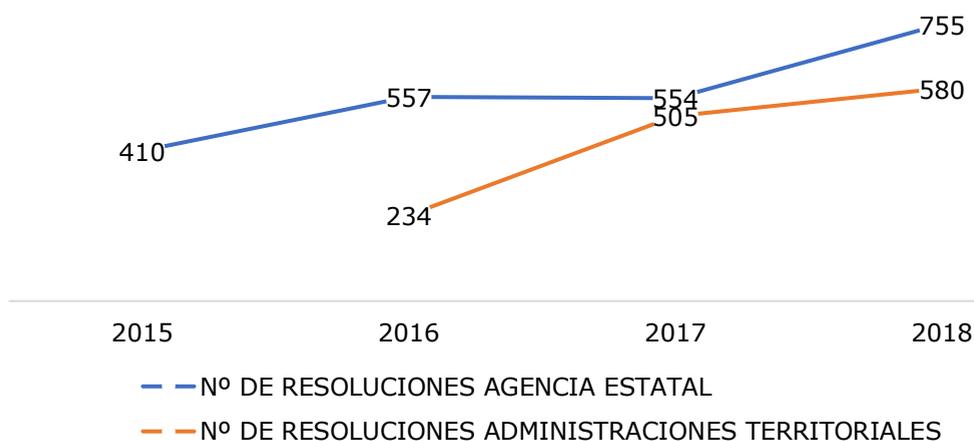
Fuente: elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por el CTBG y el Instituto Nacional de Estadística.

Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG.

Como puede observarse, Ceuta y Melilla tienen casi el mismo número de habitantes y sin embargo existe el doble de reclamaciones entre ambas. Es llamativo también el caso de Cantabria, que con casi la mitad de población que Asturias y Extremadura las supera en número de reclamaciones.

En lo que respecta a la resolución de reclamaciones el CTBG ha resuelto un total de 3.595 reclamaciones desde el año 2016⁹⁰.

Gráfico 10. Resoluciones sobre reclamaciones ante el CTBG (2015-2018)



Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por el CTBG.

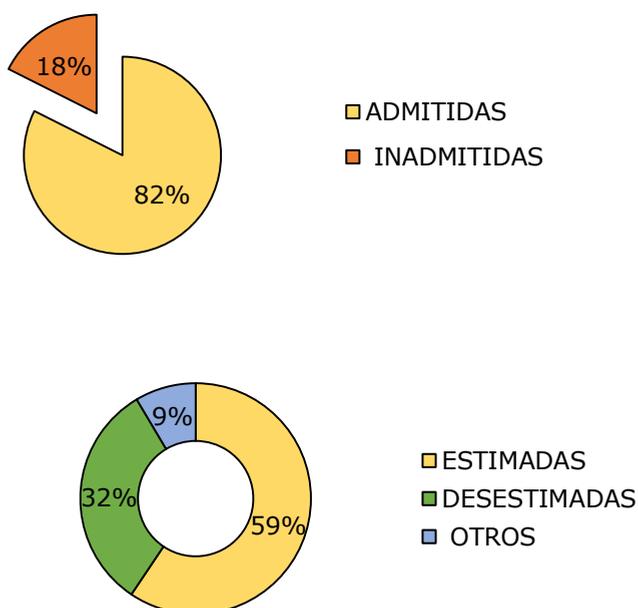
Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG.

Cabe aclarar que son dos organismos distintos los que tienen encomendada la función de tramitar las reclamaciones, por un lado, la Subdirección General de Reclamaciones y por otro la Oficina de Reclamaciones de Administraciones Territoriales. En ninguno de los años el

⁹⁰ Durante el año 2015 se recibieron reclamaciones, pero ninguna fue tramitada hasta 2016.

Consejo de Transparencia ha conseguido obtener una tasa de resolución del 100%. No obstante, cabe añadir que, según los datos obtenidos a fecha 31 de diciembre de 2019, la tasa de resolución se encuentra en el 94.31%⁹¹. Aunque el CTBG dispone de estos dos órganos son numerosas las ocasiones en que ha manifestado la falta medios y recursos para llevar a cabo sus funciones

Gráfico 11. Sentido de las reclamaciones resueltas por el CTBG (2015-2018)



⁹¹ Resulta de multiplicar por cien el número de reclamaciones resueltas (tanto de ámbito estatal como territorial) y dividirlo entre el número de reclamaciones presentadas.



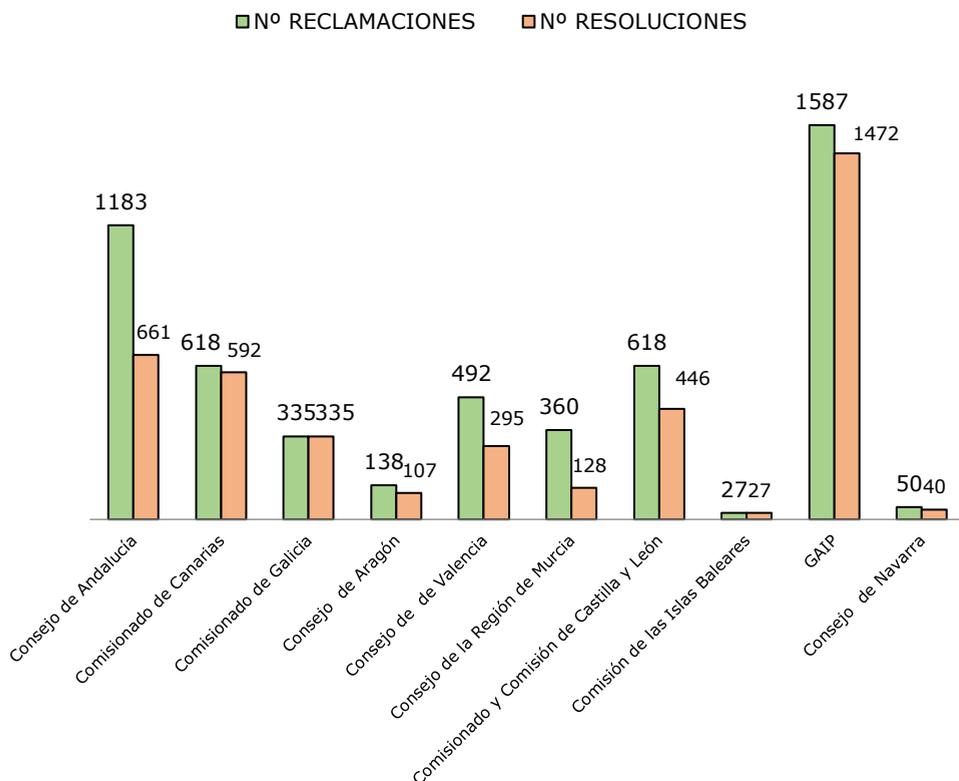
Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por el CTBG.

Nota metodológica: El conjunto de los datos ha sido obtenido del archivo Excel publicado por el CTBG

Nota explicativa: se encuentra incluido en el cómputo tanto las solicitudes de ámbito estatal como territorial.

En estos gráficos se recoge el sentido de las resoluciones del Consejo, distinguiendo en primer lugar entre las reclamaciones admitidas e inadmitidas, donde se aprecia existe una tendencia clara a la admisión de las reclamaciones siendo únicamente inadmitidas el 18%. Y en un segundo lugar, se diferencia entre tres supuestos: estimación (tanto parcial o total), desestimación y otros. Como se puede apreciar, casi el 60% de las reclamaciones son estimadas, concediendo al interesado el acceso total o parcial a la información. Por un lado, es positivo este dato ya que deja entrever una progresión adecuada de la actuación de los órganos de transparencia; y por otro se podría deducir que realmente existe una conexión entre el número de solicitudes de acceso a la información pública y las reclamaciones en esta materia, muchas de las solicitudes de información fueron resueltas de forma incorrecta ya que posteriormente se concedió el acceso total o parcial a la información.

Gráfico 12. Resoluciones sobre reclamaciones ante los órganos de transparencia autonómicos (2015-2018)

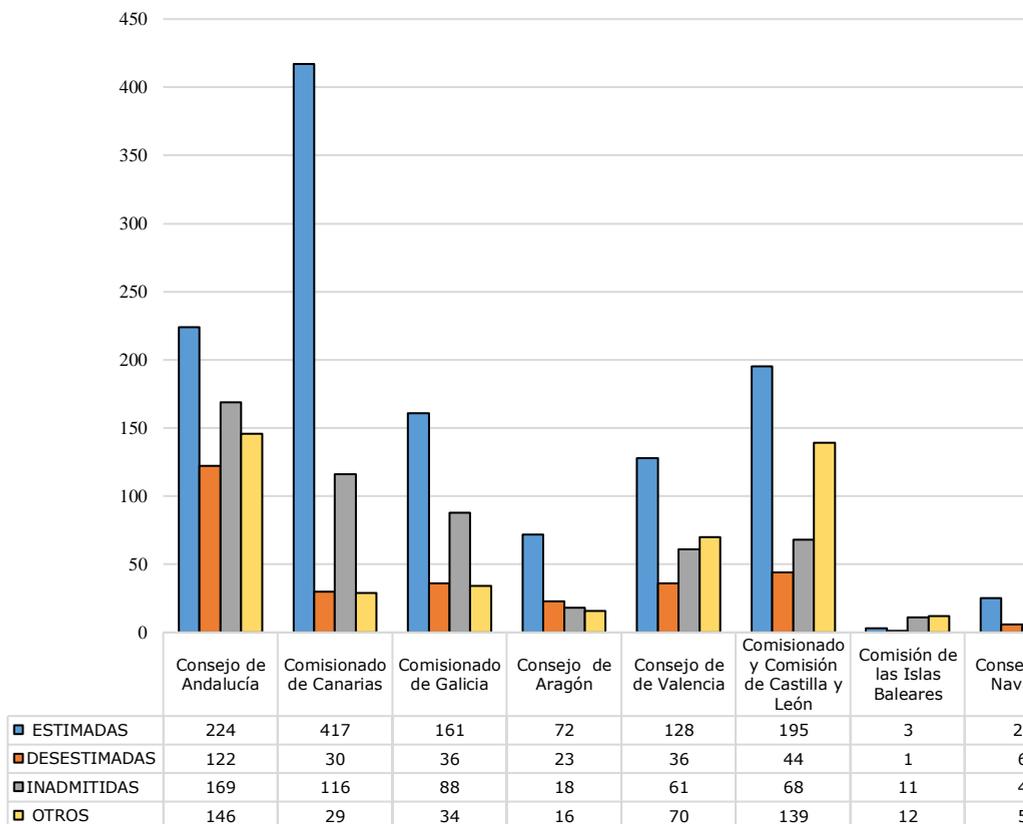


Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos el Consejo de Andalucía, Comisionado de Canarias, Consejo de Navarra, Comisionado y Comisión de Castilla y León, Consejo de la Región de Murcia, Consejo de Valencia, Consejo de Aragón, Comisionado de Galicia, Comisión de las Islas Baleares, GAIP, en aquellos casos en los cuales no se encontraba publicada se ha procedido a solicitarla ejercitando el derecho de acceso a la información pública.



En el siguiente gráfico se pueden observar las reclamaciones resueltas por los órganos de transparencia autonómicos, llaman la atención datos como los de Andalucía, Valencia o Murcia con una tasa de resolución bastante baja, 63.4%, 60 % y 35.55% respectivamente, lo que indica que existe una sobrecarga de los órganos. Si bien es cierto que el objetivo de la Ley es un proceso ágil y rápido que garantice la transparencia en las Administraciones Públicas, la baja tasa de resolución en alguno de los casos rompe con este objetivo.

Gráfico 13. Sentido de las reclamaciones resueltas por órganos de transparencia autonómicos (2015-2018)



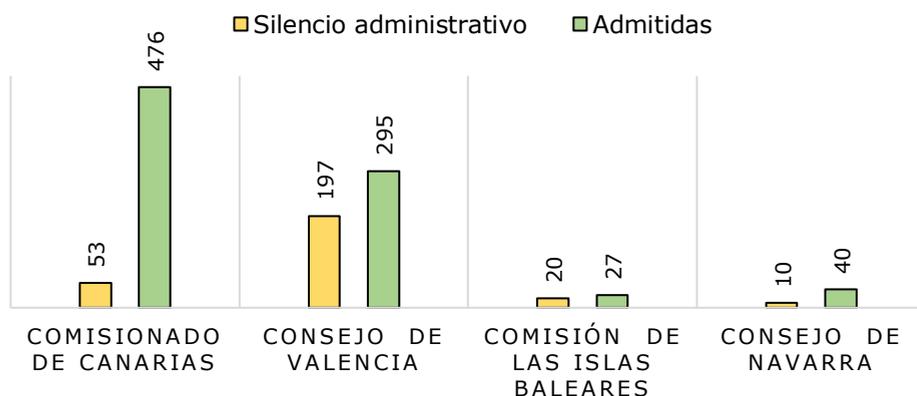
Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por los órganos de transparencia autonómicos.

Nota explicativa: los órganos de transparencia de las Comunidades de Andalucía, Galicia y Castilla y León no han especificado el número de resoluciones desestimadas por silencio administrativo por lo cual se entiende que para estas Comunidades dentro del cómputo "desestimadas" existirán expedientes en silencio administrativo, pero se desconoce el número. El resto de las Comunidades si han especificado en otro cómputo el número de expedientes desestimados por

silencio administrativo, no siendo incluidos en el ítem “desestimadas”.

En el caso de las reclamaciones frente a órganos de transparencia autonómicos se mantiene la misma tendencia observada en relación con el CTBG. El número de reclamaciones estimadas es mayor que las inadmitidas, salvo en el caso de las Islas Baleares donde se han inadmitido un total de 11 reclamaciones desde el año 2015, y se han admitido únicamente tres, cabe plantearse el porqué de este dato. Llama la atención también el número de reclamaciones inadmitidas en Castilla y León y Andalucía, un dato muy relevante que puede ser debido a la interpretación del órgano sobre la norma, o a alguno de los límites sustanciales de inadmisión previstos en el artículo 18.1 de la LTAIPBG.

Gráfico 14. El silencio administrativo como causa de resolución de las reclamaciones presentadas ante los órganos de transparencia autonómicos (2015-2018)





Fuente: elaboración propia a través de los datos ofrecidos por los órganos de transparencia autonómicos.

Nota explicativa: únicamente estos órganos han indicado el número de expedientes en silencio administrativo.

Tomando en consideración estos datos, resulta interesante comparar el número de expedientes admitidos y los resueltos por silencio administrativo. Como ya se mencionó con anterioridad, estos últimos se entienden desestimados según la Ley. Como puede observarse existe un cierto predominio de los expedientes en silencio administrativo, con la excepción del Comisionado de las Islas Canarias. Cabe atender al caso de la Comisión de las Islas Baleares que ha resuelto por silencio administrativo un total de 20 expedientes, siendo admitidos un total de 27 y únicamente tres estimados.

Todo esto vuelve a poner de manifiesto que los organismos de control no están consiguiendo cumplir el objetivo de la Ley, que es un procedimiento de acceso a la información pública ágil y eficaz. Es conocida la falta de medios tanto humanos como materiales y de mecanismos que permitan un correcto funcionamiento de los órganos, si bien es cierto que el uso del silencio administrativo como técnica para ganar tiempo está aumentando⁹², en gran medida debido a un aumento del volumen de la actividad con los mismos recursos.

⁹² CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. (2019). Informe sobre la Justicia Administrativa. *Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de transparencia*, 302.



V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Una vez analizados todos los componentes normativos y estadísticos del estudio, se ha podido constatar un crecimiento progresivo del número de solicitudes de acceso a la información pública y del número de reclamaciones presentadas ante los órganos de transparencia autonómicos y el CTBG.

En lo que respecta a las solicitudes de acceso a la información pública han aumentado a medida que se consolidaban las unidades de transparencia; las Administraciones Públicas se han ido adaptando paulatinamente a la cultura de la transparencia y los ciudadanos han empezado a ejercer el derecho de acceso, aunque no tanto como se esperaba. Las Comunidades Autónomas han configurado su propia normativa en este ámbito, lo que ha supuesto un apoyo para el fomento de la transparencia. Por su parte, el número de reclamaciones presentadas también ha crecido de manera progresiva, sobre todo en aquellas Comunidades que han configurado un órgano propio.

Las unidades y órganos en materia de transparencia han centrado su atención en la tramitación de solicitudes y de reclamaciones, y no en fomentar la transparencia, que en muchos casos es una de las funciones atribuidas a estos órganos; puede entenderse que la tramitación de reclamaciones supone una forma de fomentar la transparencia, aunque es cierto que ofrecer al ciudadano

Recuperado de <http://bit.ly/2Gdu1Ik> (Última fecha consulta: 22/01/2020).



más información sobre este derecho podría lograr que fuera ejercido con mayor asiduidad. En la mayoría de los casos esta labor de promoción no se ha llevado a cabo, seguramente por la falta de medios tanto materiales como humanos y de tiempo, una de las carencias detectadas en este entorno.

Aunque se pueden observar diversas deficiencias en el funcionamiento de las autoridades de transparencia, son múltiples los esfuerzos que se han hecho y se están haciendo para crear una cultura de la transparencia y entender que no es una moda pasajera, sino una realidad que cada vez tiene más fuerza e implicación en la vida de la Administración Pública y de los ciudadanos. Es necesario que este esfuerzo continúe por parte de las autoridades de transparencia, ya que no sólo deben garantizar el derecho de acceso a la información pública a través de la resolución de las reclamaciones presentadas, sino que también deben fomentar la transparencia en el ámbito de la Administración⁹³.

Sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, cabe plantear diferentes propuestas que en algunos casos implicarían una reforma normativa:

- ✓ Resulta indispensable garantizar el cumplimiento de los plazos establecidos por la LTAIPBG. Son muchos los órganos de transparencia que no están logrando resolver en plazo los expedientes. Es necesario valorar un incremento en la dotación de los medios humanos y materiales.

⁹³ En el año 2017 el CTBG realizó un total de 46 acciones formativas y 12 actividades relacionadas con la difusión.



- ✓ Se debe evitar el silencio administrativo como mecanismos de resolución para las reclamaciones. Las autoridades de transparencia están tendiendo hacia una utilización del silencio administrativo como mecanismo de resolución no expreso en el procedimiento, un dato bastante llamativo. Sobrevuela incluso la posibilidad de que existan casos donde la reclamación haya sido interpuesta por silencio administrativo y se obtenga un doble silencio administrativo.
- ✓ Se ha de optar por personal especializado y experto que desempeñe el puesto con dedicación exclusiva, con el objetivo de optimizar el funcionamiento de las autoridades de transparencia.
- ✓ Referente también al personal al servicio de los órganos es conveniente valorar la independencia para la elección de la composición del órgano, con el objetivo de garantizar mayor protección a esta materia.
- ✓ En lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones de transparencia, las autoridades de transparencia deben poder llevar a cabo acciones para garantizar el cumplimiento de sus resoluciones.

Es necesario configurar unos estándares comunes a todas las autoridades de transparencia que evalúen el nivel de aplicación y cumplimiento en materia de transparencia.



VI. BIBLIOGRAFÍA

BAENA GARCÍA, L., FORCADELL I ESTELLER, X. y VILLORIA MENDIETA, M. (2016). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Madrid: Tecnos.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. (2019). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*. Madrid.

COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS. (2015). *Informe del Comisionado de transparencia y acceso a la información pública sobre el grado de aplicación y cumplimiento de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública*. Santa Cruz de Tenerife.

COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS. (2016). *Evaluación del cumplimiento de la Ley 12/2014, de transparencia de Canarias*. Santa Cruz de Tenerife.

COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS. (2017). *Evaluación del cumplimiento de la Ley 12/2014, de transparencia de Canarias*. Santa Cruz de Tenerife.

COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS. (2018). *Evaluación del cumplimiento de la Ley 12/2014, de transparencia de Canarias*. Santa Cruz de Tenerife.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO y LA AGENCIA DE EVALUACIÓN Y CALIDAD. (2016). *Metodología de la evaluación y seguimiento de la*

transparencia de la actividad pública. Ministerio de Hacienda y Función Pública, Madrid.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2016). *Memoria de actividades del año 2015*. Madrid.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2017). *Memoria de actividades del año 2016*. Madrid.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2018). *Memoria de actividades del año 2017*. Madrid.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2019). *Memoria de actividades del año 2018*. Madrid.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. (2019). *Resolución RT 0296/2018*. Madrid.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, JM. (2014). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

GUICHOT, E. (2014). *Transparencia y buen gobierno: estudio y ley*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. (2016). *Estudio comparado sobre la normativa internacional en materia de acceso a la información pública*. Edición 1. Madrid: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

MARTIN DELGADO, I. (2019). *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. (Primera edición). Madrid: Iustel.

MARTÍN DELGADO, I., GUICHOT REINA, E. y CERDILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): *Configuración legal, actuación y*



funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora. Serie: Claves del Gobierno Local, 27. Madrid: MIC.

RAMS RAMOS, L. (2016). El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. y TEJEDOR FUENTES, L. (2016). *El derecho de acceso a la información pública en España y los países bajos. dos escenarios mejorables.* Estudios de Deusto, Vol. 64, Núm. 2, pp. 305-343.

SANDOVAL, I. y ACKERMAN, J. (2015). *Leyes de acceso a la información en el mundo.* Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos. México: D.F.

VII. ANEXO DE LEGISLACIÓN

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre de 2000.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de la Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública. Boletín Oficial de las Islas Baleares, 12 de enero, núm. 6.

Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública. Boletín Oficial Generalitat de Cataluña, 20 de julio, núm. 7416.



Decreto 233/2016, de 22 de marzo, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno Abierto. Boletín Oficial Generalitat de Cataluña, 24 de marzo, núm. 7086.

Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón. Boletín Oficial de Aragón, 1 de abril, núm. 62.

Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, 2 de octubre, núm. 193.

Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Boletín Oficial del Estado, 16 de julio, núm. 172.

Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. Boletín Oficial de Galicia, 15 de febrero, núm. 81.

Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Boletín Oficial del Estado, 9 de enero, núm. 8.

Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública. Boletín Oficial del Estado, 6 de febrero, núm. 32, pp. 9911 a 9952.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2013, núm. 295.



Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana. Boletín Oficial del Estado, 27 de abril, núm. 100.

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Boletín Oficial del Estado, 19 de julio, núm. 171.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, 14 de julio, núm. 167.

Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León. Boletín Oficial del Estado, 27 de marzo, núm. 74.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común a las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, 2 de febrero, núm. 236.

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Boletín Oficial del Estado, 27 de noviembre, núm. 284.

Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón. Boletín Oficial de Aragón, 10 de marzo, núm. 68.

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, 9 de noviembre, núm. 272.



Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado, 8 de junio, núm. 139.

Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Boletín Oficial del Estado, 5 de noviembre, núm. 268, pp. 90451 a 90462.

Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Boletín Oficial del Estado, 5 de noviembre, núm. 268.

Reglamento del Consejo de la Unión Europea y del Parlamento Europeo número 1049/2001 sobre acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 31 de mayo de 2001, núm. 145, pp. 43 a 48.

Resolución de 5 de julio de 2016 por la que se dispone la publicación del Reglamento interno de la Comisión de la Transparencia de Galicia. Boletín Oficial de Galicia, 15 de julio, núm. 134, pp. 30823.



LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO FORMA DE EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

D^a. Zoe María Maroto Rodríguez

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Resumen: El legislador español introdujo en el Código Penal del año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras la reforma del Código Penal del año 2015 la ley contempla una forma de que las personas jurídicas puedan excluir o atenuar su responsabilidad: los programas de cumplimiento.

Abstract: The Spanish legislator introduced into the Penal Code of year 2010 the criminal liability of legal entity. After the reform of the Penal Code of year 2015, the law contemplates a way that legal entities can exonerate or attenuate their liability: compliance programs.



Palabras clave: Persona jurídica, responsabilidad penal, programas de cumplimiento normativo, exonerar, atenuar, sujetos responsables, delito.

keywords: Legal entity, criminal liability, compliance programs, exonerate, attenuate, responsible person, crime.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

I. MARCO DESCRIPTIVO

1. Supuesto de hecho
2. Problemas jurídicos
3. Marco normativo y jurisprudencial

II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. La reforma del CP del año 2010: la derogación del principio *societas delinquere non potest*
2. La reforma del CP del año 2015: la introducción de los programas de cumplimiento en el ordenamiento jurídico español

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Los programas de cumplimiento como causa de exoneración o atenuación de responsabilidad
 - 1.1. Elementos de los programas de cumplimiento



1.2. La incidencia de otras normas complementarias en los programas de cumplimiento

2. ¿Cómo han sido valorados los programas de cumplimiento por el Tribunal Supremo? ¿Qué ocurre si una empresa tiene implantado un programa de cumplimiento y aun así se comete un delito dentro de la organización?

IV. ¿QUIÉN RESPONDE PENAL E INDIVIDUALMENTE POR LOS DELITOS COMETIDOS EN UNA EMPRESA EN BENEFICIO DE ÉSTA?

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

VII. ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico español ha estado presidido por el brocardo latino *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), según el cual, únicamente, las personas físicas podían ser responsables de la comisión de un hecho delictivo.

Este principio sirvió para fundamentar la imposibilidad de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas apoyado en tres argumentos. En primer lugar, se entendía que las personas jurídicas no tenían capacidad de acción, por ejemplo, no podían matar. Pero, además, tampoco tenían ni capacidad de culpabilidad (entendida en el sentido psicológico o subjetivo) ni capacidad para sentir la pena, puesto que la pena histórica de prisión había sido pensada



exclusivamente para las personas físicas¹. Tampoco podía obviarse la problemática derivada de su proceso penal.

Pese a lo anterior, nada impedía que las personas jurídicas fueran sancionadas por vía administrativa o que se les impusieran medidas de seguridad con base a su peligrosidad objetiva².

Frente a estas teorías, el penalista y político-criminalista alemán Franz von Liszt, ferviente defensor de la idea de que las personas jurídicas sí podían cometer un hecho constitutivo de delito y, en consecuencia, responder penalmente por ello, contrarrestó esa postura con el argumento de «quien puede concluir contratos válidamente (y no cabe duda de que una persona jurídica puede hacerlo), puede contraer también contratos fraudulentos o usurarios eventualmente delictivos»³.

En la actualidad, los argumentos esgrimidos para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido superados. Al igual que la persona física, la persona jurídica puede ser sujeto de derechos y deberes y destinataria de normas jurídicas y, en consecuencia, puede responder penalmente por la inobservancia de sus deberes⁴.

En Europa, países como Holanda (desde 1976), Portugal (desde 1982), Francia (desde 1992), Bélgica (desde 1999) y Suiza (desde 2003) admiten la responsabilidad penal a la persona jurídica; mientras que Italia, Alemania o Austria mantienen un modelo de

¹ POLAINO-ORTS, M. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Acceso a la Abogacía. Tomo III. Materia Penal*, DÍAZ PITA (dir. - coord.), 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, pág. 407.

² MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Wolters Kluwer, pág. 171.

³ POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág. 407.

⁴ *Ibid*, págs. 407-408.



responsabilidad administrativa de la persona jurídica. De entre estos últimos países debe destacarse el ordenamiento jurídico alemán. Alemania, anclada en el aforismo *societas delinquere non potest*, es el país que más reticencias muestra a la hora de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que para el legislador alemán la naturaleza de las personas jurídicas impide atribuirles capacidad de acción y de culpabilidad⁵.

En España, habría que esperar hasta el año 2010 para hablar, propiamente, de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque es cierto que existían razones sociales⁶ que demandaban la necesidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷, parece que el verdadero motivo que llevó al legislador español a regular esta materia fue dar cumplimiento a la normativa europea sobre la materia⁸, tal y como se desprende del primer párrafo del apartado VII del Preámbulo de la LO 5/2010.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y, más concretamente, dar virtualidad práctica a una de las novedades más destacadas de la reforma del año 2015: los programas de cumplimiento.

⁵ GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 37.

⁶ Con datos del año 2017, se estimaba que en torno a un 80% de los delitos económicos habían sido cometidos utilizando o aprovechando las estructuras de las sociedades y empresas.

⁷ JUANES PECES, A. (2017), *Memento Experto. Compliance Penal*, 1ª ed., Madrid: Francis Lefebvre, pág. 10.

⁸ GONZÁLEZ SIERRA, P. (2014), *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 49-40.



Para ello, se analizarán tanto los requisitos exigidos por el art. 31 bis 5 del CP como la jurisprudencia del TS en esta materia, resolviendo la pregunta de qué sucede en aquellos casos en los que la persona jurídica tiene implantado un programa de cumplimiento en su organización, pero, aun así, se comete un delito dentro de la organización.

Por último, se analizará, en la medida de lo posible, la cuestión de quién debe responder individualmente por los delitos cometidos en la empresa.

I. **MARCO DESCRIPTIVO**

1. **Supuesto de hecho**

La mercantil INCOTEC, S.A. es una multinacional italiana, dedicada a realizar labores de consultoría informática y a proporcionar servicios relacionados con las tecnologías de la información y comunicación (TIC), como, por ejemplo: el mantenimiento de la red interna del Ministerio de Defensa.

A nivel europeo, de los 49 países que conforman el continente europeo, INCOTEC opera en 27 de ellos. En España, cuenta diferentes oficinas o centros de trabajo (*Delivery Center*) repartidos por las capitales de provincia. Dada la entidad de la empresa, normalmente, las peticiones que reciben sus oficinas proceden de grandes compañías o instituciones públicas.

Cada oficina se encuentra especializada en un sector, por ej.: en administración electrónica e inteligencia artificial. Además, a cada oficina se le asigna una serie de proyectos y clientes, los cuales son administrados por un Gerente (*<<Client Executive Partner>>*). El Gerente o *<<Client Executive Partner>>* es el responsable de un grupo de proyectos.

No obstante, cada proyecto está supervisado por un jefe de equipo, siendo éste el encargado de repartir las tareas a realizar entre los diferentes miembros que



componen el proyecto y ser el portavoz del equipo ante el cliente.

A su vez cada oficina o centro de trabajo tiene un responsable asignado, que puede coincidir o no con algún miembro de un equipo.

Desde el año 2015, INCOTEC España cuenta con su propio programa de cumplimiento normativo o <<compliance>> aplicable a todas las sociedades de INCOTEC en España. En este sentido, la compañía cuenta con un Comité de <<Compliance>>, siendo este comité el órgano encargado de definir los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y encargarse del respeto de todos los requisitos previstos por la Ley española.

De esta forma, la empresa tiene tanto un Código ético como un Código de Conducta, los cuales son de obligado cumplimiento para todos los empleados que formen parte de INCOTEC. Además, una vez que pasan a formar parte de la compañía, junto con el documento de confidencialidad, los empleados deben firmar un documento de compromiso de cumplimiento de esta normativa, la cual se les facilita de forma individual a cada empleado.

Por su parte, el Comité de <<Compliance>> organiza, de forma periódica, cursos relacionados con esta materia y que deben realizarse por todos los empleados de forma obligatoria. En caso de no realizar estos cursos pueden ser sancionados.

Para informar de los posibles incumplimientos de las reglas y principios de ambas normas, de forma complementaria a lo anterior, INCOTEC cuenta con un sistema de comunicación de incumplimientos (*Whistleblowing System*), de forma que cualquier empleado que conozca o sospeche del incumplimiento pueda comunicarlo a través de los canales que la



compañía tiene habilitados a tal efecto. Para dar a conocer estos canales, el Comité de «Compliance» envía mensualmente a todos los empleados un correo electrónico recordándoles la importancia de hacer uso de estos canales cuando tengan noticias de algún incumplimiento y la forma en que pueden hacerlo.

En este contexto, la Junta de Comunidades X está planeando convocar un concurso para adjudicar la tramitación de los procedimientos de los ERTES en su comunidad. Alberto Pérez, funcionario público y primo de del jefe de equipo de la oficina Z de INCOTEC (el cual a su vez ostenta el cargo de responsable de la oficina Z), es el responsable del área encargada de tramitar y otorgar la adjudicación del concurso. Los empleados de la oficina Z tienen un grupo de WhatsApp de trabajo, en el que también está incluido el gerente de la empresa. Durante una conversación por dicho grupo, el gerente comenta que la Junta de Comunidades iba a sacar en concurso un nuevo procedimiento y que INCOTEC estaba interesada en presentarse al mismo. Ante ello, el jefe de equipo explica la situación de su primo.

El gerente parece mostrarse muy interesado en esta idea, llegando incluso a proponer al jefe de equipo, delante del resto de compañeros, quedar con su primo durante el tiempo de descanso de media mañana para tomar un café con la excusa de que su primo le aclare algunas dudas que tiene sobre el procedimiento.

Dos días después, se reúnen en una cafetería el gerente, el jefe de equipo y Alberto Pérez. Aprovechando que el jefe de equipo se ausenta unos minutos para ir al baño, el gerente le promete a Alberto que, si INCOTEC consigue la adjudicación del procedimiento, hablaría con sus superiores para conseguir que obtuviera un pequeño incentivo económico por las molestias. Días más tarde, el resto de los miembros de la oficina Z se enteran de que, efectivamente, tuvo lugar esta reunión.



De esta forma, cuando Alberto entrega a su subordinada Noelia, funcionaria y encargada de redactar las bases del concurso, las instrucciones generales para el procedimiento, ésta se percata de que parece que con ellas se está tratando de favorecer a una empresa concreta, pero, debido a que no cuenta con pruebas fehacientes que justifiquen sus dudas y ante el temor de salir perjudicada en un posible ascenso, decide no denunciar esta posible irregularidad.

Finalmente, resuelta la concesión, la empresa INCOTEC queda muy por encima del resto de candidatos. Tras este acontecimiento, uno de los empleados de la oficina Z pone en conocimiento del Comité de <<Compliance>>, a través del canal de denuncias que tiene la empresa, las posibles irregularidades acontecidas durante el procedimiento de concesión.

2. Problemas jurídicos

En el caso que nos ocupa intervienen personas de distinta naturaleza. Por un lado, encontramos la actuación de diversas personas físicas y, por otro lado, aparecen en el tramado dos personas jurídicas.

La persona que solicita nuestros servicios es uno de los directivos de la empresa INCOTEC. La empresa ha tenido conocimiento de la actuación de sus empleados por medio de su Comité de <<Compliance>> y está preocupada ante la posibilidad de que se abra un proceso contra ella. Es por ello que desea conocer cuál es la regulación actual en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, dado que la empresa cuenta con un programa de cumplimiento o <<compliance>> en su organización, la siguiente pregunta que plantea el directivo gira en torno al papel que juegan estos programas en la responsabilidad de las personas jurídicas.



La segunda pregunta versa sobre la actuación de su empleado. El delito ha sido cometido por el Gerente y el jefe de equipo de la oficina Z de la empresa INCOTEC. El Comité de «*Compliance*» desconocía las conductas llevadas a cabo por estos empleados hasta que, tras ser resuelto el procedimiento de concesión, no son informados mediante la interposición de una denuncia por parte de uno de los empleados que trabajaba en la oficina Z. Por tanto, la pregunta que plantea es ¿quién debe responder penal e individualmente por ese delito?

Para resolver estas cuestiones, se ofrecerá una visión al cliente sobre la regulación actual en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, centrada, especialmente, en la función que ejercen los programas de cumplimiento normativo sobre esta responsabilidad. Asimismo, dado que la empresa contaba con un órgano de cumplimiento, se analizará hasta qué punto este órgano debe responder por los delitos cometidos dentro de la empresa y en beneficio de ésta.

3. Marco normativo y jurisprudencial

El cuerpo normativo de aplicación a este caso gira primordialmente en torno al art. 31 bis del CP. Como se ha señalado, la reforma del CP del año 2010, operada por la LO 5/2010, introdujo este precepto en el CP. Posteriormente, esta reforma se vería matizada por la LO 1/2015, entre cuyas novedades, se encuentra la introducción de los modelos de cumplimiento normativo en el CP español como forma de eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.

En el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede dejarse de lado la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010



y la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015. Especialmente relevante para este caso es la Circular 1/2016, ya que esta Circular realizó un tratamiento más completo de los programas de cumplimiento.

Además, no puede obviarse que, para que los programas de cumplimiento desplieguen plenamente sus efectos, deben valorarse también otras normas complementarias como los códigos de conducta o las normas ISO, entre las que puede destacarse la ISO 19600 de sistemas de gestión de compliance y la UNE 19601 de sistemas de gestión de compliance penal⁹.

Debido a la trascendencia que ha tenido la jurisprudencia en esta materia, al ser un ámbito particularmente novedoso, no puede prescindirse en este análisis de la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad penal de la persona jurídica. Si bien las Audiencias Provinciales también se han pronunciado sobre esta cuestión, debido a la extensión de este trabajo, únicamente se hará referencia a la jurisprudencia del TS. Así, por su relevancia para el supuesto de hecho, destacan: la STS 154/2016, de 29 de febrero; STS 221/2016, de 16 de marzo; la STS 583/2017, de 19 de julio; STS 136/2018, de 28 de junio y la STS 365/2018, de 18 de julio.

II. **BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA**

Durante muchos años el principio *societas delinquere non potest* ha presidido el ordenamiento jurídico español. Pero la aprobación en el año 1995 del

⁹ En España, la adaptación e implementación de las normas ISO se lleva a cabo a través de las normas UNE.



nuevo CP español reabrió con fuerza el debate en torno a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

El motivo fue el contenido del art. 129 del CP, introducido en el Título VI de este cuerpo legal con la rúbrica <<de las consecuencias accesorias>>. Entre estas consecuencias accesorias, el art. 129.1 del CP contemplaba la posibilidad de imponer a la persona jurídica la clausura temporal o definitiva, la disolución, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y, por último, la intervención de la empresa.

El problema residía en determinar <<si lo que estaba previsto en el 129 eran verdaderas penas del Derecho Penal, o se trataba de medidas de seguridad, o incluso de consecuencias administrativas o civiles impuestas por un juez en sede penal, u otro tipo de consecuencias accesorias (tercera vía)>>¹⁰. Las posturas enfrentadas fueron diversas.

Escasos autores se aventuraron a afirmar que estas consecuencias accesorias eran verdaderas penas y que, por tanto, con ello se había puesto fin al principio anteriormente reseñado. Otros no rechazaban la naturaleza penal de estas consecuencias, pero entendían que se trataban de medidas de seguridad. Y entre aquellos sectores que no admitían que la persona jurídica pudiera tener <<capacidad de acción, de culpabilidad y de ser sujetos pasivos>>, entendieron que estas consecuencias tenían naturaleza preventiva, siendo necesario probar la existencia de un hecho de conexión entre la persona jurídica y la persona física, aunque no era imprescindible identificar a la persona física ni demostrar su autoría, pero si se pretendía aplicar estas

¹⁰ GONZÁLEZ SIERRA, P. *op. cit.*, pág. 41.



medidas era necesario respetar las garantías del debido proceso penal. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina parecía estar de acuerdo en un punto: debían reconocerse y respetarse los mismos derechos procesales que tenía la persona física a la persona jurídica, con independencia de la naturaleza que se otorgara a estas consecuencias¹¹.

Tras este debate, el CP sería reformado nuevamente en el año 2003. Esta reforma introduciría un nuevo apartado en el art. 31 del CP (actualmente derogado). El apartado 2 del art. 31 del CP introdujo la responsabilidad solidaria y directa de la persona jurídica en aquellos supuestos en los que el autor de un delito fuera condenado por sentencia al pago de una multa, siempre y cuando éste hubiera actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

Nuevamente, volvería a reabrirse el debate sobre lo que realmente significaba este nuevo apartado en el art. 31 del CP. Pero lo cierto es que durante el tiempo que ambos preceptos estuvieron en vigor, el TS no llegaría a pronunciarse sobre esta materia¹².

1. La reforma del CP del año 2010: la derogación del principio *societas delinquere non potest*

En el año 2010 se cerraría definitivamente el debate sobre la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La reforma del CP del año 2010 puso fin al principio *societas delinquere non potest* en el ordenamiento jurídico español. Desde ese año España pasó a unirse al resto de países de Derecho comparado

¹¹ GONZÁLEZ SIERRA, P. *op.cit.*, págs. 42, 43 y 44.

¹² *Ibid*, págs. 46 y 47.



que incluían en su ordenamiento un modelo a través del cual las personas jurídicas podían ser sancionadas¹³.

La reforma del año 2010 limitó la responsabilidad penal de las personas jurídicas estableciendo un sistema de *numerus clausus* o lista cerrada de delitos, de forma que únicamente pueden responder por la comisión de esos delitos. Además, esta reforma contaba con dos características principales: la responsabilidad acumulativa y la responsabilidad criminal directa¹⁴.

La responsabilidad acumulativa supone que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica no va a excluir la responsabilidad de la persona física y viceversa, por lo que puede exigirse responsabilidad a ambas¹⁵. De otra parte, la responsabilidad criminal directa implica una responsabilidad autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la persona física. Así, la persona jurídica podría ser condenada sin necesidad de que lo fuera también la persona física, bastando únicamente la constatación de la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona jurídica, «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido

¹³ GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 19-20.

¹⁴ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 11.

¹⁵ Debe aclararse que para que tenga lugar esta responsabilidad acumulativa debe existir un hecho de conexión entre ambas conductas, es decir, una vez que se ha comprobado la comisión de un delito por parte de la persona física se exige que la actuación que ha llevado a cabo la persona física lo sea «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica o «en el ejercicio de actividades sociales» (relación funcional entre la actuación de la persona física y los objetivos organizativos de la persona jurídica). Pero, además, existe otro requisito: la persona jurídica debe beneficiarse de la actuación que ha llevado a cabo la persona física.



posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 bis. 2 en su redacción del año 2010).

Teniendo presente estas dos últimas características de la reforma del año 2010, la pregunta que surge a continuación es ¿cuál fue el modelo de imputación elegido por el legislador español?

Existen dos modelos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica: el modelo de heterorresponsabilidad, sistema vicarial o de transferencia y el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa.

De forma muy breve, en el sistema vicarial, la responsabilidad de la persona jurídica surge automáticamente, «cuando un directivo o representante comete un delito en beneficio de la empresa y actuando en su nombre, y cuyo sistema de imputación parte de que tanto el injusto como la culpabilidad se transfieren de la persona física a la jurídica». Por su parte, en los sistemas de autorresponsabilidad, la persona jurídica responde «por un injusto y una culpabilidad propios, *a priori* separados del delito individual en cuestión»¹⁶.

No ha sido tampoco pacífica la respuesta en torno a cuál había sido el modelo o sistema de imputación penal de la persona jurídica que el legislador español había adoptado en su reforma del año 2010.

La FGE, en un intento de unificar criterios de interpretación sobre esta materia, publicó el 1 de junio de 2011 su Circular 1/2011, entendiendo que de la lectura del art. 31 bis del CP se desprendía la opción por un sistema vicarial, «según el cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas

¹⁶ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistemas de atribución», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 77.



circunstancias, encarnan o constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos»¹⁷.

Pero parte de la doctrina mantiene que el CP español se basa en la «teoría de la conexión del hecho por exigencias del principio de culpabilidad, pues de no ser así se consagraría una especie de responsabilidad cuasi objetiva, alejada por ello de los principios consustanciales al Derecho penal»¹⁸.

Por otro lado, otro sector, apoyándose en el art. 31 bis 1 del CP, apuntaba a la idea de distinguir entre la responsabilidad atribuible a los representantes o directivos, aplicándoles el modelo de responsabilidad vicarial, y la responsabilidad atribuible a los empleados por falta de control de los primeros, a los que se les aplicaría el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa¹⁹. Todo ello con base a la omisión de exigencias de algún tipo de infracción de deber para el primer grupo de sujetos²⁰.

Por último, este apartado no puede concluir sin hacer mención al elenco de sujetos obligados por el art. 31 bis del CP, dado que hubo un grupo de personas jurídicas que quedaron al margen de esta responsabilidad y cuyas exclusiones se han mantenido en la actualidad, aunque con un leve matiz.

Tanto en la reforma del año 2010 como en la reforma del año 2015, las entidades que forman parte del Sector Público quedaron excluidas de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de la

¹⁷ Para mayor concreción, *vid.* epígrafe III, apartado III.1) Consideraciones generales de la Circular 1/2011.

¹⁸ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 12.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 84.



persona jurídica. Estas entidades son el Estado y las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, Agencias y Entidades Públicas Empresariales, así como las organizaciones internacionales de derecho público u organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas²¹.

Su exclusión es de carácter personal, por lo que <<si entran dentro de alguno de estos tres grupos quedan excluidas de responsabilidad penal con independencia de la naturaleza de los hechos o del delito>>²².

Además, dentro de estas exclusiones, en ambos supuestos se menciona a las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En un principio, la reforma del año 2010 excluía de toda responsabilidad a estas sociedades. Sin embargo, la reforma operada por la LO 1/2015 ha restringido su responsabilidad a la sanción de multa e intervención judicial, radicando el fundamento de esta limitación en el hecho de que <<el órgano jurisdiccional no puede restringir una actividad de una sociedad que, por cumplir una función pública o

²¹ En la redacción original del art. 31 bis también se encontraban exentos de responsabilidad los partidos políticos y sindicatos. Desde el año 2012, tras la modificación introducida en el art. 31 bis por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude Fiscal y en la seguridad, estos sujetos pasaron a ser incluidos dentro del elenco de personas jurídicas imputables.

²² FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2016), << La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal>>, en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 60.



de interés general, resulta esencial para la ciudadanía»²³.

Asimismo, ambas reformas hacen referencia a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan abrir un procedimiento contra estas personas jurídicas excluidas en aquellos supuestos en los que estas entidades se hayan creado con el objetivo de evitar la responsabilidad penal, con independencia de su naturaleza pública y entendiéndose que esta posibilidad abarca a todo el elenco de sujetos excluidos²⁴.

2. La reforma del CP del año 2015: la introducción de los programas de cumplimiento en el ordenamiento jurídico español

La exposición de motivos de la LO 1/2015 señala en su apartado tercero las razones que llevaron al legislador a modificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento de esta reforma consistía en delimitar adecuadamente el contenido del debido control, fundamentando la responsabilidad penal de las jurídicas en el quebrantamiento de este debido control, «en la idea de compliance en el sentido apuntado por la norma ISO 19600»²⁵. Con ello, se reconoce que el modelo de imputación penal de las personas jurídicas sigue el sistema de autorresponsabilidad, cerrándose así la polémica surgida con la anterior reforma²⁶: la persona jurídica pasa a

²³ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 99.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 13.

²⁶ En su primera sentencia sobre esta materia (STS 514/2015 de fecha 2 de septiembre de 2015), el TS no se adentró a pronunciarse sobre el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas. Simplemente, se limitó a señalar la existencia de los dos modelos de responsabilidad señalados,



responder <<por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (ausencia de una cultura de compliance o cumplimiento de la legalidad)>>²⁷.

Pero, además de los programas de cumplimiento, la otra novedad de la reforma de 2015 fue ampliar el catálogo de sujetos responsables, así como de delitos imputables a la persona jurídica.

El texto original del art. 31 bis del CP distinguía entre dos grupos de personas responsables. Por un lado, los representantes legales y administradores de hecho o de derecho y, por otro lado, aquellas personas sometidas a la autoridad de las personas físicas que acaban de mencionarse²⁸.

La reforma del año 2015 amplía el primer grupo de sujetos responsables y, a su vez, elimina toda referencia a los administradores de hecho. Actualmente, el primer grupo de sujetos se encuentra regulado en el art. 31 bis 1. a) del CP y se encuentra integrado por los representantes legales²⁹, por quienes están autorizados

haciendo hincapié en el de hecho de que, independientemente del modelo por el que se opte, <<cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal>>.

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), <<Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas>>, en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 89.

²⁸ Este segundo grupo de sujetos se encuentra regulado actualmente en el art. 31 bis 1. b) del CP con ligeras modificaciones en la redacción del texto original del año 2010, pero haciendo referencia al mismo grupo de sujetos: los subordinados.

²⁹ Para determinar el concepto de representante legal, la Circular 1/2016 se remite a la legislación mercantil.



para la adopción de decisiones en nombre de la persona jurídica³⁰, por quienes formando parte de un órgano de la persona jurídica con facultades decisorias están autorizados para obligar a la entidad como son los consejeros delegados, el consejo de administración, los patronos de una fundación o los órganos de representación en los términos previstos en la asamblea y por quienes ostentan facultades de control y organización³¹.

En el apartado anterior, ya se hizo referencia a las personas jurídicas que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del art. 31 bis del CP. Pero ¿qué personas jurídicas tienen capacidad para ser parte?

De dicho precepto no puede extraerse una definición sobre el concepto de persona jurídica penalmente responsable. Sin embargo, el concepto de persona jurídica sí ha sido recogido por otros cuerpos jurídicos como el CC, el CCom. o la LSC, por lo que, para obtener esta definición, debemos remitirnos a los mismos. Así, según el art. 35 del CC son personas jurídicas «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley» y «las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados»³².

Cuando el CC se refiere a las asociaciones de interés particular incluye las sociedades mercantiles. En

³⁰ Según JUANES PECES, en este elenco de sujetos se encontrarían los apoderados o representantes voluntarios autorizados mediante poder general o especial para realizar el acto concreto en que se materialice el delito, en beneficio directo o indirecto, así como los directivos con facultades de obligar a la empresa, los cuales habrán de ser considerados como representantes voluntarios.

³¹ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 13.

³² GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 97.



España, tradicionalmente, han existido cuatro grandes grupos de sociedades mercantiles (art. 122 del CCom.): la sociedad limitada, la sociedad anónima, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria o en comandita, que, a su vez, se divide en sociedad comanditaria por acciones y comanditaria simple³³. La naturaleza mercantil de estas sociedades aparece recogida en el art. 116 del CCom., el cual, una vez constituidas, las dota de personalidad jurídica en todos sus actos y contratos³⁴.

La FGE se pronunció sobre el concepto de persona jurídica en su Circular 1/2011 remitiéndose también a la normativa civil, mercantil y de derecho societario para determinar dicho concepto.

En cuanto a los delitos que pueden desencadenar la responsabilidad de las personas jurídicas estarían agrupados dentro de tres categorías: derecho penal económico y de la empresa, corrupción e ilícitos en los que se entiende que existe una elevada probabilidad de participación del crimen organizado y delitos de terrorismo³⁵. Junto a los delitos contemplados en el CP,

³³ La regulación de estos cuatro grupos de sociedades se encuentra dividida entre el CCom. y la LSC. Así, la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones forman parte de las denominadas sociedades de capital y, por tanto, se encuentran reguladas en el art. 1 de la LSC. Por su parte, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple tienen el carácter de sociedades personalistas y su regulación se encuentra en el CCom.

³⁴ INCOTEC reviste la forma jurídica de sociedad anónima, gozando plenamente de personalidad jurídica. Por tanto, entraría dentro del ámbito de aplicación del art. 31 bis del CP.

³⁵ A modo de ejemplo pueden citarse el tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 7), la trata de seres humanos (art. 177 bis 7), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), blanqueo de capitales (art. 302.2), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos



el art. 2.5 de la LO 12/1995, de Represión del Contrabando también prevé la posibilidad que los delitos de contrabando desencadenen la responsabilidad de las personas jurídicas³⁶.

En cuanto a las penas aplicables a las personas jurídicas, actualmente, se encuentran enumeradas en el art. 33.7 del CP, siendo éstas la pena de multa por cuotas o proporcional, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

III. **LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Como ha sido mencionado, tras la reforma de 2015, el legislador español se decanta por un modelo de autorresponsabilidad. La persona jurídica responde por su hecho propio y no por el de la persona física³⁷.

contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis), cohecho (art. 427 bis) o terrorismo (art. 580 bis).

³⁶ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, págs. 86-87.

³⁷ En su Circular 1/2016, la FGE sigue insistiendo en el modelo de responsabilidad vicarial. Así afirma que, «pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos (...), el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal



De esta forma, los presupuestos para exigir responsabilidad a la persona jurídica se basan, en primer lugar, en la comisión de un hecho delictivo por parte de la alguna de las personas físicas mencionadas en el art. 31 bis 1 del CP. A continuación, es necesario que exista una relación funcional entre la actuación de la persona física y los objetivos organizativos de la persona jurídica. Pero, además debe apreciarse un defecto de organización o estructural por parte de la persona jurídica y, por último, comprobar si existe una cultura corporativa contraria a Derecho o no respetuosa con la legalidad³⁸.

La comisión de un delito por las personas físicas enumeradas en el art. 31 bis 1 del CP, conocido como delito base o hecho de conexión, se convierte en el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no en el fundamento de su responsabilidad. Tal y como mantiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, de sostener que el delito de la persona física es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, <<después bajo determinadas circunstancias, se transfiere a la persona jurídica, resultaría *quasi* imposible el establecimiento de la RPPJ cuando no se pudiera individualizar persona física alguna responsable penalmente. Asimismo, resultaría difícilmente justificable que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan a esa persona física - cuando pudiera individualizarse- no se transfieran

efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, "En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial" mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal.>>.

³⁸ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, págs. 78-83.



igualmente a la persona jurídica»³⁹. Esta posición es también la defendida por el TS en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016⁴⁰.

Una vez que se ha constado la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona física se requiere que ese hecho sea de conexión, es decir, se requiere que la actuación de la persona física sea «en nombre o por cuenta» o «en el ejercicio de actividades sociales» de la persona jurídica, descartándose así lo que, CIGÜELA SOLA y ORTIZ DE URBINA GIMENO denominan «hechos de exceso, esto es, aquello que el representante hace más allá de sus funciones, como por ejemplo el trabajador que en sus ratos libres utiliza la tecnología de la empresa para espiar a terceros»⁴¹.

Sin embargo, el CP exige, también, que la persona jurídica se haya beneficiado, directa o indirectamente, de la actuación de la persona física. En la sentencia del TS anteriormente reseñada, se aclara que el término beneficio (o provecho en la sentencia del TS) puede consistir en «cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete».

³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 72-73.

⁴⁰ El TS termina desestimando el recurso de dos de las personas jurídicas imputadas al entender que en ambos casos se confunde «las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica».

⁴¹ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 79.



El TS mantiene también en su sentencia la posición de la FGE, según la cual no es necesario la efectiva constatación del beneficio «resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad». Asimismo, la actuación de la persona física tampoco debe tener como objetivo exclusivo beneficiar a la persona jurídica, sino que, por ejemplo, con su actuación también puede tratar de conseguir un ascenso (Circular 1/2011).

Pero sin duda el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el defecto de organización o estructural. En palabras del TS, «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»⁴².

Pero ¿cómo puede probar esto la organización? Es decir, que el delito no es expresión de un defecto propio, sino consecuencia de procesos que evaden su competencia y control. Entran en juego, los programas de cumplimiento o «*compliance*». La instauración de estos planes de prevención de delitos «tendría el efecto de negar la existencia del defecto organizativo («esto se controlaba correctamente»), o bien colocaría dicho defecto más allá de las obligaciones de la empresa en materia de cumplimiento («esto no tenía que controlarlo») »⁴³.

⁴² STS 154/2016 de fecha 29 de febrero de 2016.

⁴³ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 81.



A lo anterior, tanto TS como la FGE en su Circular 1/2016, suman un último requisito: la existencia de una cultura corporativa contraria a Derecho o no respetuosa con la legalidad. La expresión «cultura de cumplimiento» se refiere a una serie de creencias y valores que rigen la actuación de la persona jurídica, los cuales, a su vez, sirven de modelo para los empleados de la organización, quienes sea guían en su actuación por tales creencias y valores.

1. Los programas de cumplimiento como causa de exoneración o atenuación de responsabilidad

Las raíces de la expresión «*compliance*» se encuentran en el derecho anglosajón, donde, en el ámbito jurídico, aparece junto «*with the law*». La transcripción más apropiada sería, por tanto, «programa de cumplimiento legal»⁴⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico emplea, además, la expresión «prevención» denominando a estos programas, plan de prevención jurídica de las empresas. Por su parte, el CP los califica como «modelos de organización y gestión», reproduciendo la terminología empleada por el legislador italiano en el Decreto Legislativo 231/2001 por el que se introduce en Italia la responsabilidad administrativa por ilícito penal de las personas jurídicas. Así, el legislador italiano nombra a estos programas *modelli di organizzazioni e di gestione*. No obstante, en la doctrina se ha extendido el empleo de la expresión «*compliance*», «para abreviar y resumir un concepto de por sí extenso y complejo»⁴⁵.

El estándar australiano de compliance (AS 3806), en su primer texto del año 1998, definía los programas

⁴⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 248.

⁴⁵ *Loc. cit.*



de cumplimiento como «un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento»⁴⁶.

Una vez decidido implementar estos programas existen dos maneras de orientarlos. Una de ellas consiste en basar estos programas en la supervisión, vigilancia y control, mientras que la otra estaría basada en la afirmación de determinados valores éticos. En este último caso, los controles y mecanismos de supervisión implementados deberán restringirse y ser congruentes con los valores que asuma la organización. La preferencia por uno u otro es una decisión político-criminal⁴⁷.

El CP español ha optado por la primera opción, centrándose, especialmente, en el control. Basar un programa de cumplimiento en el control supondrá basar la efectividad de ese control en la optimización de las capacidades de supervisión que posee el empresario sobre sus empleados. Así, por ejemplo, supondría la adopción de medidas como la «imposición de obligaciones de información a los empleados de los incumplimientos que detecten» o «la selección del personal de acuerdo con criterios de riesgo»⁴⁸.

NIETO MARTÍN se inclina por defender un modelo de cumplimiento basado en valores puesto que, en caso

⁴⁶ NIETO MARTÍN, A. (2015a), «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 26.

⁴⁷ NIETO MARTÍN, A. (2015b), «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 122.

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 122.



contrario, se convertiría a la empresa «en una suerte de panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho de protección de datos» y porque, además, el cumplimiento normativo viene de la mano de «fenómenos como la responsabilidad empresarial o la ética de empresa, donde evidentemente no tiene cabida un panóptico empresarial»⁴⁹.

A su vez, el legislador español reguló estos programas como causa de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal. Para ello, el CP distingue entre si el delito ha sido cometido por los representantes legales o personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control (art. 31 bis 2 del CP) o si ha sido cometido por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (art. 31 bis 4 del CP)⁵⁰.

Esta causa de exención o atenuación de la pena puede tener lugar antes del enjuiciamiento, antes de dictar sentencia o tras la sentencia. En el primer supuesto, se trata de evaluar la calidad de los programas de cumplimiento durante la fase de instrucción para determinar si son efectivos, decidiendo en consecuencia procesar o no a la persona jurídica. En el segundo supuesto, los programas de cumplimiento serán utilizados como medio de prueba del «ejercicio del control interno» por parte de la organización, mientras que, en el último caso, si la organización decide implementar un programa de cumplimiento en aras a evitar la futura comisión de nuevos delictivos será valorado para la «aplicación de beneficios post sentencia

⁴⁹ *Ibid.* págs. 122-123.

⁵⁰ Para mayor concreción sobre las condiciones que deben darse en ambos supuestos para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, *vid.* art. 31 bis 2 y 4.



a través de la suspensión de la pena>>, entendida como <<exención de cumplimiento de la sanción impuesta a la organización>>⁵¹.

La FGE se pronunció sobre los programas de cumplimiento en su Circular 1/2016, señalando que el objetivo de estos programas es <<promover una verdadera cultura ética empresarial>>⁵². Aunque reconoce su capacidad de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, señala la FGE que el objetivo de los programas de cumplimiento no éste, sino que de lo que se trata es de que las organizaciones se doten de estos programas con el objetivo de promover cultura de cumplimiento legal, <<donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura>>⁵³, ya que en caso contrario existe el riesgo de que las entidades utilicen estos programas como una especie de coraza que les permita protegerse de toda acción penal.

Cambia así la postura que la FGE había mantenido en su anterior Circular 1/2011, donde sostenía que la implementación de un programa de cumplimiento no podía ser utilizado como mecanismo para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁴.

1.1. Elementos de los programas de cumplimiento

El art. 31 bis 5 del CP señala cuáles deben ser los requisitos que deben reunir los programas de cumplimiento.

⁵¹ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 249.

⁵² Circular 1/2016, pág. 20.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Circular 1/2011, pág. 16.



En primer lugar, se deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Se trata de realizar un análisis de la persona jurídica⁵⁵, «atendiendo a la que sea su configuración societaria, orgánica, su/s área/s de negocio, su territorio de actuación, sus clientes, sus socios de negocio, las relaciones que pueda tener con el sector público y la regulación que le sea aplicable (...)»⁵⁶. Asimismo, deben identificarse los riesgos penales que pueden afectar a la organización, así como los sectores de actividad que se verían afectados y la efectividad de las medidas de control adoptadas para prevenirlos⁵⁷.

En segundo lugar, se deben establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. Los programas de cumplimiento requieren normas nítidas de comportamiento⁵⁸. En este sentido, el Código ético o de conducta y las políticas y protocolos de empresa serán las normas internas de referencia, fundamentalmente en aquellos modelos de cumplimiento basados en valores⁵⁹. Los códigos de conducta contienen aquellos comportamientos que se consideran prioritarios dentro de la organización como, por ejemplo, la prevención de la corrupción. Por lo que, en ocasiones será necesario desarrollar estos comportamientos a través de políticas específicas en las

⁵⁵ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 280.

⁵⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2020), «Compliance», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 104.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 129.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

que se concreten de forma pormenorizada las pautas de comportamiento a seguir en esos casos⁶⁰.

En tercer lugar, el art. 31 bis 5 establece la necesidad de contar con modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. No se trata de establecer únicamente medidas internas que eviten la comisión de hechos delictivos relacionados con una defectuosa gestión de los recursos económicos de la organización⁶¹, sino de que ésta cuente con una <<dotación presupuestaria adecuada>> para la implementación de los programas de cumplimiento⁶². Dado que los recursos de las organizaciones no son ilimitados, determinar <<cuál hubiera sido el presupuesto necesario para evitar la comisión de un delito que haya podido ocurrir>> se convierte en una tarea especialmente compleja⁶³.

En cuarto lugar, los programas de cumplimiento deben imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se trata de establecer mecanismos de detección e investigación de infracciones, siendo éstos los canales de denuncia (<<whistleblowing>>) y las investigaciones internas.

Los canales de denuncia son una herramienta de la que dispone el trabajador o un tercero para denunciar la comisión de posibles hechos constitutivos de delito

⁶⁰ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 129.

⁶¹ La norma UNE 19601 incluye dentro de los controles financieros una adecuada política de segregación de funciones, circuitos de aprobación necesarios para la gestión de los recursos financieros, controles en los procesos de emisión de información financiera y realización de auditorías financieras.

⁶² MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶³ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 281.



cometidos en el seno de la organización, pudiendo articularse a través de procedimientos físicos o procedimientos online⁶⁴.

Dado que el legislador ha introducido los canales de denuncia dentro de los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, la implementación de estos canales será un «elemento a tener en cuenta para definir la diligencia de la persona jurídica»⁶⁵. Pero para que los canales de denuncia sean considerados una medida eficaz, en aras a prevenir irregularidades dentro de la organización, es necesario contar con la colaboración de todos los miembros que integran la organización⁶⁶.

Es por ello por lo que la legitimación para el uso de los canales de denuncia debe atender a criterios objetivos de forma que únicamente las personas más cercanas a la empresa se encuentren habilitadas para utilizarlos. Así trabajadores, contratistas o proveedores podrán acceder al canal. Sin embargo, consumidores o antiguos trabajadores que no formularon denuncia cuando aún trabajaban para la organización no tendrían acceso a estos canales, debiendo remitirse a otras vías alternativas de denuncia⁶⁷.

Surge la duda sobre si las personas que se encuentran legitimadas para usar estos canales pesa una obligación o un deber de denuncia de irregularidades. En la práctica, se opta por incluir este compromiso de

⁶⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 88.

⁶⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶⁶ *Loc. cit.*

⁶⁷ GARCÍA MORENO, B. (2015), «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 216.



denuncia en los códigos éticos y en los contratos de trabajo⁶⁸.

En cuanto a la forma de gestionar estos canales, parece que la mejor forma de gestionarlos es optando por un modelo externalizado o <<outsourced>>, ya que, desde el punto de vista de las empresas, la externalización mejora la efectividad de los canales de denuncias, puesto que sus gestores deben ser personas independientes e imparciales, sin ningún tipo de interés en la resolución del caso y sin influencias de las opiniones de trabajadores ni de los altos cargos de la organización. Además, desde un punto de vista corporativo, confiar el canal de denuncias a una empresa especializada, ofrece mayores garantías a la hora de demostrar que la persona jurídica ha prestado especial atención a la prevención de irregularidades⁶⁹.

Pero también tiene ventajas para el denunciante, ya que, si se opta por confiar el canal a un abogado o a un despacho jurídico, la identidad del denunciante puede permanecer oculta incluso durante el proceso judicial, puesto que en caso de requerimiento judicial cualquier pretensión de confidencialidad decaerá, salvo la debida al secreto profesional⁷⁰.

Respecto a la preferencia por un canal anónimo o confidencial, la Agencia Española de Protección de datos aboga por los canales de denuncia confidenciales, admitiendo las denuncias anónimas únicamente en supuestos excepcionales⁷¹. El problema de las denuncias

⁶⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶⁹ GARCÍA MORENO, B. *op. cit.*, pág. 216-217.

⁷⁰ *Ibid*, pág. 218.

⁷¹ Apoyándose en las conclusiones emitidas por el Grupo de Trabajo, creado por la Directiva 95/46/CE para el análisis del impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en Europa, la cual obliga a los comités de auditoría de las sociedades que cotizan en la bolsa de Estados Unidos a implantar canales de denuncias anónimos, la Agencia Española de Protección de Datos emitió



anónimas es el elevado número de denuncias que se reciben, ya que la identidad del denunciante permanece oculta. Ello conlleva una disminución de la calidad de la información que se recibe, siendo necesario, en la mayoría de los casos, «filtrar aquellas denuncias que efectivamente informan de malas prácticas de aquellas otras que únicamente se refieren a cuestiones propias de recursos humanos»⁷².

Por lo que se refiere a las investigaciones internas se trata de un instrumento de carácter reactivo e interno asociado a las posibles irregularidades detectadas. El problema de las investigaciones internas es que suele generar conflictos de intereses, especialmente entre los intereses del trabajador investigado y los de la organización. Teniendo presente que no existe una respuesta jurídica clara y que estas investigaciones pueden desarrollarse con anterioridad a la apertura del proceso penal o incluso de forma paralela, el marco en el que se desenvuelvan estas investigaciones debe diseñarse de tal forma que se respeten los derechos y garantías de ambas partes⁷³.

En quinto lugar, los programas de cumplimiento deben establecer sistemas disciplinarios que sancionen adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Las sanciones disciplinarias son otras de las herramientas de cumplimiento de carácter reactivo⁷⁴. El establecimiento de estas medidas es indispensable puesto que en el supuesto de que la empresa no reaccionara frente a una conducta negativa

un informe (2007-128) en el que hacía alusión a los canales de denuncia, mostrando su preferencia por los canales confidenciales, pero sin prohibir expresamente los canales anónimos.

⁷² GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 88-89.

⁷³ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 107.

⁷⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 108.



que deba ser sancionada dejaría entrever que los administradores no están involucrados en el éxito del programa de cumplimiento: debe haber un compromiso férreo de intolerancia por parte de la organización frente a conductas negativas⁷⁵.

No obstante, estas sanciones pueden ser también positivas, recompensando a aquellos trabajadores más comprometidos con los objetivos del programa, con una remuneración o en su carrera profesional⁷⁶.

Además, si de lo que se trata es de atenuar la responsabilidad de la persona jurídica no bastará con sancionar la conducta del empleado, sino que será preciso reparar o disminuir el daño que ha causado⁷⁷.

En sexto y último lugar, se prevé la verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se ponga de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. Aunque no se reconoce la frecuencia con la que deben realizarse estas verificaciones o revisiones, la UNE 19601 aconseja que se lleven a cabo, al menos, una vez al año⁷⁸.

Asimismo, debe documentarse todo el proceso, ya que con ello se consigue la trazabilidad del sistema, identificando al autor de la infracción y los errores que hayan permitido ocasionarla. A su vez también servirá como medio probatorio, ya que se podrá probar a las autoridades administrativas o judiciales que «el programa se ha ejecutado convenientemente»⁷⁹.

Por último, no debe olvidarse que el CP no es tan exigente con las empresas de pequeñas dimensiones, es

⁷⁵ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 273.

⁷⁶ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 130.

⁷⁷ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 273.

⁷⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 109.

⁷⁹ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 131.



decir, aquéllas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (art. 31 bis 3 del CP). Y ello porque exigirles la implementación de un programa de cumplimiento con las características señaladas puede ser demasiado oneroso para éstas. Además de que el riesgo de que se cometan irregularidades, así como la trascendencia de los mismos es relativamente más baja en este tipo de empresas.

1.2. **La incidencia de otras normas complementarias en los programas de cumplimiento**

A la hora de valorar los programas de cumplimiento como causa de exención de responsabilidad penal a las personas jurídicas se tienen en cuenta la existencia de otras normas complementarias. Entran en juego los códigos de conducta, los códigos éticos o las normas ISO, entre otros.

Los códigos de conducta establecen reglas concretas para perfilar las prácticas y comportamientos específicos que deben ser estimulados o vetados en una organización o individuo en base a su declaración de valores, principios y creencias. No debe confundirse el código de conducta con el código ético, ya este último es el encargado de establecer los valores que rigen la actividad de una organización.

De otro lado, en el desarrollo de las actividades de las organizaciones, no puede obviarse el riesgo de incumplimiento por parte de las organizaciones de normas específicas que les afectan, es decir, el riesgo de incumplimiento de «normas técnicas propias de cada sector profesional»⁸⁰. Ello propició la aparición de estándares adaptados a la naturaleza de los riesgos.

⁸⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 100.



En el ámbito del <<compliance>>, el primer estándar en esta materia fue el <<Australia Standard on compliance programs>> AS 3806 1998⁸¹. En el año 2006⁸² este estándar sufrió una serie de modificaciones que acabarían convirtiéndolo en el primer ejemplar que incluiría las reglas que deben seguirse en el desarrollo de los programas de cumplimiento, lo que le llevaría a gozar de gran reconocimiento a nivel mundial, siendo el modelo de referencia utilizado por diversas organizaciones alrededor del mundo para la confección de sus modelos de cumplimiento⁸³.

ISO⁸⁴ elaboraría su primer estándar internacional sobre programas de cumplimiento, el estándar ISO 19600, utilizando como base el <<Standards Australia>>. Posteriormente, en España, UNE⁸⁵, basándose en el

81

<https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/As/as3000/3800/3806.pdf>

⁸² *Australian Standard on compliance programs AS 3806-2006, AS 3806-2006 Compliance programs (saiglobal.com)*

⁸³ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 213.

⁸⁴ ISO opera desde el año 1947 como una organización no gubernamental e independiente dedicada a la creación de normas o estándares que aseguren la calidad, seguridad y eficiencia de productos y servicios. Aunque no tiene capacidad legislativa, ni tampoco capacidad para imponer sus criterios, la mayoría de sus normas gozan de gran aceptación, deviniendo una exigencia habitual. Actualmente se encuentra integrada por 193 países.

⁸⁵ UNE tiene asumida la representación de España en ISO. Se trata de una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad como el único organismo de normalización a nivel nacional, encargándose, en consecuencia, de la adaptación e implementación de las normas ISO en España a través de la publicación de sus normas UNE. Al igual que ISO, UNE no tiene capacidad legislativa, pero sus publicaciones cuentan con gran aceptación.



estándar ISO 19600, publicaría el estándar nacional UNE 19601.

El estándar ISO 19600 sirve de «guía para estructurar cualquier sistema de gestión relacionado con compliance o para definir y valorar estructuras que coordinen diferentes bloques o sistemas de gestión de compliance específicos»⁸⁶, ya que, para el estándar ISO 19600, la clave del éxito a medio y largo de una organización, incluidas las pequeñas empresas, reside en sostener una cultura de integridad y cumplimiento ético, recomendando para ello: «planificar, hacer, verificar, actuar, distinguiendo los diferentes roles del encargado del cumplimiento, de alta dirección, y los empleados de la organización, regulando una evolución continua»⁸⁷.

Por su parte, la norma UNE 19601 define los requisitos y condiciones que deben reunir los programas de cumplimiento para ser considerados eficaces en aras a evitar o mitigar la comisión de hechos delictivos en el desarrollo de la actividad de una empresa⁸⁸.

Debe señalarse que la norma UNE 19601 es certificable por la Entidad Nacional de Acreditación. La certificación supone que una tercera parte técnicamente cualificada e independiente asegure que el Sistema de Gestión de Compliance implantado en la empresa se adecua a las exigencias legales españolas y cumple con las expectativas que se depositan en las organizaciones que operan en los mercados internacionales⁸⁹.

La certificación de los programas de cumplimiento no sólo los dota de un mayor valor de mercado y reputacional⁹⁰, sino que, además, pueden tener valor

⁸⁶ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 214.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 22.

⁸⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁹ Definición extraída de la Agencia de Certificación de Innovación Española.

⁹⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 110.



probatorio dentro de un proceso civil, administrativo o penal⁹¹.

2. ¿Cómo han sido valorados los programas de cumplimiento por el Tribunal Supremo? ¿Qué ocurre si una empresa tiene implantado un programa de cumplimiento y aun así se comete un delito dentro de la organización?

Tras un largo periodo de tiempo puede concluirse que para el TS la ausencia de los programas de cumplimiento dentro de la organización es un elemento generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En la primera sentencia relevante en esta materia, la STS 154/2016, de 29 de febrero, ya mencionada anteriormente, el TS hacía hincapié en los nuevos presupuestos exigidos, tras la reforma del año 2015, para apreciar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, además de señalar que la comisión de un hecho delictivo por parte de alguna de las personas físicas señaladas en el art. 31 bis 1 es el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, añade que «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa (...) en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». En consecuencia, para afirmar la responsabilidad de la persona jurídica es necesario comprobar si el delito ha sido cometido por la «ausencia de una cultura de respeto al Derecho».

Posteriormente, en la STS 221/2016, de 16 de marzo, aunque el Tribunal se centra en cuestiones de índole procesal como el derecho a la presunción de

⁹¹ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 116.



inocencia y la carga de la prueba, el TS señala que a la acusación también le incumbe probar que el delito cometido por la persona física lo ha sido «por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (...)».

Pero sin duda donde realmente puede apreciarse la importancia de los programas de cumplimiento es en la sentencia 583/2017, de 19 de julio. El TS revisa los elementos señalados por el art. 31 bis del CP para desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, concluyendo que, en el caso concreto, procedía condenar a la entidad al quedar acreditados los requisitos exigidos por el mencionado artículo. Así, los administradores y directivos de la entidad, actuando en representación de la empresa, llevaron a cabo una actividad encajable en el art. 301 del CP, existiendo un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad y, lo más importante, se constata la ausencia de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito.

Más recientemente, en la STS 136/2018, de 28 de junio, el TS recomienda implementar este tipo de programas no sólo para disminuir la probabilidad de comisión de delitos dentro de la organización, sino también «para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa». En los mismos términos se pronuncia en su sentencia 365/2018, de 18 de julio.

¿Pero cómo debe entonces valorarse un programa de cumplimiento en aquellos casos en los que la organización ha adoptado este tipo de medidas y, aun así, se ha cometido un delito? GÓMEZ TOMILLO sugiere que «la adopción de un programa de cumplimiento «*ex ante*» serio, eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad, entendida como defecto de organización y, con ello, la posibilidad de imponer una pena, o sanción administrativa, a la persona jurídica (...)»



No tiene sentido preventivo que si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un hecho delictivo se le sancione por ese hecho»⁹².

No parece lógico exigir un programa de cumplimiento totalmente perfecto, sin ningún error. Cuestión distinta son aquellos programas cosméticos o incorrectamente implementados, los cuales no deberían tener ningún efecto sobre la exclusión o atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica. «La idoneidad del programa para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva «*ex ante*», aunque «*ex post*» tal programa no haya sido suficiente»⁹³.

¿Y si el programa ha sido certificado previamente a la comisión del delito? La FGE ha sido la que se ha pronunciado sobre esta cuestión, entendiendo que la certificación del programa será valorada como algo positivo durante el proceso penal, «pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial»⁹⁴.

IV. **¿QUIÉN RESPONDE PENAL E INDIVIDUALMENTE POR LOS DELITOS COMETIDOS EN UNA EMPRESA EN BENEFICIO DE ÉSTA?**⁹⁵

En caso objeto de análisis, la empresa contaba con un órgano de cumplimiento: el Comité de «*Compliance*». Por tanto, la pregunta debe girar en

⁹² GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, págs. 144-145.

⁹³ *Ibid.*, pág. 147.

⁹⁴ Circular 1/2016, pág. 32.

⁹⁵ Se sigue, en todo lo relativo a este apartado, la línea doctrinal sostenida por LASCURAÍN, J.A. (2015), «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 298-302.



torno a la responsabilidad de los órganos de cumplimiento.

Los órganos de cumplimiento pueden responder o bien a título de autor o bien a título de partícipe. Para ser imputado a título de autor, el órgano de cumplimiento tiene que ostentar una posición de garante, teniendo lugar el delito por una actitud dolosa o imprudente del órgano de cumplimiento.

Tal y como sostiene LASCURAÍN, para que el órgano de cumplimiento pueda ostentar esa posición de garante será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa. Aunque la expresión «*compliance officer*» ha generado una disparidad de denominaciones en castellano, en la actualidad, parece que las funciones que se atribuyen al órgano de cumplimiento son «en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de tal instrucción», no siendo muy partidarias las empresas de insertar al oficial de cumplimiento en la cadena de garantía.

No obstante, si el empresario decide delegar en el oficial de cumplimiento funciones de supervisión o detección de riesgos, propias de su deber originario de garantía, ambas funciones podrían constituir funciones de garantía. En consecuencia y sólo en estos casos, el oficial de cumplimiento podría responder a título de autor.

En caso de no ostentar funciones de garantía, sino que, simplemente, el órgano de cumplimiento tiene atribuidas funciones de detección e investigación de delitos, respondería a título de partícipe cuando haya contribuido con su conducta a la comisión del delito,



siempre que lo haya hecho con carácter previo a la consumación de tal delito y con conciencia de su contribución, por ejemplo, no investigando un delito que se ha cometido o que va a cometerse y del que tiene conocimiento por una denuncia.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. - Desde la reforma del año 2015 el modelo de imputación de responsabilidad de la persona jurídica es el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa, respondiendo la persona jurídica por su propio injusto (el defecto de organización) y su propia culpabilidad (la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad).

SEGUNDA. - La responsabilidad de la persona jurídica es acumulativa, de forma que puede exigirse responsabilidad tanto a INCOTEC como a cualquiera de sus empleados, independientemente del cargo que ocupen. A su vez, se trata de una responsabilidad criminal directa de forma que la posible responsabilidad que pueda exigirse a INCOTEC va a ser autónoma e independiente de la responsabilidad que pueda atribuirse a las personas físicas que han cometido el hecho delictivo.

TERCERA. - Los sujetos penalmente responsables aparecen enumerados en el art. 31 bis 1 del CP. Dado que del supuesto de hecho no se desprende que el Gerente y el jefe de equipo de la oficina Z estén autorizados para tomar decisiones en nombre de INCOTEC o tengan atribuidos facultades de dirección y control, debe entenderse que estos sujetos se encuadran en el segundo grupo de sujetos del art. 31 bis 1, es decir, se trataría de un delito cometido por subordinados.



Asimismo, como se señaló, INCOTEC reviste la forma jurídica de sociedad anónima y, por tanto, se trata de una persona jurídica dotada de plena capacidad jurídica para actuar en el tráfico jurídico, según el art. 35 del CC y los arts. 116 y 122 del CCom.

Por otra parte, el delito cometido entra dentro de las categorías de delitos imputables a la persona jurídica pudiendo calificarse la conducta descrita como un delito de cohecho del art. 424 del CP.

CUARTA. - Constándose la comisión de un delito por parte de varios empleados INCOTEC, no cabe duda de que el delito fue cometido con el objetivo de beneficiar a ésta, ya que la empresa estaba interesada en la adjudicación del proceso de tramitación de los ERTES y, al final, valiéndose de la relación que unía al jefe de equipo de la oficina Z con el responsable del área encargada de tramitar y otorgar la adjudicación del concurso, INCOTEC resultó beneficiara de tal procedimiento.

QUINTA. - Previamente a la comisión de este delito, ¿INCOTEC había adoptado algún tipo de medidas para prevenir la comisión de delitos dentro de su organización? La respuesta es afirmativa. INCOTEC contaba con su propio programa de cumplimiento, habiendo implementado dentro de su organización un Código ético y de conducta, así como un sistema de denuncias de posibles irregularidades. Es más, dentro del esquema organizativo de la empresa, habían creado un órgano destinado especialmente a definir este modelo de organización y gestión: el Comité de «*Compliance*», el cual se encargaba, entre otras cuestiones, de la formación periódica de los empleados en cumplimiento legal, así como de informar sobre la importancia de hacer



uso del canal de denuncia en caso de los empleados tuvieran conocimiento de irregularidades.

Por tanto, parece que INCOTEC ha puesto todos los medios que estaban a su alcance para tratar de prevenir la comisión de delitos en el seno de su empresa. Ello llevó a que uno de los empleados notificara al Comité de «*Compliance*» la comisión del delito cuando tuvo conocimiento de cómo había sido resultado el proceso de adjudicación. No derivándose el delito de un defecto organizativo, no debería imputarse ningún tipo de responsabilidad a INCOTEC.

Sin aun así INCOTEC resultara imputada su defensa debería basarse en la aplicación del art. 31 bis 4 del CP, al haber sido el delito cometido por varios de sus subordinados.

SEXTA. - ¿El Comité de «*Compliance*» tendría algún tipo de responsabilidad por este delito? La respuesta debe ser negativa. En este supuesto, la labor a desempeñar por el Comité de «*Compliance*» sería de detección e investigación del delito, excluida de sus deberes garantía. Cuando el Comité tuvo conocimiento de las posibles irregularidades en el proceso de concesión, inmediatamente lo puso en conocimiento de los directivos de la entidad para proceder a su investigación.

Por tanto, la única conducta atribuible al Comité de «*Compliance*» sería a título de participación omisiva, pero ésta no podría ser imputada al Comité, ya que, en cumplimiento de sus obligaciones, tras ser cometido el delito y ser informados del mismo, lo pusieron inmediatamente en conocimiento de los directivos para tomar las medidas necesarias.



BIBLIOGRAFÍA

- CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistemas de atribución», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, págs. 73-95.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2016), «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 57-66.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 89-119.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi.

- GONZÁLEZ SIERRA, P. (2014), *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JUANES PECES, A. (2017), *Memento Experto. Compliance Penal*, 1ª ed., Madrid: Francis Lefebvre.
- LASCURAÍN, J.A. (2015), «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 271-303.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Wolters Kluwer.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2020), «Compliance», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 97-119.
- NIETO MARTÍN, A. (2015a), «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 25-48.
- NIETO MARTÍN, A. (2015b), «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 111-134.
- POLAINO-ORTS, M. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Acceso a la*



Abogacía. Tomo III. Materia Penal, DÍAZ PITA (dir. – coord.), 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, págs. 407-414.

ABREVIATURAS

art./arts.	artículo/artículos
Circular 1/2011	Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010
Circular 1/2016	Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015
CP	Código Penal
coord./coords.	coordinador/coordinadores
dir./dirs.	director/directores
ed.	edición
FGE	Fiscalía General del Estado
Ibid.	<i>Ibidem</i>
ISO	International Organization for Standardization/ Organización Internacional de Normalización



ISO 19600	ISO 19600 Compliance Management Systems/ Sistemas de Gestion de Compliance
LO	Ley Orgánica
Loc. cit.	<i>Locus citatum</i>
LTBG	Ley de Transparencia y buen gobierno
op. cit.	<i>Opus citatum</i>
pág./ págs.	página/páginas.
TS	Tribunal Supremo
UNE	Asociación Española de Normalización



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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**REQUISITOS DE SOLVENCIA EN UNIÓN
TEMPORAL DE EMPRESARIOS:
INDIVIDUALES, ACUMULATIVA Y
EXTERNA**

**SOLVENCY REQUIREMENTS IN
TEMPORARY JOINT VENTURES:
INDIVIDUAL, CUMULATIVE AND
EXTERNAL**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Jaime Pintos Santiago
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo,
Director Título Especialista en Contratos Públicos,
Director Título Experto Gestión Fondos Next Generation
Director del Grupo de Investigación Contratación
Pública e-stratégica i-ntegral UDIMA.
Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Funcionario de Carrera en Excedencia

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada en Jaime Pintos Abogados & Consultores
Especialista en Contratos Públicos



Resumen: Comentario de la Resolución nº 1253/2021, de 23 de septiembre de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso nº 951/2021), centrado en las distintas soluciones que se pueden dar a la solvencia técnica o profesional y económica y financiera en las uniones temporales de empresarios.

Abstract: Commentary on Resolution No. 1253/2021, dated September 23, 2021 of the Central Administrative Court of Contract Appeals (Appeal No. 951/2021), focusing on the different solutions that can be given to technical or professional and economic and financial solvency in temporary joint ventures.

Palabras clave: Contratos públicos; unión temporal de empresarios, solvencia técnica o profesional; solvencia económica y financiera.

Keywords: Public contracts; joint ventures, technical or professional solvency; economic and financial solvency.

HECHOS

Contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 2.417.342,40 euros, a adjudicar siguiendo los trámites del procedimiento abierto, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables de forma automática mediante fórmulas y a criterios cuantificables mediante juicios de valor.



La recurrente funda el recurso contra la adjudicación efectuada a favor de la licitadora mejor clasificada en diversos motivos, centrándonos en este comentarios exclusivamente en la alegada falta de acreditación de la solvencia profesional.

LA RESOLUCIÓN

Recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil ALAUDA INGENIERÍA, S.A. contra la adjudicación de la licitación convocada por la Confederación Hidrográfica del Duero para contratar los "Servicios de trabajos técnicos de hidrología y urbanismo", expediente 452-A.640.01.03/2020.

La Resolución 1253/2021, de 23 de septiembre de 2021, decidió desestimar el recurso interpuesto, levantar la suspensión del procedimiento de contratación y declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

La recurrente alega falta de acreditación por parte de la adjudicataria de la solvencia técnica y profesional requerida. El Tribunal comprueba que una de las mercantiles integrantes de la adjudicataria acredita servicios ejecutados por un importe superior al exigido en el PCAP en uno de los tres últimos años, si bien en los certificados aportados no consta el código CPV que permita verificar, en función de los tres primeros dígitos, que los trabajos son de la misma o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato. Ello es debido a que se trata de servicios ejecutados en Venezuela, cuyos



sistemas de clasificación en materia de contratación no se ajustan al Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.

Por este motivo, el Tribunal entiende que *“debe reconocerse al órgano de contratación, la valoración material y técnica para apreciar si los trabajos incluidos en dichos certificados pueden considerarse de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato. El informe del órgano de contratación, que precisamente incorpora los certificados referidos para considerar acreditada la solvencia técnica, revela por tanto su aceptación, así como la propia resolución de adjudicación, lo que conduce a este Tribunal a desestimar el motivo esgrimido”*.

CONSECUENCIAS PARA LA PRÁCTICA

Los requisitos de solvencia de una UTE deben concurrir necesariamente en todos y cada uno de los miembros que concurren bajo compromiso de formación de unión de empresarios. También pueden apreciarse de forma cumulativa e integradora entre los miembros de la UTE, siendo el criterio generalmente aplicado el de la acumulación debiéndose cumplir un mínimo de la solvencia exigida. Asimismo también cabe que las UTE acudan a la integración de solvencia por medios externos.



Esclarecedor es el informe 3/2019, de 3 de abril de 2019, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía sobre la acumulación de la solvencia técnica o profesional y económica y financiera acreditadas por cada una de las empresas que componen una unión temporal de empresarios:

"El artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece, en relación con las uniones temporales de empresarios: "En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento".

Establece la Resolución 556/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que *"este Tribunal ha entendido que uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales. Por tanto, el criterio general es el de la acumulación"*.

Es decir, como es bien sabido, la constitución de una UTE no supone que no tenga que acreditar que dispone de los requisitos de aptitud para contratar con la Administración, y ello porque la contratación pública



parte de la exigencia de la capacidad de obrar de los licitadores como requisito previo.

Al carecer la UTE de personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad, solvencia - al igual que el de clasificación - habilitación profesional y la ausencia de prohibiciones de contratar, han de referirse a los miembros que la conforman.

Es doctrina reiterada que, en los supuestos de concurrir empresas agrupadas en UTEs procede la acumulación de las capacidades de cada uno de sus miembros. Así, la norma general en cuanto a la solvencia, es la de la acumulación, aunque en caso de exigirse clasificación es de aplicación lo dispuesto artículo 52 RGLCAP.

El aludido informe 3/2019 de 3 de abril de 2019, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, ante la solicitud de informe sobre si *“sería posible acumular las solvencias técnicas y económicas acreditadas por cada una de las empresas que componen una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma alguna de las solvencias, económica o técnica, exigidas en el PCAP y además, alguna de ellas no acredita un mínimo de alguna de las dos solvencias (económica o técnica)”* concluye indicando que *“la finalidad última que se pretende con la regla de la acumulación es sumar la capacidad y la solvencia de todos y cada uno de los integrantes de una UTE y que cada uno de los integrantes debe acreditar su capacidad y solvencia, la que tenga, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el propio RGCAP. Si de esa suma, de la acumulación de las mismas, resultase que la UTE cumple con la capacidad y solvencia exigida en el pliego podrá quedar garantizado que la empresa adjudicataria puede cumplir el objeto del contrato. Por tanto, puede*



deducirse de todo lo anterior que sería posible acumular la solvencia técnica o profesional y económica y financiera acreditadas por cada una de las empresas integrantes de una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma la exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares pero sí entre todas ellas, y además alguna de ellas no acredita un mínimo de solvencia sea esta técnica o profesional o económica y financiera."

Este criterio es el mantenido por el Tribunal Supremo quien entendió que todos los integrantes debían cumplir un mínimo de la solvencia exigida, sin perjuicio de que para cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se estuviera a la suma total de todos los integrantes en la UTEs.

Y así, considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 209/2019 de 8 de marzo, que *"la proposición de los empresarios que liciten agrupados en cualquier forma, si bien es única, es de todos y cada uno de ellos, por lo que, aunque licitan colectivamente, todos y cada uno de ellos son licitadores, por lo que toda su solvencia, la de cada uno y la de todos, es la que ha de tenerse en cuenta para apreciar el requisito de solvencia y, en este caso de empresarios agrupados, del conjunto de todos ellos. Quienes licitan son los empresarios agrupados, no la persona jurídica que finalmente deba constituirse por imperativo del Pliego o norma legal, por lo que los requisitos de solvencia se predicen de ellos, y ellos han de cumplirlos y poseerlos. (...). Por tanto, siempre que liciten conjuntamente varias empresas agrupadas, la solvencia es la del conjunto de todos ellos, como determina el artículo 69 de la LCSP, pues la oferta es de todos y cada*

uno de ellos y todos responden solidariamente (...). (...) la cláusula sobre solvencia de la agrupación debe interpretarse, como a continuación concretamos, no como limitación de la acumulación de las capacidades y solvencias de las agrupadas, sino como ponderación de las capacidades y solvencias de cada uno en función de su participación, pero a los solos efectos de alcanzar la solvencia mínima exigible a cada licitador individual en el PCAP, pero su cumplimiento no excluye la toma en consideración y valoración del resto de las capacidades y solvencia de cada agrupada, para determinar, por la integración de las solvencias y capacidades reales de los agrupados, la del conjunto de los licitadores agrupados, es decir, de la agrupación. En caso contrario, se infringiría directamente el artículo 69 de la LCSP, el artículo 24 del RGLCAP y el artículo 19 en relación con el 58, ambos de la Directiva 2014/24/UE.”.

Analiza también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 2/2018, la integración de solvencia de un licitador que concurre en UTE con medios externos y el alcance de la integración y repercusión de la misma en la delimitación subjetiva del contrato concluyendo que:

“I. La integración de la solvencia por medios externos regulada actualmente en el artículo 63 del TRLCSP puede ser utilizada por los licitadores que concurren a un contrato en UTE, completando su solvencia con medios externos ajenos a los integrantes de la misma. Esta posibilidad está expresamente prevista en la nueva regulación de esta figura en el artículo 75 de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público. II. La integración de solvencia por medios externos alcanza a todos los aspectos de la misma, es decir, tanto solvencia



económica como técnica, sin perjuicio de la posibilidad de limitación de dicho alcance por razón del carácter personalísimo de ciertos aspectos de la prestación. Esta posibilidad de limitación se reconoce expresamente en la nueva regulación de la materia requiriendo en todo caso su previsión en los pliegos. III. Los medios externos que acreditan la solvencia de un licitador pasan a formar parte del concepto de "operador económico" que contrata con la administración y por ello deben estar integrados en el contrato."

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 743/2018 de 31 de julio indica que *"existe al efecto una reiterada doctrina de este Tribunal acerca de la posibilidad de integrar los requisitos de solvencia de la UTE en los integrantes de la misma; descartando que en puridad se trate de basarse en terceros para cumplir tales requisitos ya que si se trata de una UTE no serán terceros entre sí los que la integran puesto que falta el requisito de ajenidad para que pueda predicarse dicha "tercería" Es por ello que el propio artículo 75 antes citado, al hablar de la acreditación de medios por terceros en caso de las UTEs señala que los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal, y reiteramos que no existe tal ajenidad en sus miembros integrantes."*

El requisito imprescindible para que pueda tener lugar la acumulación, según criterio unánime de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales es que se acredite por todas y cada una de las integrantes de la UTE un mínimo de solvencia (resoluciones 82/2012, de 1 de agosto Tribunal Administrativo de Contratos



Públicos de la Comunidad de Madrid; 31/2012, de 2 de agosto Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; 96/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aunque, no está de más tampoco traer a colación el Acuerdo 76/2013, de 29 de noviembre, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, donde se recogía esta misma doctrina entendiendo que *"basta para acreditar la solvencia en los casos de las UTEs con que reúna los requisitos exigidos en el PCAP una de las empresas que forman la UTE, en estos términos: "la mesa de contratación entendió que una de las empresas integrantes de la futura UTE ya cumplía los requisitos exigidos, motivo por el cual la debió dar ya por admitida, al ser conocido que basta que cumpla una de las empresas de la UTE las exigencias de solvencia. Basta recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, en la que, citando otras sentencias anteriores de 2 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, señala que -basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que entienda que dichos requisitos quedan cumplidos por la agrupación".*



**EL ERROR EN LA CALIFICACIÓN DEL
RECURSO NO PUEDE IMPEDIR EL
EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA
POR PARTE DEL OPERADOR
ECONÓMICO**

**THE ERROR IN THE QUALIFICATION OF
THE APPEAL CANNOT PREVENT THE
ECONOMIC OPERATOR FROM
EXERCISING THE RIGHT OF DEFENSE**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Jaime Pintos Santiago
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo,
Director Título Especialista en Contratos Públicos,
Director Título Experto Gestión Fondos Next Generation
y
Director del Grupo de Investigación Contratación
Pública e-stratégica i-ntegral UDIMA.
Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Funcionario de Carrera en Excedencia

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada en Jaime Pintos Abogados & Consultores
Especialista en Contratos Públicos



Resumen: Análisis de la Resolución nº 1656/2021, de 19 de noviembre de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso nº 1489/2021), que inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por un eventual licitador contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, con motivo de la discriminación y restricción de la competencia que suponía la imposibilidad de acreditar la experiencia requerida como solvencia técnica o profesional mediante una relación de trabajos de similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato. La inadmisión del recurso evita entrar en el fondo del asunto. El contrato se había licitado con anterioridad, habiéndose desistido de la licitación por el órgano de contratación tras la impugnación de los pliegos por parte del mismo licitador, lo que evitó entrar a conocer de una cláusula de arraigo territorial que dificultaba el acceso a la licitación.

Abstract: Analysis of Resolution No. 1656/2021, dated November 19, 2021, of the Central Administrative Tribunal for Contractual Appeals (Appeal No. 1489/2021), which dismisses the special appeal in contracting matters filed by a potential bidder against the Specific Administrative Clauses, due to the discrimination and restriction of competition implied by the impossibility of accrediting the experience required as technical or professional solvency through a list of works of a similar nature to those that constitute the object of the contract. The dismissal of the appeal avoids entering into the merits of the case. The contract had been put out to tender previously, and the contracting body had withdrawn the bidding process after the bidder



himself had challenged the bidding conditions, which avoided having to deal with a territorial roots clause that hindered access to the bidding process.

Palabras clave: Inadmisión del recurso – error en la calificación del recurso – solvencia técnica o profesional -Discriminación – Proporcionalidad

Keywords: Inadmissibility of the appeal - Error in the qualification of the appeal - Technical or professional solvency – Discrimination - Proportionality

SUMARIO:

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

La resolución objeto de comentario no puede entenderse sin previamente hacer alusión a los antecedentes del asunto. Y ello porque el contrato del que trae causa el recurso especial resuelto por la misma había sido convocado a licitación en una primera ocasión - Suministro de Dollies para el rescate de aeronaves en el aeropuerto de Girona-Costa Brava (expediente nº GRO-121/2021), publicándose más tarde anuncio de rectificación de los pliegos, y habiéndose interpuesto por



la misma recurrente reclamación en materia de contratación. Todavía pendiente de resolverse la misma, el órgano de contratación, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante, AENA), anunció en la plataforma de contratación del sector público la anulación del pliego, consignando como motivo de la anulación: "Otro". Es decir, sin motivación alguna.

Posteriormente, pendiente aún de resolverse la reclamación interpuesta, el órgano de contratación publicó anuncio de licitación del mismo contrato, del que trae causa el recurso cuya Resolución comentamos – Suministro de Dollies para el rescate de aeronaves en el aeropuerto de Girona-Costa Brava (expediente nº GRO-160/2021) –, sin que el recurrente presentase oferta, precisamente con motivo de haber interpuesto esta segunda impugnación.

Pues bien, resulta cuanto menos significativo, que la resolución objeto de análisis haga alusión a la primera de las impugnaciones y reconozca que ha resuelto la inadmisión de dicho recurso porque el órgano de contratación desistió de la licitación tres meses antes. Pero, es más, reconoce que ha resuelto once días después de haber tenido lugar la segunda impugnación, y lo hace, además, evitando pronunciarse sobre el fondo del asunto con motivo del desistimiento de la licitación producido, como hemos dicho, tres meses antes. El fondo del asunto no era otro que el establecimiento en los pliegos de requisitos de solvencia técnica o profesional clarísimamente discriminatorios por razón de arraigo territorial.

En esta segunda ocasión, la recurrente alegó, además de otros aspectos cuestionables que lo convertían en nulo de pleno derecho, que el Pliego de Cláusulas



Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establecía una discriminación por razón del medio requerido para acreditar la experiencia exigida como condición de solvencia técnica o profesional, que convertía dicha solvencia en desproporcionada.

El PCAP establecía como medio para acreditar la experiencia exigida como condición de solvencia técnica o profesional una relación de los principales suministros de equipamiento de rescate de aeronaves de las características técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) realizados en los últimos tres años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos.

Por tal motivo, el recurrente entendía que el medio elegido por el órgano de contratación para que el licitador acreditase la solvencia técnica era desproporcionado y no se ajustaba a la normativa contractual pública, centrada en garantizar los principios de transparencia en los procedimientos de adjudicación, la igualdad entre los licitadores y la apertura a la competencia de los procedimientos de adjudicación. Y es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.1.a) de la LCSP, en los contratos de suministro la solvencia técnica del licitador puede acreditarse mediante una relación de los principales suministros realizados **de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.**

Con arreglo a ese precepto, debe determinarse cuándo un suministro se considera de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, determinación que debe efectuar el PCAP pudiendo para ello acudir, además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de



productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), y, **en todo caso, se deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato**. En defecto de previsión en el PCAP, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV.

Señalaba el recurrente que en dicha licitación, a tenor del medio requerido para acreditar la solvencia técnica, no se estaba permitiendo acreditar experiencia en suministros de naturaleza similar a la que constituye el objeto del contrato, pues se requería taxativamente que la experiencia a acreditar lo fuese en suministros de equipamiento de rescate de aeronaves de las específicas características técnicas establecidas en el PPT, muy concreta por cierto, tanto que eran asimilables a una marca, restringiendo desproporcionadamente, por tanto, la posibilidad de acceso a la licitación por parte de operadores que, teniendo experiencia en suministros de equipamiento de aeronaves de rescate, concretamente en el suministro dollies para la retirada de aeronaves en caso de fallo del tren de morro o el tren principal, no pudieran aportar certificados de ejecución de suministros de equipamiento de las exactas características técnicas del que era objeto de suministro a través de dicha licitación.

Tal previsión, evidentemente, favorecía a un determinado licitador y por ello el recurrente consideraba esta exigencia no sólo como desproporcionada y carente de justificación desde la óptica de la correcta prestación del contrato que se licita, sino que, además, producía una restricción indebida del mercado y de las reglas de la competencia, con quiebra del principio de igualdad de



trato inherente a toda contratación pública, una limitación a la competencia contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ya que esta exigencia permitía colocar en posición de ventaja a determinados operadores con los que el órgano de contratación había contratado previamente esas mismas características técnicas, en detrimento de los que no lo habían hecho con anterioridad pero que podían acreditar haber realizado contrataciones de objeto similar e igual naturaleza al de cuyo pliego se impugnaba.

Prueba de ello es que en otra anterior licitación - "Suministro de equipamiento para el rescate de aeronaves inutilizadas para el aeropuerto de Palma" (expediente SPC 46/2020), en la que el PCAP establecía una cláusula idéntica de acreditación de solvencia técnica, la recurrente no fue seleccionada.

La exigencia de acreditar la solvencia únicamente mediante experiencia en contratos de naturaleza igual y no similar a la del contrato resulta injustificada no sólo por la ausencia de motivación en el expediente sino porque el mismo órgano de contratación, en otros expedientes de licitación similares que cita el recurrente, permite acreditar la solvencia técnica mediante la relación de suministros similares a los que constituyen el objeto del contrato¹

¹ "Suministro de dollies de recuperación de aeronaves para varios aeropuertos" (expediente DEA-83/2020); "Suministro de 2 dollies para transporte de aeronaves pequeñas en caso de incidente" (expediente TFS-43/2021); "Suministro de dos plataformas de recuperación de aeronaves de 100 tn para el aeropuerto de Palma de Mallorca" (expediente PMI-111/2021).



II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La Resolución nº 1656/2021, de 19 de noviembre de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso nº 105/2021), acogiendo las alegaciones del órgano de contratación y con cita de la Disposición Adicional 8ª de la LCSP así como de los artículos 5, 1 y 119 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, estimó que, no hallándose el contrato, por razón del umbral, sujeto a regulación armonizada, no se cumplía el umbral para tener acceso a la reclamación en materia de contratación – erróneamente calificada como tal por la recurrente – y, por tanto, procedía inadmitir la misma.

De esta manera, evitando nuevamente entrar a conocer del fondo del asunto, resolvió, sin más, la inadmisión del recurso interpuesto, **simplemente porque el recurso estaba mal calificado**.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

En primer lugar, que el **error en la calificación del recurso** no debe impedir su tramitación. Así lo establece el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), según el cual: “El error o la ausencia de la calificación del recurso



por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter". Idéntica redacción tenía su predecesor, el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y así lo ha aplicado en numerosas ocasiones el propio TACRC, que en el caso objeto del presente comentario evita entrar en el fondo del asunto nuevamente, esta vez con el pretexto del error en la calificación del recurso por parte del recurrente.

Así, por ejemplo, en la resolución nº 200/2019, de 8 de marzo (Recurso nº 111/2019), el TACRC resuelve un recurso especial interpuesto en relación con el expediente de licitación de un contrato de obras cuyo valor estimado no lo hace susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, si bien, lejos de inadmitir el mismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la LPAC, el Tribunal ordena devolver el recurso al órgano de contratación para su tramitación como recurso administrativo.

En la resolución nº 655/2019, de 20 de junio (Recurso nº 253/2019), el TACRC concluye que el Tribunal es competente para resolver el recurso, erróneamente calificado como recurso especial, y "de acuerdo con el principio antiformalista que informan las leyes que rigen el procedimiento administrativo, procede por consiguiente la recalificación del recurso especial en reclamación al amparo de la LCSE".

Y en la resolución nº 83/2021, de 29 de enero (Recurso nº 1441/2020), de 29 de enero, el TACRC llega a manifestar, en relación al recurso de alzada interpuesto,



lo siguiente: “De acuerdo con el art. 115.2 de la Ley 39/2015, “el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”. Por lo que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no debe impedir la tramitación del recurso, debiendo ser calificado como recurso especial en materia de contratación y siendo competencia de este Tribunal conocer del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Para que se entienda:

1. El PCAP recogía para este expediente el régimen del recurso especial en materia de contratación previsto en la LCSP de 2017, artículos 44 y siguientes de la misma, a presentar en su caso ante el TACRC. El valor estimado del contrato superaba umbral para considerarlo sujeto a este recurso especial.
2. El recurrente erró en su recurso porque lo calificó como reclamación en materia de contratación pública, lo que sirvió al TACRC para evitar volver a entrar en el fondo del asunto por segunda vez, e inadmitir dicho recurso porque el valor estimado del contrato no llegaba al umbral que recoge la normativa para los sectores especiales. En otras palabras, a propósito del error del recurrente en la calificación del recurso se le aplicó al recurso unos umbrales y un régimen jurídico que no eran los definidos en el propio PCAP, dando lugar a la inadmisión del recurso, a la omisión de la obligación de recalificación del recurso de oficio y a evitar entrar a dirimir sobre el fondo del asunto, que era claro y manifiesto a favor del recurrente.



Que cada lector extraiga sus propias conclusiones.



**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 Verdana². 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.

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

² 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.



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

